

Los principios del Derecho del Trabajo en el contexto actual

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL CONTEXTO ACTUAL

- **ARIANNA NICOLE MONTERO AGUILAR/ ABIGAIL ROMINA CONDORI ACEVEDO:** La aplicación de principios de protección del trabajador (irrenunciabilidad y condición más beneficiosa) en contexto de crisis (emergencia) y estabilidad relativa (urgencia).
- **CÉSAR PUNTRIANO:** El principio de primacía de la realidad en las plataformas digitales.
- **SERGIO QUIÑONES INFANTE:** El fundamento ético de los principios del Derecho del Trabajo: reflexiones necesarias en el contexto actual.
- **DIEGO MATÍAS VALDÉS QUINTEROS:** Un principio sin norma: reflexiones sobre el carácter protector del proceso laboral chileno.
- **KARLA ZUTA PALACIOS:** El principio protector y el alcance del *in dubio pro operario* en el proceso laboral.

SECCIÓN: INTERNACIONAL

- **ISABELLE DAUGAREILH:** El futuro de la salud y la seguridad en el trabajo como principio y derecho fundamental: ¿cumplirá con los desafíos de la ISO y la ONU?
- **BAPTISTE DELMAS:** La jurisdicción universal del juez en derecho del trabajo.
- **ADRIÁN GOLDIN:** Justicia social para una reconfiguración teórica (ya en proceso) del Derecho del Trabajo.
- **WILFREDO SANGUINETI RAYMOND:** El derecho de defensa previa del trabajador frente al despido.
- **JEFFREY VOGT / RUWAN SUBASINGHE:** Protección de los derechos de los trabajadores en las cadenas de suministro globales: ¿marcará una diferencia significativa la Directiva de la UE sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial?

SECCIÓN: COYUNTURA

- **SAULO GALICIA VIDAL:** Nueva ley, viejas estrategias: continuidad y límites de la flexibilización laboral. Tres comentarios críticos a propósito de la Ley N° 32353.
- **LUIS MENDOZA LEGOAS:** Extensión de beneficios pactados entre empleadores y sindicatos minoritarios: estado de la cuestión y propuesta de metodología constitucional para el análisis jurídico laboral de casos.
- **FANNY E. RAMÍREZ ARAQUE:** El trabajo de reparto en la economía de las plataformas y el derecho laboral colombiano en transformación.



Vol. 25, N° 32, setiembre 2025-febrero 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, 2025

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. A partir de este número 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, 2025

CONSEJO DIRECTIVO 2023-2025

Presidente

Martín Carrillo Calle

Vice-Presidenta

Mónica Pizarro Díaz

Secretario

Manuel De Lama Laura

Pro-Secretaria

María Katia García Landaburú

Tesorero

José Ignacio Castro Otero

Pro-Tesorera

Cecilia Guzmán-Barrón Leidinger

Relaciones Internacionales

César Gonzáles Hunt

Eventos y reuniones científicas

Paul Cavalié Cabrera

Biblioteca y Publicaciones

Guillermo Boza Pró

PRESENTACIÓN

Estimados lectores,¹ con este número de Laborem, se inicia una nueva etapa en la trayectoria de la revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en la línea de sus fundadores. Esta renovación responde al compromiso ineludible de nuestra Sociedad en adaptarnos a las profundas transformaciones que atraviesa el mundo del trabajo en este siglo XXI.

Los cambios tecnológicos, la digitalización de las relaciones laborales, las nuevas formas de la organización del trabajo y los desafíos planteados por la globalización de la economía -con sus avances y retrocesos- exigen una reflexión jurídica actualizada, rigurosa y, sobre todo, abierta a perspectivas interdisciplinarias. Con este escenario, Laborem continúa con el reto de ser un espacio de diálogo donde converjan las voces más autorizadas del Derecho del Trabajo nacional y extranjero.

Asimismo, Laborem subraya su compromiso inquebrantable con la excelencia académica y la integridad intelectual. Por ello, nuestra revista está sometida rigurosamente a las mayores exigencias de respeto a los derechos de autor y originalidad científica. Cada artículo publicado ha sido sometido a procesos de evaluación y arbitraje que garantizan tanto la honestidad académica como a la calidad que merece una revista del prestigio de Laborem. Aprovechamos para agradecer al Comité de Árbitros de este número, que de manera desinteresada ha participado en esta encomiable labor para cumplir con este mandato.

En ese marco de renovación, la revista alberga dos nuevas secciones en sus páginas, además de nuestra tradicional materia temática en cada número. Por un lado, la sección internacional y, por otro lado, la sección de coyuntura.

Laborem abre el presente número recuperando una de las materias más desarrolladas por el Derecho del Trabajo, sus Principios, pero que regularmente

1 En este documento se utilizará el género masculino no marcado, a fin de facilitar la lectura fluida del mismo. Su uso implica que se hace referencia a todos los individuos, de cualquier género, sin ninguna intención de invisibilizar a las mujeres.

requieren la debida actualización. Recordemos que “Los Principios del Derecho del Trabajo” fue el primer libro publicado por nuestra Sociedad en homenaje al maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez (2004). Qué mejor oportunidad que homenajear ese libro con cinco interesantes artículos arbitrados que recorren algunos de los Principios que son pilares de nuestra área académica.

La sección comienza con el artículo “La aplicación de principios de protección del trabajador (irrenunciabilidad y condición más beneficiosa) en contexto de crisis (emergencia) y estabilidad relativa (urgencia)” de Arianna Montero y Abigail Condori, donde abordan, desde el escenario de la crisis económica, cómo los principios cumplen una labor protectora y limitante a la acción empresarial flexibilizadora de las relaciones laborales.

Luego, nuestro asociado César Puntriano escribe sobre “El principio de la primacía de la realidad en las plataformas digitales”, poniendo en evidencia las serias limitantes que enfrentan los jueces para identificar una relación laboral en este innovador escenario, por lo que plantea nuevos indicios, sustentados desde el propio principio y la forma cómo la judicatura laboral nacional lo viene implementando.

8

A continuación, nuestro asociado Sergio Quiñones presenta su artículo “El fundamento ético de los Principios del Derecho del Trabajo: reflexiones necesarias en el contexto actual”, como una respuesta necesaria a una coyuntura cambiante que hace perder la perspectiva y la naturaleza del propio Derecho del Trabajo. El autor despliega ese esfuerzo académico desde un punto de partida que denomina “sentido común”, el diálogo del docente con su alumnado en una clase universitaria.

Desde Chile, el profesor Diego Valdés expone su punto de vista con el artículo “Un principio sin norma: reflexiones sobre el carácter protector del proceso laboral chileno”, donde nos introduce a un recorrido por la jurisprudencia laboral del país andino en la aplicación del principio protector, evidenciando las dificultades de coherencia en su formulación, por lo que resulta importante que la judicatura lo aborde desde la coherencia y las exigencias del debido proceso.

Finalmente, Karla Zuta publica su artículo “El principio protector y el alcance del *in dubio pro operario* en el proceso laboral” en similares términos a los planteados por el profesor chileno, de modo que hace un repaso de la juris-

prudencia y la doctrina nacional sobre la materia, especialmente señalando la exigencia que la judicatura fundamente que se encuentra ante una duda insalvable para justificar la aplicación del principio.

En el caso de la sección internacional, decidimos incorporar esta sección, conscientes de que las fronteras del conocimiento jurídico laboral trascienden las barreras lingüísticas y geográficas, más aún, con la aparición de fenómenos sociales comunes que se materializan en el mundo del trabajo. Por ello, a partir de este número, los lectores hispanohablantes tendrán acceso a traducciones de trabajos importantes de prestigiosos académicos extranjeros publicados originalmente en otros idiomas, o textos en español publicados fuera del Perú que por su calidad académica merecen tener una reproducción en Laborem. Por supuesto, estos artículos han recibido la autorización de sus autores para ser publicados. Estamos seguros que esta sección será una contribución académica de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que trascienda nuestras fronteras nacionales, porque no solo enriquece nuestro contenido, sino también crea puentes de comprensión entre diferentes tradiciones jurídicas y enfoques doctrinales.

Así que la sección internacional en este número cuenta con cuatro valiosos trabajos. Comenzamos con “El futuro de la salud y la seguridad en el trabajo como principio y derecho fundamental: ¿cumplirá con los desafíos de la ISO y la ONU?” de Isabelle Daugareilh, donde la profesora francesa detalla la “larga marcha” que ha tenido que recorrer el derecho fundamental a un lugar de trabajo seguro y saludable hasta llegar a la adopción en junio de 2022 de la resolución que lo incluyó en la Declaración de 1998 de la OIT. Esta resolución, como advierte la autora, contiene dos elementos importantes y además, representa un acto político relevante que se enfrenta a iniciativas privadas como la ISO 45001 y posiciona a la OIT como líder en cuestiones laborales y de protección social, dentro del sistema de las Naciones Unidas.

En “La jurisdicción universal del juez en derecho del trabajo”, Baptiste Delmas realiza una propuesta sugerente: utilizar la técnica de la jurisdicción universal en el Derecho del Trabajo. Este concepto, que proviene del derecho penal, permite que un tribunal nacional conozca de un asunto a pesar de no existir vínculo entre los hechos y un elemento de la soberanía del Estado (territorio, nacionalidad o intereses políticos), para luchar contra criminales que ignoran

las fronteras nacionales, y podría permitir que los trabajadores, sin importar el lugar en que se encuentre la filial o subcontratista de una empresa transnacional, tengan un mejor acceso a la justicia en un contexto de globalización económica en el que, como puntualiza el autor, los trabajadores están sometidos a un riesgo sistémico de denegación de la justicia..

En “Justicia social para una reconfiguración teórica (ya en proceso) del Derecho del Trabajo”, Adrián Goldin plantea que es necesaria una reconfiguración de nuestra disciplina, considerando que el régimen jurídico de protección del trabajo, construido en torno a la idea de subordinación laboral, está perdiendo prevalencia. Por ello, propone aplicar una lógica distinta, para posibilitar la incorporación de las distintas categorías de personas que trabajan y que están “en necesidad de protección”, sustituyendo la fórmula histórica de “trabajo + subordinación personal” por la de “trabajo personal + desigualdad contractual”, que permitiría sustentar la construcción de regímenes específicos de protección teniendo en cuenta las singularidades de cada categoría, que se complementaría con un conjunto de normas comunes.

10

En “El derecho de defensa previa del trabajador frente al despido”, Wilfredo Sanguineti analiza un derecho reconocido en el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT, el derecho del trabajador a ser oído antes de su despido, y como este tardó casi cuarenta años en ser reconocido en España pese a que dicho convenio había sido ratificado en 1985, y describe la resistencia que se produjo tanto a nivel normativo como jurisprudencial para reconocer dicho derecho, hasta que la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2024 reconoció su aplicabilidad directa. A ese efecto, el autor estudia la génesis de ese derecho, previsto en la Recomendación 119 y en el *Statuto dei Lavoratori* italiano de 1970, para luego centrarse en lo dispuesto en el Convenio 158 y la resistencia de España a cumplir dicho mandato.

En “Protección de los derechos de los trabajadores en las cadenas de suministro globales: ¿marcará una diferencia significativa la Directiva de la UE sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial?”, Vogt y Subasinghe realizan un balance de la Directiva (UE) 2024/1760 de junio de 2024 tomando como punto de referencia los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, centrándose en los artículos más relevantes para los trabajadores y los sindicatos, identificando las virtudes de

la Directiva, pero también identificando y advirtiendo de sus deficiencias y el efecto que estas pueden tener sobre la responsabilidad de respetar los derechos humanos en las cadenas mundiales de suministro. Finalmente, concluyen con recomendaciones para los Estados miembros de la Unión Europea.

En el caso de la sección de coyuntura, buscamos analizar con prontitud y profundidad los cambios e innovaciones que se producen en el plano normativo y jurisprudencial. Nuestro Derecho del Trabajo es una ciencia jurídica eminentemente dinámica, que busca responder con celeridad a las transformaciones del mundo del trabajo. Por ello, nos parece indispensable contar con una sección que permita analizar con rigurosidad académica, las reformas normativas y los pronunciamientos judiciales, evidenciando las tendencias que se vienen materializando en nuestra área jurídica. Para cumplir esta tarea, el Comité Editorial invita a destacados colegas nacionales y extranjeros que nos aporten con su visión estos cambios, permitiendo que la sección se convierta en una herramienta de referencia para la comprensión de las novedades jurídicas.

La sección abre con “Nueva ley, viejas estrategias: continuidad y límites de la flexibilización laboral. Tres comentarios críticos a propósito de la Ley No. 32353”, donde Saulo Galicia analiza desde una perspectiva crítica y muy bien sustentada la nueva Ley para la Formalización, Desarrollo y Competitividad de la Micro y Pequeña Empresa-MYPE. Para ello se refiere a las normas previas que regularon la materia y luego de presentar información estadística que evidencia que estas no fueron suficientes para incentivar el paso a la formalidad, concluye que la nueva norma realmente no representa un cambio significativo para la promoción de la formalización laboral pues se mantiene un régimen especial con beneficios reducidos para los trabajadores de las micro y pequeñas empresas.

En “Extensión de beneficios pactados entre empleadores y sindicatos minoritarios: estado de la cuestión y propuesta de metodología constitucional para el análisis jurídico laboral de casos”, a partir de la Casación Laboral 50298-2022 Lima Luis Mendoza Legoas aborda uno de los temas más discutidos en el Perú en los últimos tiempos, tanto en el ámbito académico como en el profesional, y lo hace partiendo de un estado de la cuestión en la praxis jurisdiccional y administrativa para luego fundamentar su posición en base al modelo constitucional de libertad sindical, examinando los distintos contextos en que puede ejercerse la libertad sindical negativa, los criterios de representatividad y la minoría en

las relaciones colectivas de trabajo, entre otras materias analizadas a partir de los derechos fundamentales que son afectados.

En “El trabajo de reparto en la economía de las plataformas y el derecho laboral colombiano en transformación”, Fanny Ramírez Araque analiza los artículos 24 a 30 de la Ley 2466, una norma que ha reformado integralmente el derecho laboral colombiano, actualizándolo en materia individual y colectiva. La autora, luego de identificar los ejes principales de la reforma, se centra en los mencionados artículos, que contemplan un régimen específico para el trabajo de reparto mediante plataformas digitales, admitiendo que esos trabajadores pueden ser subordinados o autónomos, y estableciendo diversas obligaciones para las empresas, para luego identificar cómo se han recogido diversos lineamientos de la OIT. Finalmente, identifica los principales obstáculos que nuestra región debe afrontar para proteger el trabajo en las plataformas digitales.

Estamos seguros de que este número, que tienen en sus manos o en su pantalla, será una invitación a seguir renovando el estudio del Derecho del Trabajo, por lo que también es una invitación a participar con su contribución académica en los próximos números.

12

Lima, 30 de septiembre de 2025

Miguel F. Canessa Montejo
Director

María Katia García Landaburú
Directora

ÍNDICE GENERAL

Presentación	7
--------------------	---

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL CONTEXTO ACTUAL DEL DERECHO DEL TRABAJO

ARIANNA NICOLE MONTERO AGUILAR/ ABIGAIL ROMINA CONDORI ACEVEDO: La aplicación de principios de protección del trabajador (irrenunciabilidad y condición más beneficiosa) en contexto de crisis (emergencia) y estabilidad relativa (urgencia).....		25
I.	Introducción	26
II.	Definiciones conceptuales.....	28
1.	Principio de irrenunciabilidad de derechos	28
2.	Principio de la condición más beneficiosa.....	31
3.	Flexibilidad laboral en atención a los principios de irrenunciabilidad de derechos y condición más beneficiosa.....	33
III.	Conflicto: flexibilidad laboral en contraste con los principios tradicionales de protección del trabajador	38
1.	Escenario post pandemia	39
2.	Jurisprudencia judicial relevante sobre modificación de beneficios laborales.....	42
IV.	Propuesta de solución para el conflicto identificado	48
1.	Límites al riesgo de flexibilización regresiva ante la modificación de beneficios laborales	49

2. Propuesta de guía de actuación para la modificación de beneficios laborales	53
V. Reflexiones finales.....	59
VI. Referencias	60

CÉSAR PUNTRIANO: El principio de primacía de la realidad en las plataformas digitales	63
--	----

I. A manera de introducción: la subordinación y la aplicación del principio de la realidad	64
II. Criterio para la aplicación de primacía de la realidad en las plataformas de servicios. Una mirada al derecho y jurisprudencia comparados.	67
III. Análisis de resoluciones emitidas en la Corte Superior de Justicia de Lima	71
1. Expediente N.º 11419-2023-1801-JR-LA-13.....	71
2. Expediente N.º 3278-2023-1801-JR-LA-03.....	80
3. Expediente N.º 3318-2023-1801-JR-LA-09.....	86
4. Expediente N.º 11419-2023-1801-JR-LA-13.....	88
IV. Conclusiones.....	92
V. Bibliografía.....	94

SERGIO QUÍÑONES INFANTE: El fundamento ético de los principios del Derecho del Trabajo: reflexiones necesarias en el contexto actual	97
---	----

I. Introducción	98
II. Marco teórico de referencia	100
1. Precisiones en relación con la ética y la moral	101
2. El vínculo entre la ética y el derecho.....	104
III. El fundamento ético de los principios del derecho del trabajo.....	107
1. Los principios del Derecho del Trabajo.....	108
2. Una propuesta conceptual: + ética + principios + normas	111
IV. Importancia de la reflexión ética en el mundo del trabajo actual	115
1. ¿Por qué nuestro análisis jurídico no incorpora (casi nunca) la dimensión ética?.....	117
2. Conflictos éticos actuales (y algunos no tanto) en las relaciones laborales.....	119

V. Reflexiones finales.....	123
Bibliografía.....	124
DIEGO MATÍAS VALDÉS QUINTEROS: Un principio sin norma: reflexiones sobre el carácter protector del proceso laboral chileno	127
I. Introducción	128
II. La construcción de los principios implícitos: su justificación normativa	130
III. El principio protector y el proceso laboral en Chile: su carácter implícito	133
IV. La Corte Suprema y el principio protector.....	137
V. La ausencia de sustento normativo como causa de la dificultad argumentativa.....	142
1. La vigencia del principio dispositivo.....	144
2. El principio protector y la desigualdad compensatoria.....	146
2.1. De la compensación ante obstáculos económicos.....	148
2.2. De la compensación ante obstáculos probatorios	150
2.3. Como corolario	152
VI. Conclusiones.....	153
Bibliografía.....	154
Normativa citada.....	160
Jurisprudencia analizada	161
KARLA ZUTA PALACIOS: El principio protector y el alcance del <i>in dubio pro operario</i> en el proceso laboral.....	167
I. Introducción	168
II. Fundamento y naturaleza del principio protector	169
1. Manifestaciones del principio protector en el derecho laboral.....	170
1.1. <i>In dubio pro operario</i>	170
1.2. Norma más favorable	171
1.3. Condición más beneficiosa	172
III. El principio protector en el proceso laboral.....	172
1. Manifestaciones del principio protector en el proceso laboral	174

2. ¿Cuándo puede el juez acudir al principio in dubio pro operario? 174

IV. A título de conclusiones..... 179

Referencias bibliográficas..... 180

SECCIÓN: INTERNACIONAL

ISABELLE DAUGAREILH: El futuro de la salud y la seguridad en el trabajo como principio y derecho fundamental: ¿cumplirá con los desafíos de la iso y la oNU? 185

I. Introducción 186

II. La larga marcha del derecho fundamental a un lugar de trabajo seguro y saludable..... 188

 A) Retrocesos con la Declaración de 2019..... 188

 B) El compromiso sobre la Resolución de 2022 190

 1. La cláusula de salvaguardia para los Estados miembros 191

 2. Las responsabilidades complementarias de los mandantes. 193

III. El reposicionamiento multilateral de la OIT sobre condiciones de trabajo seguras y saludables..... 196

 A) El fantasma de la norma ISO 45001 sobre seguridad y salud en el lugar de trabajo..... 196

 B) La construcción de las relaciones entre la OIT y las Naciones Unidas sobre el trabajo decente y las condiciones de trabajo seguras y saludables 199

IV. Conclusión..... 200

BAPTISTE DELMAS: La jurisdicción universal del juez en derecho del trabajo..... 201

I. Las razones de una jurisdicción universal en derecho del trabajo..... 207

 A. La utilidad de una jurisdicción universal en derecho del trabajo .. 208

 1. La incompetencia de los tribunales locales 209

 2. La incompetencia de la mayoría de los jueces de otros países..... 210

 B. La pertinencia de una jurisdicción universal en el derecho del trabajo..... 211

1.	Lecciones de la historia de la jurisdicción universal.....	211
2.	Lecciones del derecho positivo de la jurisdicción universal	212
II.	Los medios de una jurisdicción universal en derecho del trabajo.....	213
A.	El fundamento de una competencia judicial universal en derecho del trabajo.....	213
1.	El foro de necesidad no	213
2.	Una jurisdicción universal adaptada a los conflictos laborales transnacionales.....	215
B.	Aplicación de una jurisdicción universal en derecho del Trabajo..	216
1.	El contenido.....	216
2.	La aplicación	217
	Bibliografía.....	217
	ADRIÁN GOLDIN: Justicia social para una reconfiguración teórica (ya en proceso) del Derecho del Trabajo	221
I.	Desde la inadecuada inclusividad de la idea de subordinación laboral al debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo.....	222
II.	En busca de un centro de imputación más amplio para el Derecho del Trabajo.....	224
A.	La hipótesis de la segmentación y la pluralización del régimen jurídico	225
B.	Una nueva morfología del régimen y una nueva tendencia expansiva de Derecho del Trabajo.....	227
C.	Por lo tanto, una nueva tendencia expansiva en el Derecho del Trabajo.....	229
III.	Una pluralidad de regímenes complementada por un conjunto de normas comunes	230
IV.	Además, protección social universal no relacionada con la situación profesional.....	231
V.	Un sentido laboralista de la justicia social	232
	WILFREDO SANGUINETI RAYMOND: El derecho de defensa previa del trabajador frente al despido	235
I.	Advertencia preliminar	236
II.	El renacer de un debate “enterrado” tres décadas atrás.....	238

III. La génesis del derecho a la defensa previa del trabajador frente al despido: la Recomendación 119 de la OIT y el *Statuto dei Lavoratori* italiano de 1970 241

IV. La proclamación del derecho por las fuentes internacionales: el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT..... 245

V. La tenaz resistencia de España al cumplimiento del mandato del Convenio 158 249

VI. La demanda de un replanteamiento de la tesis negativa..... 255

VII. Los términos actuales del debate: la prevalencia de la cuestión de la aplicación directa ante el notorio incumplimiento del Convenio 158 por España 260

VIII. ¿Contiene realmente el artículo 7 un mandato *non-self-executing*? 262

IX. Elementos clave para la reconstrucción jurisprudencial y el reconocimiento normativo del derecho a la defensa previa del trabajador frente al despido 269

X. Epílogo: el reconocimiento de la aplicabilidad directa del artículo 7 del Convenio 158 por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2024..... 279

18 **JEFFREY VOGT / RUWAN SUBASINGHE:** Protección de los derechos de los trabajadores en las cadenas de suministro globales: ¿marcará una diferencia significativa la Directiva de la UE sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial? 283

 Introducción 284

I. Observaciones iniciales 286

II. Un análisis de los derechos humanos desde una perspectiva laboral ... 292

 1. Objeto 292

 2. Alcance 296

 3. Diligencia debida en materia de derechos humanos..... 298

 4. El rol de los sindicatos..... 307

 5. Mecanismo de notificación y procedimientos de quejas..... 308

 6. Combatiendo el cambio climático..... 309

 7. Autoridades supervisoras 310

 8. Responsabilidad civil..... 311

 9. Transposición..... 315

Conclusiones y Recomendaciones	316
Elementos que faltan	322

SECCIÓN: COYUNTURA

SAULO GALICIA VIDAL: Nueva ley, viejas estrategias: continuidad y límites de la flexibilización laboral. Tres comentarios críticos a propósito de la Ley N° 32353	325
Introducción	326
I. Entre la improvisación y la flexibilidad: un breve repaso cronológico de la consolidación del régimen laboral de la micro y pequeña empresa ..	327
II. La deuda pendiente: la falta de balance del régimen laboral de la micro y la pequeña empresa.....	330
III. La oportunidad perdida: los cambios –marginales–en la Ley N° 32353 y la continuidad de la flexibilización.....	333
1. La continuidad del régimen especial.....	333
2. Las modificaciones incorporadas	336
3. La oportunidad perdida.....	340
Referencias bibliográficas	341
LUIS MENDOZA LEGOAS: Extensión de beneficios pactados entre empleadores y sindicatos minoritarios: estado de la cuestión y propuesta de metodología constitucional para el análisis jurídico laboral de casos	345
I. Estado de la cuestión en la praxis jurisdiccional y administrativa.	346
II. La posición que sostengo. La metodología procurada.....	351
III. El problema de la extensión de beneficios de un sindicato minoritario dentro del modelo constitucional de libertad de sindical.....	353
1. ¿No quiero afiliarme, no puedo afiliarme o ignoro el asunto?.....	355
2. La funcionalidad de los criterios de representatividad y la minoría en las relaciones colectivas de trabajo.....	359
3. Los actos antisindicales en su modalidad de discriminación indirecta y la cuestión de la extensión de beneficios	362
4. La fuerza vinculante del convenio colectivo de trabajo.....	366

5. La dimensión salarial de la facultad organizativa del empleador como escenario típico de las tensiones propias del ejercicio del poder normativo empresarial y los derechos sindicales	370
6. La extensión como acto de injerencia.	373
IV. Algunos casos prácticos.....	375
V. Conclusiones.....	379
Bibliografía.....	380
FANNY E. RAMÍREZ ARAQUE: El trabajo de reparto en la economía de las plataformas y el derecho laboral colombiano en transformación	387
Introducción	388
I. Reforma Laboral Colombiana de 2025: visión general.....	390
II. La regulación del trabajo en plataformas digitales en la Ley 2466 de 2025	396
III. Trabajo decente en la economía de plataformas: principios clave desde la OIT	401
• Desafíos con incidencia en las distintas dimensiones del trabajo decente.....	402
IV. Desafíos para el derecho laboral latinoamericano en la protección del trabajo en la economía de las plataformas	403
1. Heterogeneidad normativa y vacíos legales	403
2. Alta informalidad estructural.....	404
3. Débil capacidad de fiscalización digital.....	404
4. Asimetrías de poder y dificultades para la acción colectiva	404
5. Carencia de estrategias regionales articuladas.....	405
Conclusiones.....	406
Referencias	407

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

**LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO
DEL TRABAJO EN EL CONTEXTO
ACTUAL**

La aplicación de principios de protección del trabajador (irrenunciabilidad y condición más beneficiosa) en contexto de crisis (emergencia) y estabilidad relativa (urgencia)

The application of labor protection principles (non-waivability and the most favorable condition) in contexts of crisis (emergency) and relative stability (urgency).

ARIANNA NICOLE MONTERO AGUILAR*

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú
Correo electrónico: arianna.montero@pucp.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0009-6667-6322>.

ABIGAIL ROMINA CONDORI ACEVEDO**

Bachiller de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Correo electrónico: abigail.condori@pucp.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0004-6488-2900>.

RESUMEN: El artículo analiza el impacto de las crisis económicas en las relaciones laborales, enfatizando en cómo estos escenarios han exigido respuestas empresariales que tensionan los principios de protección del derecho laboral, como la irrenunciabilidad de derechos y la condición más beneficiosa. Se propone una distinción entre situaciones de emergencia (hechos imprevistos y disruptivos) y urgencia (periodos de desaceleración sostenida), pues cada una requiere medidas distintas y proporcionales. De este modo, se revisa cómo la jurisprudencia ha abordado la modificación de beneficios laborales en contextos críticos, evidenciando avances, pero también vacíos. El artículo sostiene que la flexibilidad laboral (como facultad del empleador) puede ser una herramienta legítima, siempre que se aplique con límites claros que garanticen la protección efectiva del

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú titulada con mención “Summa Cum Laude”. Asociada Senior de Servicios Laborales de Pricewaterhousecoopers S. Civil de R.L. Se ha desempeñado como asistente y adjunta de cursos de Derecho Laboral General y Teoría del Conflicto y Mecanismos de Solución en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se ha desempeñado dentro del sector privado brindando asesoría laboral para empresas del sector industrial, minero, retail, banca, entre otros. Correo electrónico: arianna.montero@pucp.edu.pe, ORCID 0009-0009-6667-6322.

** Bachiller de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con más de tres años de experiencia en el ámbito laboral. Asociada del área de Servicios Laborales en PricewaterhouseCoopers S. Civil de R.L. Ex Directora de la Comisión de Recursos Humanos de la asociación Ius et Veritas, liderando proyectos de gestión de talento y desarrollo organizacional. Correo electrónico: abigail.condori@pucp.edu.pe, ORCID 0009-0004-6488-2900.

trabajador. Así, se sugiere una regulación más precisa que permita actuar con transparencia y proporcionalidad, para evitar que medidas excepcionales se conviertan en prácticas permanentes.

ABSTRACT: This article examines the impact of economic crises on labor relations, focusing on how business responses in such contexts challenge core labor law principles, including the non-waivability of rights and the most favorable condition. It distinguishes between emergency (unforeseen, disruptive events) and urgency (prolonged economic downturn), as each demands different and proportionate measures. The analysis reviews judicial rulings on the adjustment of employment benefits during critical periods, noting both progress and gaps. The article contends that labor flexibility (as a faculty of the employer) is legitimate if applied within clear limits that protect workers' rights and calls for more precise regulation to ensure transparency and prevent exceptional measures from becoming permanent.

PALABRAS CLAVE: flexibilidad laboral, irrenunciabilidad, condición más beneficiosa, crisis económica, modificación de beneficios, reducción.

KEYWORDS: labor flexibility, non-waivability, most favorable condition, economic crisis, modification of benefits, reduction.

Recibido: 18/08/2025

Aceptado: 16/09/2025

Publicado en línea: 03/11/2025

SUMARIO: I. Introducción. II. Definiciones conceptuales. 1. *Principio de irrenunciabilidad de derechos ante la flexibilidad laboral.* 2. *Principio de la condición más beneficiosa ante la flexibilidad laboral.* 3. *Flexibilidad laboral en atención a los principios de irrenunciabilidad de derechos y condición más beneficiosa.* III. Conflicto: Flexibilidad laboral en contraste con los principios tradicionales de protección del trabajador. 1. *Escenario post pandemia.* 2. *Jurisprudencia judicial sobre modificación de beneficios laborales.* IV. Propuesta de solución para el conflicto identificado. 1. *Límites al riesgo de flexibilización regresiva ante la modificación de beneficios laborales.* 2. *Propuesta de guía de actuación para la modificación de beneficios laborales.* V. Reflexiones finales. VI. Referencias.



I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, las relaciones laborales han sido impactadas por escenarios de crisis -como la pandemia de la COVID-19-, por situaciones imprevisibles de gran magnitud, como el reciente derrumbe en el Real Plaza de Trujillo e incluso por episodios de inestabilidad política y económica que repercuten directamente en la dinámica empresarial. Asimismo, etapas de desaceleración

económica han afectado de manera significativa la estabilidad de las empresas y obligado a replantear los beneficios laborales. En este contexto, los principios clásicos de protección del trabajador se han puesto a prueba, abriendo un dilema inevitable: ¿cómo compatibilizar la necesidad empresarial de adaptarse a cambios económicos con la vigencia de beneficios laborales?

La jurisprudencia y la práctica han intentado dar respuesta a esta pregunta, pero no sin generar tensiones y vacíos. Sin embargo, la ausencia de criterios uniformes ha creado un escenario de incertidumbre: medidas adoptadas como excepcionales en contextos de emergencia o urgencia terminan muchas veces siendo cuestionadas o invalidadas, con consecuencias económicas y legales para empleadores y trabajadores. En este marco, resulta indispensable recordar que el derecho laboral tiene como finalidad esencial la protección del trabajador. Los principios de irrenunciabilidad de derechos y de condición más beneficiosa cumplen un rol decisivo en este propósito. Ambos principios constituyen un límite esencial frente a las prácticas del empleador en el marco de su capacidad de flexibilidad laboral, garantizando que los derechos consolidados del trabajador no se vean erosionados en procesos de ajuste económico.

De allí la necesidad de diferenciar con claridad entre dos escenarios de afectación económica. La emergencia, entendida como un evento imprevisible y de impacto inmediato que compromete la continuidad de la empresa -como desastres naturales, emergencias sanitarias o cierres obligatorios-, y la urgencia, asociada a etapas de desaceleración o pérdida sostenida de ingresos que, si bien no paralizan la actividad empresarial, demandan ajustes internos para sostener su estabilidad. Esta distinción es fundamental para diseñar respuestas proporcionales que permitan aplicar mecanismos de flexibilidad laboral sin desnaturalizar los principios de protección laboral, especialmente cuando nos encontramos ante escenarios de colisión de fuentes de derecho y/o ante un posible menoscabo de derechos fundamentales del trabajador. En esa línea, la propuesta de este artículo plantea la construcción de un marco regulatorio que establezca condiciones claras para que la flexibilidad (entendida como poder o facultad del empleador para modificar condiciones de trabajo, dentro de límites) no se convierta en precarización, sino en una herramienta al servicio tanto de la continuidad empresarial como de la protección efectiva del trabajador.

II. DEFINICIONES CONCEPTUALES

En el actual escenario laboral, marcado por dinámicas cambiantes y una creciente búsqueda de flexibilidad (mayor espacio para poder implementar modificaciones en las condiciones laborales), es indispensable recapitular sobre la aplicación de los principios fundamentales tradicionales que estructuran el Derecho del Trabajo. Entre ellos, la irrenunciabilidad de derechos y la condición más beneficiosa constituyen límites claros frente a acuerdos que, aunque voluntarios, podrían afectar derechos laborales. De este modo, este apartado tiene por objetivo definir y contextualizar ambos principios, así como delimitar su alcance práctico a partir del análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial. Solo desde una comprensión clara de estos conceptos es posible identificar cuándo ciertas prácticas laborales son razonables y admisibles y cuándo, por el contrario, vulneran garantías mínimas del trabajador.

1. Principio de irrenunciabilidad de derechos

La pandemia generada por la COVID-19 evidentemente implicó un cambio profundo en las relaciones laborales. En efecto, los empleadores se enfrentaron a un escenario económico de incertidumbre sin precedentes y desde entonces se ha tenido el objetivo de implementar medidas de flexibilidad laboral (entendiéndolo como mecanismo integral de compensaciones, esto es, beneficios remunerativos y no remunerativos) como mecanismo de subsistencia empresarial. Ahora bien, esta situación de “subsistencia” se mantuvo vigente y resultaba incluso razonable en escenarios de crisis económica. No obstante, actualmente se puede apreciar que estas prácticas se han mantenido aún luego de concluida la pandemia, lo cual -sin un marco regulatorio- generan por un lado inestabilidad para los trabajadores e incluso, posteriormente, sobre costos para el empleador, dado que estas prácticas normalmente se cuestionan e invalidan (en sede judicial) o sancionan (en sede administrativa).

Entonces, resulta relevante recordar que el principio de irrenunciabilidad es una garantía constitucional de derechos laborales que encuentra su base normativa en el inciso 2 del artículo 26 de la Constitución Política del Perú, la cual establece el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. Así, la doctrina ha encontrado en Plá Rodríguez una de las definiciones más precisas del principio de irrenunciabilidad. Este autor lo

define como “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho Laboral en beneficio propio” (1998, p. 118).

Esta definición captura la esencia del principio al enfatizar tanto su carácter jurídico imperativo como su finalidad protectora. De igual manera, Pasco Cosmópolis realizó una importante contribución al diferenciar la irrenunciabilidad de otros conceptos con los que frecuentemente se confunde. En primer lugar, identificó la intangibilidad como el concepto más fuerte y radical, el cual “implica la inmutabilidad de las normas que consagran determinados derechos (...) no por cierto a través de actos jurídicos privados, sino incluso por otras normas de similar jerarquía” (2005, p. 219). Este concepto es particularmente relevante en contextos donde las presiones económicas pueden llevar a reformas normativas que reduzcan los estándares de protección laboral. La distinción entre intangibilidad e irrenunciabilidad es crucial para comprender que la segunda protege específicamente contra actos de disposición individual del trabajador.

El segundo concepto que Pasco diferencia es la inderogabilidad, el cual refiere que una norma solo puede ser derogada por otra de rango similar o superior. Como explica el autor, “la inderogabilidad viene a ser así la eficacia de la norma por sobre la voluntad de las partes (...) esta “ley privada” no puede “derogar” a la ley de orden público” (2005, p. 220). Esta conceptualización de la inderogabilidad como eficacia de la norma por sobre la voluntad de las partes es fundamental para comprender por qué ciertos acuerdos laborales pueden ser nulos aun cuando hayan sido suscritos por ambas partes.

El tercer concepto analizado por Pasco es la indisponibilidad, el cual refiere a la incapacidad de disponer de un derecho, ya sea renunciando a él o transfiriéndolo. Como señala el autor, “si la ley dispone la irrenunciabilidad de derechos, no excluye necesariamente la indisponibilidad de ellos, sino solo de aquellos actos de disposición que importen una renuncia” (2005, p. 220). Así, la distinción entre indisponibilidad e irrenunciabilidad radica en que la primera abarca todos los actos de disposición (gratuitos y onerosos), mientras que la segunda se limita específicamente a los actos gratuitos de renuncia. Esta diferenciación tiene importantes implicaciones prácticas, especialmente en situaciones donde los trabajadores podrían estar dispuestos a “negociar” sus derechos a cambio de alguna contraprestación.

Por otro lado, es fundamental precisar el alcance del principio de irrenunciabilidad. Si bien este tema ha sido ampliamente abordado por la doctrina laboral, consideramos que el profesor Neves (2018) ha logrado sintetizar de manera clara su alcance. En términos generales, dicho principio se aplica de acuerdo con el origen del derecho, el titular y el sujeto que lo dispone. Así, cuando el derecho proviene de la ley y es el propio trabajador quien lo dispone, la irrenunciabilidad opera y toda renuncia es inválida. No obstante, si quien dispone es una organización sindical respecto de un derecho legal del trabajador, el principio no opera, aunque la disposición sigue siendo inválida. En cuanto a los derechos derivados de convenios colectivos, la renuncia del trabajador es inválida; en cambio, si la disposición la efectúa la organización sindical (sobre derechos del trabajador o del sindicato), esta resulta válida. Finalmente, en el caso de derechos provenientes del contrato de trabajo, el principio no opera: si la disposición es del trabajador, tiene validez y si la realiza la organización sindical, podrá ser válida o inválida según las circunstancias.

En función a lo anterior, la validez de una disposición no depende únicamente del principio de irrenunciabilidad, sino también de la fuente del derecho y del sujeto que lo ejerce. Podemos concluir entonces, para efectos del presente artículo, que los derechos que superan los mínimos legales o convencionales, es decir, aquellos que nacen exclusivamente del contrato individual de trabajo, mantienen su carácter disponible y pueden ser objeto de modificación o supresión mediante acuerdo entre las partes. Sin embargo, la validez del acuerdo depende de que el consentimiento del trabajador sea libre e informado, sin estar viciado por error, dolo o violencia.

Por otro lado, la jurisprudencia ha desarrollado el contenido y alcances del principio de irrenunciabilidad. La Casación No. 5255-2018 Lambayeque constituye un precedente fundamental que determinó que el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales niega la validez jurídica a todo acto del trabajador que implique una renuncia a sus derechos laborales, constituyendo de esta forma una limitación a la autonomía de la voluntad del trabajador. La Sala Suprema también ha precisado en esta sentencia que el acto de renuncia debe ser expreso, no pudiendo presumirse de forma tácita. Esta exigencia busca asegurar que cualquier renuncia a derechos laborales debe ser producto de una decisión consciente del trabajador, evitando interpretaciones extensivas.

Por su parte, el Tribunal Constitucional¹ ha realizado importantes aportes al desarrollo del principio de irrenunciabilidad. En efecto, su interpretación ha ampliado significativamente el ámbito de protección del principio al incluir los derechos establecidos en tratados internacionales de Derechos Humanos. Esta ampliación es particularmente relevante considerando que diversos derechos laborales fundamentales están reconocidos en instrumentos internacionales.

Así, en el contexto actual, la implementación de prácticas de flexibilidad laboral durante escenarios de crisis (y sobre todo cuando no existe un escenario de este tipo) genera tensiones significativas con el principio de irrenunciabilidad. Ello pues la distinción entre flexibilidad como medida admisible y vulneración del principio de irrenunciabilidad no siempre es clara, especialmente en contextos donde la coyuntura económica corporativa es genuina, pero las medidas adoptadas pueden exceder los límites permisibles. Es necesario, entonces, evaluar cada situación considerando la naturaleza jurídica de los derechos afectados y las circunstancias específicas en que se produce la modificación para proponer un plan de acción razonable y que posteriormente no sea invalidado, especialmente atendiendo a las diversas fuentes del derecho que pueden entrar en colisión, así como la potencial afectación de derechos fundamentales del trabajador

2. Principio de la condición más beneficiosa

Por otro lado, el principio de la condición más beneficiosa de igual manera se expresa como una herramienta de protección del trabajador y opera como criterio de interpretación y aplicación normativa en aquellos supuestos en los que concurren distintas disposiciones de origen normativo o convencional, con el objeto de preservar la situación más favorable del trabajador. La aplicación de este principio no solo garantizaría -evidentemente- la aplicación de la condición más favorable, sino que también impide el desconocimiento de derechos o condiciones laborales adquiridas, aun cuando se pretenda regular de forma distinta. Así, Toyama establece que este principio:

Supone la conservación de los derechos nacidos de actos no normativos (...) siempre que no contravengan disposiciones de orden público. Así, la aplicación del principio conlleva a mantener derechos de los trabajadores frente a una

1 Véase el Fundamento 24 de la Sentencia del Pleno No. 8-2005-PI/TC

sucesión normativa, convencional o acto no normativo (...) de ahí que se hable de derechos adquiridos (1993, p. 42)

Siendo así, al igual que el principio anterior, su fundamento se encuentra en el artículo 26 inciso 1 de la Constitución Política del Perú. Además, este principio ha sido plasmado en la normativa internacional, conforme se puede apreciar en el artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la cual establece que en ningún caso podrá considerarse que la adopción (o ratificación) de un convenio o la de una recomendación menoscabará cualquier disposición que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las señaladas en dicho convenio o recomendación.

Ahora bien, se deben tener en consideración los siguientes aspectos para la aplicación de este principio: (i) el alcance, (ii) los requisitos para su aplicación, (iii) los efectos prácticos que genera. De este modo, respecto al alcance, sin perjuicio de que existe una discusión sobre la aplicación de este principio en escenarios de sucesión normativa, adoptamos la posición que desarrolla que su aplicación debe ceñirse a derechos nacidos de actos no normativos (donde se presenta silencio de la norma), esto es, (...) “de un contrato de trabajo o incorporados al mismo por una suerte de consolidación en el transcurso del tiempo de un beneficio individual” (Toyama, 1993, p. 42).

Por otro lado, en relación con los requisitos para su aplicación, Toyama (1993) presenta una suerte de listado, el cual detallamos a continuación:

1. Se debe presentar un supuesto de sucesión peyorativa, esto es, el acto posterior debe implicar derechos menores que los adquiridos.
2. El derecho que se conversa debe haber nacido del contrato de trabajo o de la consolidación del tiempo (costumbre).
3. No se deben superar los límites materiales, aplicativos e instrumentales. Sobre el límite material, la conservación de los derechos deben estar sustentados en un acto no normativo válido. Sobre el límite instrumental, sólo puede aplicarse sobre derechos nacidos de actos no normativos desplazados por un acto normativo o no normativo posterior. Sobre el límite aplicativo, la comparación para determinar la condición más favorable implica un análisis por instituciones homogéneas (postura del autor).

4. El derecho reclamado debe ser efectivamente gozado (debe disfrutarlo con anterioridad al acto normativo o no normativo posterior que lo podría reemplazar).
5. El derecho reclamado por el trabajador puede tener cualquier contenido, sin limitación alguna.

Por último, sobre los efectos prácticos que genera, el principio de la condición más beneficiosa tiene efectos concretos sobre situaciones jurídicas individuales o colectivas consolidadas en el tiempo, ya sea por práctica reiterada, cláusulas contractuales o reconocimiento convencional, impidiendo que nuevas disposiciones puedan desconocer o suprimir tales beneficios sin vulnerar derechos adquiridos.

Siendo así, en la jurisprudencia reciente se está aplicando este principio para la resolución de controversias². Por ejemplo, en la Casación Laboral No. 574-2017 Lima se utilizó el principio de la condición más beneficiosa para la resolución de una demanda de reintegro de bonificación por tiempo de servicios, estableciendo que correspondía aplicar la suma máxima a la cual podía ascender dicho beneficio, la cual había sido pactada mediante convenio colectivo:

Décimo.- (...) De acuerdo con esta característica los acuerdos tomados mediante negociación colectiva automáticamente se incorporan a los contratos individuales, modificando las condiciones iniciales pactadas a título individual entre el trabajador y el empleador; **siempre que sean más beneficiosas**.

(Énfasis agregado)

De esta forma, el principio en mención se proyecta como una garantía frente a eventuales regresiones en las condiciones laborales, por ejemplo, en contextos de reorganización empresarial. No obstante, su aplicación exige una evaluación técnica rigurosa sobre la existencia del derecho que implique mayores ventajas, su reiteración en el tiempo y el origen de la misma, evitando con ello una aplicación automática.

2 Otro ejemplo lo podemos encontrar en la sentencia de primera instancia emitida por el 16° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima en el marco del Expediente No. 12390-2020-0-1801-JR-LA-16

3. FLEXIBILIDAD LABORAL EN ATENCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS Y CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Durante las últimas décadas, el concepto de “flexibilidad laboral” ha evolucionado de ser una discusión meramente académica hasta convertirse en una realidad tangible que permea las relaciones laborales contemporáneas. Los cambios regulatorios de la década de los 90, que introdujeron mayor flexibilidad mediante figuras contractuales como los contratos sujetos a modalidad, marcaron un punto de inflexión que nos obliga a examinar con detenimiento la naturaleza de esta capacidad de adaptación. Esta revisión debe contemplar tanto la perspectiva normativa vigente como la facultad práctica que tiene el empleador para implementar estos mecanismos en la gestión cotidiana del trabajo.

Dentro de esta dinámica, los principios de irrenunciabilidad de derechos y de la condición más beneficiosa adquieren especial relevancia como una salvaguarda frente a intentos de regresión en los derechos adquiridos por los trabajadores, -para efectos de este artículo- por vía contractual o por decisiones empresariales unilaterales. Sin embargo, la aplicación efectiva de estos principios enfrenta desafíos significativos cuando las empresas atraviesan dificultades económicas que limitan su capacidad para mantener beneficios laborales previamente establecidos. Es precisamente en estos momentos de tensión donde surge el debate central sobre la flexibilidad laboral y salarial como facultad de ajuste empresarial ante crisis o transformaciones estructurales del entorno económico y productivo. Esta tensión constante entre la preservación de beneficios laborales consolidados y la necesidad empresarial de adaptarse a condiciones cambiantes nos desafía a reexaminar, desde una perspectiva tanto técnica como jurídica, el verdadero alcance de los principios tradicionales del derecho del trabajo en un contexto productivo caracterizado por su dinamismo e incertidumbre.

En este marco, la definición de flexibilidad laboral emerge como el eje articulador del debate, pues permite comprender cómo las tensiones entre la preservación de derechos adquiridos y las exigencias de adaptación empresarial se traducen en distintas concepciones doctrinarias y prácticas del mercado laboral. Reconociendo la diversidad de corrientes doctrinarias que abordan la definición de flexibilidad, consideramos necesario adoptar un enfoque conceptual claro para los fines del presente análisis. En este sentido, proponemos la definición de “flexibilidad” desde la base de la perspectiva neoclásica, la cual resume ade-

cuadramente Tostes y Villavicencio, pero también nuestra definición contempla la “teoría de la sacralización de la competencia como supervalor”:

Desde la perspectiva de la teoría neoclásica, el término se vincula al comportamiento de un mercado, utilizado en el sentido de flexibilizar oferta y demanda de trabajadores, facilitando el equilibrio entre las utilidades de los trabajadores y los requerimientos de la función de producción de las empresas (...) el nuevo paradigma productivo generó una sacralización de la competencia como «supervalor» (...). La flexibilización de la organización productiva, de las condiciones de trabajo, de la actividad estatal es entendida en un contexto de pérdida de identidad del Derecho del Trabajo (...) (2012, p. 357 - 360). No obstante, es fundamental señalar que no existe una definición uniforme en la doctrina en cuanto a qué se entiende por flexibilidad laboral. Al respecto, Medrano explica que es necesario primero definir qué se entiende por este concepto ya que “no existe una definición unánime, ni consenso tampoco en cuanto a sus virtudes ni a su efectividad (...) en general, se puede desprender que la flexibilización laboral ha sido vinculada a cuestiones de contratación, despido y ajustes salariales” (2025).

De hecho De la Rosa citando a Pérez Alencart señala que una de las formas de entender a la flexibilidad laboral es la siguiente:

(...) c) La flexibilización que supone adaptación o ajuste a la crisis, caracterizada por la introducción de reformas que aligeran el peso de la legislación laboral pero sin que ello signifique alterar ni sus fundamentos dogmáticos ni estructuras (2016, p. 254)

Al revisar esta definición, puede sostenerse que la flexibilidad laboral remite, en esencia, a una flexibilización de la regulación del mercado de trabajo, que en muchos casos se traduce en la atenuación de condiciones mínimas laborales. De ahí que pueda ser concebida, por un lado, como un fenómeno que atraviesa normas, instituciones y dinámicas económicas destinadas a ajustar el grado de protección laboral; y, por otro, como una dimensión que expresa la capacidad del empleador para responder frente a escenarios de crisis y adaptación. Es en este último sentido -la flexibilidad como capacidad nacida de la necesidad de ajuste- donde centramos nuestro análisis, pues consideramos que, en línea con lo señalado por Sanguinetti, la esencia del concepto se asocia precisamente con la capacidad de adaptación del empleador a contextos nuevos, inciertos y cambiantes:

A través de la noción de flexibilidad se hace alusión a la capacidad de adaptación a contextos y situaciones nuevas, inciertas y cambiantes, y que, como tal, lo que exige es la presencia de instrumentos que permitan al titular de la empresa hacer frente a las fluctuaciones de la demanda, reduciendo los potenciales efectos negativos de estas sobre la estructura de costos de la misma, (...) resulta evidente que el juicio sobre la superior o inferior flexibilidad de cualquier ordenamiento laboral no se relaciona directamente con la existencia o no de normas estatales, ni tampoco necesariamente con la presencia en ellas de soluciones más o menos protectoras del interés de los trabajadores, sino más bien con la superior o inferior capacidad de las mismas para acomodarse con eficiencia a las variaciones y cambios que puedan surgir a lo largo del devenir de las relaciones laborales (...) (2021, p. 98).

En consecuencia, entendemos la flexibilidad laboral como la capacidad del empleador para adecuar las condiciones de trabajo a contextos cambiantes, lo que involucra la toma de decisiones directas respecto de aspectos esenciales de la relación laboral. Esta noción sintetiza las diversas aproximaciones doctrinarias y permite advertir que la flexibilización no se limita exclusivamente a fenómenos económicos y políticos generales ni a iniciativas de las instituciones públicas del Estado, sino que se manifiesta, sobre todo, en el ámbito de la gestión empresarial. En este terreno, la capacidad de decisión del empleador se traduce en la posibilidad de introducir modificaciones en la organización y en las condiciones de prestación de los servicios, dentro de los márgenes que fija el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, esta capacidad empresarial de modificar unilateralmente condiciones de trabajo encuentra un correlato directo en lo que la doctrina ha denominado *ius variandi*, entendido como la facultad del empleador de alterar determinados aspectos de la relación laboral en función de las necesidades productivas. Sin embargo, se trata de una potestad sujeta a límites jurídicos y de razonabilidad, pues de lo contrario podría derivar en una erosión de los principios protectores que estructuran el Derecho del Trabajo. Precisamente en esta tensión entre la facultad de decisión del empleador y las garantías mínimas de los trabajadores es donde se ubica el núcleo del debate sobre la flexibilidad.

Siendo así, luego de entender a la flexibilidad como capacidad, facultad o poder del empleador para realizar ajustes, es necesario precisar que tal poder se manifiesta en dos niveles diferenciados. Por un lado, debe revisarse de manera

breve la competencia normativa del empleador, la cual se ejerce mediante la producción de reglas internas de alcance general, como reglamentos de trabajo, manuales de funciones o políticas corporativas. Estas normas, aunque limitadas al marco organizacional, se relacionan directamente con las fuentes formales del Derecho del Trabajo y pueden entrar en tensión con la ley, los convenios colectivos o los tratados internacionales. Por otro lado, también se tiene el nivel de los actos no normativos o decisiones individuales, las cuales inciden sobre un contrato en particular, como reasignaciones de funciones, modificaciones salariales o variaciones en las condiciones de prestación del servicio. Aquí la tensión se produce en un plano más inmediato, pues estas decisiones colindan con la intangibilidad de los derechos reconocidos en el marco del contrato y con la garantía mínima de la irrenunciabilidad.

El análisis de la flexibilidad, por tanto, no puede restringirse a describir un margen de acción empresarial, sino que debe abordarse como un poder del empleador que, bajo determinadas circunstancias, busca proyectar sus efectos sobre ámbitos que tradicionalmente escapan a su sola voluntad. En otras palabras, la flexibilidad se convierte en un mecanismo de incidencia sobre fuentes heterónomas del Derecho del Trabajo (ley, convenios colectivos, costumbre), lo que exige determinar con claridad cuáles son sus límites y bajo qué condiciones puede operar legítimamente.

En esta línea, los contextos de pandemia, desastres naturales, crisis económicas o situaciones imprevistas como es por ejemplo el reciente caso de derrumbe del Real Plaza Trujillo, consisten situaciones que exacerban el ánimo “flexibilizador” dado que presuponen cambios estructurales en el equilibrio entre la productividad y los beneficios laborales. En efecto, estas situaciones excepcionales implican -en muchos escenarios- la imposibilidad de mantener este equilibrio.

Ello pues, cuando se presentan eventos de fuerza mayor, los indicadores tradicionales de productividad se tornan inalcanzables, no por deficiencias atribuibles al trabajador, sino por circunstancias externas y ajenas al control tanto del empleador como del propio trabajador. Así, se configura una situación excepcional en la que la estructura económica de la relación laboral se ve profundamente alterada, afectando a ambas partes. Por un lado, los trabajadores enfrentan la pérdida de beneficios adquiridos, la reducción de su poder adquisitivo y una mayor incertidumbre respecto a la estabilidad de sus condiciones laborales.

Por otro lado, las empresas, particularmente aquellas de menor tamaño o con márgenes operativos reducidos, ven comprometida su capacidad de sostener planillas, asumir cargas sociales y mantener su operación sin incurrir en riesgos legales o financieros adicionales.

En consecuencia, la discusión sobre la flexibilidad salarial ejecutada por el empleador no puede analizarse únicamente desde la afectación a los derechos del trabajador, sino también desde la perspectiva del empleador que opera en contextos de inestabilidad estructural. La clave está en encontrar un punto de equilibrio que permita responder a contingencias reales sin desnaturalizar las garantías esenciales de la relación laboral.

En este caso, este debate no debe concebirse únicamente como una pugna entre intereses contrapuestos (trabajadores versus empleadores), sino como la concurrencia de principios de distinta naturaleza. En efecto, los derechos laborales fundamentales y los principios aplicables, por ejemplo, la irrenunciabilidad y la condición más beneficiosa, responden a una dimensión sustantiva del derecho, cuyo carácter esencialista impone un núcleo de protección inderogable frente a cualquier intento de disposición. En contraste, la eficiencia productiva constituye un principio institucional de toda organización, de carácter instrumental, orientado a garantizar la continuidad y estabilidad de la empresa como unidad económica. La tensión que aquí se revela no es meramente práctica, sino de orden conceptual: se trata de conciliar principios sustantivos, que resguardan valores esenciales vinculados a la dignidad del trabajo, con principios institucionales, que organizan el funcionamiento del aparato empresarial en aras de la sostenibilidad. Este reconocimiento permite comprender que las soluciones no pueden reducirse a fórmulas contractuales o a ajustes unilaterales, sino que requieren de un encuadre jurídico que respete la jerarquía y la función de cada tipo de principio en juego.

III. CONFLICTO: FLEXIBILIDAD LABORAL EN CONTRASTE CON LOS PRINCIPIOS TRADICIONALES DE PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR

Tal como se ha desarrollado, la necesidad de adaptar las relaciones laborales a escenarios económicos cambiantes (especialmente en escenarios de crisis o estabilidad relativa) ha intensificado el conflicto entre la flexibilidad salarial ejecutada por el empleador y los principios de protección tradicionales del dere-

cho laboral, especialmente tras la pandemia. En este contexto, muchas empresas han recurrido a ajustes en la estructura remunerativa, sustituyendo beneficios económicos por prestaciones no remunerativas reduciendo componentes previamente otorgados, lo que ha generado tensiones respecto a la protección de derechos adquiridos o al cuestionamiento de la posibilidad de disponer sobre derechos laborales.

Este apartado aborda esta tensión desde tres enfoques: el impacto del escenario post pandemia (conflicto identificado), los beneficios laborales que deben ser considerados intangibles y el tratamiento jurisprudencial de estos conflictos en torno a la validez y límites de la flexibilización salarial ejecutada por el empleador.

1. Escenario post pandemia

Como hemos precisado, la pandemia de la COVID-19 se estableció como un punto de inflexión en la práctica laboral peruana. Durante el 2020 y el 2021, las empresas recurrieron masivamente a medidas como la suspensión perfecta de labores, el teletrabajo improvisado, las licencias con goce de haber sujetas a compensación y la reducción unilateral de beneficios. Si bien muchas de estas prácticas tuvieron el objetivo -en dicho contexto de crisis- de preservar el empleo frente al cierre de operaciones y la caída de la actividad económica, también dejaron una herencia jurídica confusa y, en muchos casos, regresiva. A la fecha, diversas acciones de este tipo, es decir, de emergencia (licencias impuestas con o sin goce de haberes, reducciones de jornada, modificación de beneficios) se mantienen en la práctica, susceptibles de cuestionamiento judicial y en muchas ocasiones objeto de sanciones tanto civiles como administrativas, dada la falta de una regulación clara en estos contextos problemáticos.

Esta aplicación automática y desregulada ha contravenido principios tradicionales fundamentales del derecho laboral, como la irrenunciabilidad de derechos y la condición más beneficiosa. Ambos pilares, pensados para equilibrar la disparidad de poder en la relación de trabajo, se vieron debilitados ante la necesidad de la reactivación económica.

Este mantenimiento de medidas de emergencia adoptadas durante la COVID-19 se puede visualizar en el reciente caso ocurrido en el centro comercial

Real Plaza de Trujillo en febrero de 2025³. En efecto, el derrumbe del techo de este centro comercial reveló el alto grado de vulnerabilidad laboral ante un escenario de crisis -e incluso, quizás, en escenarios que las Compañías identifican como crítico sin que se presenten supuestos de fuerza mayor o caso fortuito-. Tras el colapso, varios locales de la cadena Real Plaza en distintas ciudades fueron cerrados preventivamente. Como consecuencia, cientos de trabajadores fueron enviados a licencias con o -a veces- sin goce de haber, sin certeza de retorno, sin mecanismos de compensación adicionales y, en muchos casos, sin comunicación clara sobre su situación laboral.

Siendo así, la figura de la licencia volvió a ocupar un lugar central. Esta modalidad que en teoría protege al trabajador manteniendo su vínculo y su remuneración, en la práctica puede convertirse en un mecanismo de espera forzada sin garantía de continuidad. Algunos trabajadores comenzaron a reportar la reducción de beneficios sociales o la anulación de premios e incentivos ligados a metas comerciales.

Ahora bien, otra de las medidas generalmente adoptadas por los empleadores es la supresión o reducción de bonificaciones que inicialmente fueron otorgadas como prestaciones adicionales a la remuneración básica. Estas bonificaciones, que en muchos casos se habían consolidado como parte de la estructura remunerativa habitual del trabajador, son eliminadas bajo el argumento de que constituyen beneficios extraordinarios no garantizados contractualmente en el contrato primigenio de trabajo.

De igual forma, los empleadores también recurren al intercambio estratégico de componentes remunerativos monetarios por beneficios de menor costo directo. Por ejemplo, en lugar de otorgar un bono de productividad, se decide entregar una prestación alimentaria bajo suministro indirecto, a fin de otorgar un concepto no remunerativo que no impacte en los beneficios sociales. Dicha modificación unilateral de la estructura remunerativa afecta -necesariamente- el poder adquisitivo real del trabajador, quien pierde la posibilidad de decidir cómo utilizar ese recurso monetario.

3 Véase las noticias del periódico Infobae que citamos en la bibliografía en relación con lo sucedido en febrero de 2025 en el centro comercial Real Plaza de Trujillo.

Por otro lado, los acuerdos de disminución remunerativa representan una de las medidas más controvertidas en contextos de crisis económica empresarial. Estos convenios que pueden incluir reducciones temporales o permanentes de la remuneración base, licencias con goce parcial de haberes o modificaciones en la jornada laboral con el consecuente ajuste remunerativo, requieren generalmente del consentimiento del trabajador. Sin embargo, la situación de vulnerabilidad económica y el temor al desempleo pueden generar un consentimiento viciado, donde el trabajador acepta condiciones desfavorables bajo presión. Esta dinámica plantea serios cuestionamientos sobre la validez jurídica de tales acuerdos y su compatibilidad con los principios fundamentales del derecho laboral.

No obstante, este análisis no puede reducirse a una visión parcial que únicamente evidencie el perjuicio que generan las medidas de flexibilización ejecutada por el empleador sobre los trabajadores. En contextos de crisis o de desaceleración económica -esta última entendida como una etapa de estabilidad relativa en la que la empresa enfrenta una disminución en su rendimiento sin encontrarse necesariamente en una situación crítica- también existen necesidades empresariales legítimas orientadas a preservar la continuidad operativa, evitar despidos masivos y sostener la productividad en condiciones adversas. En tales circunstancias, es razonable que el empleador explore mecanismos de ajuste temporal en la estructura de costos laborales, no con el objetivo de precarizar el trabajo, sino con la finalidad de alcanzar la sostenibilidad.

Desde esta óptica, es posible afirmar que, bien reguladas, ciertas medidas de reorganización remunerativa pueden tener efectos positivos en el mediano y largo plazo, al contribuir a mantener la empleabilidad y evitar la desaparición de fuentes de trabajo. A su vez, ello puede generar espacios para una posterior mejora en las condiciones laborales, una vez superadas las dificultades coyunturales. Sin embargo, esta lógica empresarial se enfrenta en la práctica a un escenario normativo insuficientemente desarrollado, en el que la flexibilización se implementa con carácter improvisado o sin respaldo normativo suficiente, especialmente cuando no se ha acreditado formalmente la existencia de una situación de crisis, lo cual exige un mayor nivel de justificación y proporcionalidad por parte del empleador.

Estas medidas adoptadas con urgencia y al margen de procedimientos formales -como la supresión unilateral de bonificaciones, la sustitución de com-

ponentes remunerativos por beneficios no remunerativos o la modificación de jornadas con impacto en la remuneración- suelen ser posteriormente declaradas inválidas por la autoridad judicial o administrativa, al verificarse la afectación de derechos esenciales del trabajador o la inexistencia de condiciones que justifiquen tales modificaciones. Como consecuencia, el empleador no solo se ve obligado a restituir los beneficios eliminados (y realizar el reintegro de lo no pagado), sino que también puede incurrir en sobrecostos derivados de procesos judiciales, multas administrativas o indemnizaciones adicionales, agravando su situación financiera original.

Por tanto, el verdadero desafío no consiste en permitir o restringir la flexibilidad laboral ejecutada por el empleador de forma absoluta, sino en construir marcos regulatorios sólidos y técnicamente consistentes que distingan entre situaciones reales de crisis y escenarios de desaceleración o ajuste temporal, estableciendo con claridad los límites a la modificación unilateral de condiciones esenciales de la relación laboral.

2. Jurisprudencia judicial relevante sobre modificación de beneficios laborales

En el ámbito de las relaciones laborales, la identificación de qué prestaciones constituyen verdaderos beneficios laborales y hasta qué punto pueden ser modificadas por las partes es una cuestión de relevancia teórica y práctica. La dificultad radica en que los trabajadores perciben una diversidad de conceptos (con distintos orígenes, naturaleza y regímenes jurídicos) que no siempre responden a una misma lógica normativa. Ante esta complejidad, resulta indispensable establecer una clasificación que permita distinguir con precisión cuáles beneficios forman parte del núcleo intangible de derechos laborales y cuáles pueden ser objeto de negociación o modificación.

Sabemos que constituye remuneración, el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, siempre que sea de su libre disposición. En consecuencia, la remuneración no se reduce a la remuneración básica, sino que comprende toda percepción patrimonial que retribuya de manera directa el trabajo realizado. Por otro lado, según Toyama, los beneficios sociales abarcan:

Aquellos conceptos que perciben los trabajadores por o con ocasión del trabajo dependiente: no importa su origen (legal -heterónomo- o convencional -autó-

nomo-) (...) Esta es, por lo demás, la posición que se aprecia en los procesos laborales donde los jueces emplean una concepción amplia sobre el alcance del término beneficios sociales. Ciertamente, debe tener un contenido patrimonial claro, en dinero o en especie (2009, p. 66).

No obstante, pese a esta amplitud conceptual, surge la necesidad de diferenciar con claridad las diversas prestaciones laborales. En efecto, no todas las prestaciones otorgadas dentro de la relación laboral deben incluirse en la misma categoría, puesto que existe una diferencia sustancial entre aquellas que derivan de normas imperativas y aquellas que surgen de la liberalidad del empleador. En tal sentido, esta diferenciación no es meramente académica, sino que tiene consecuencias prácticas, pues permite delimitar las facultades de disposición que las partes pueden ejercer sobre ellos.

En este contexto, dentro del espectro de los beneficios sociales, se identifica un núcleo de prestaciones que -a nuestro parecer-, tienen carácter intangible por su origen en normas de orden público. Así, entre estos beneficios se encuentran la Compensación por Tiempo de Servicios, gratificaciones legales, seguro de vida ley, participación en utilidades (cuando corresponda) y el descanso vacacional remunerado. En consecuencia, estos derechos deben entenderse como prestaciones que forman parte del núcleo esencial e irrenunciable de la relación laboral. Precisamente por esta razón, su regulación normativa impide su modificación unilateral o su renuncia voluntaria por parte del trabajador.

Por el contrario, existe otra categoría de beneficios que se caracteriza por no tener origen en normas imperativas, sino en la liberalidad del empleador. Dentro de esta categoría se encuentran, por ejemplo, los bonos por cumpleaños, las bonificaciones por graduación, las asignaciones especiales, entre otros. A diferencia de los beneficios sociales intangibles, estas prestaciones no gozan de protección absoluta, de modo que pueden ser modificadas o eliminadas por el empleador, siempre que se respeten las condiciones y procedimientos aplicables.

De esta manera, la distinción entre beneficios sociales intangibles y beneficios de liberalidad del empleador resulta crucial para delimitar el verdadero campo de aplicación de los acuerdos de modificación. Siendo así, los convenios de renuncia a ciertos beneficios, adicionales a la remuneración, sólo pueden recaer sobre los beneficios otorgados por liberalidad o mutuo acuerdo, debién-

dose respetar, en todo momento, la intangibilidad de los beneficios de origen imperativo.

Así, los beneficios sociales intangibles mantienen su carácter irrenunciable e inmodificable. Por el contrario, los beneficios de liberalidad empresarial sí pueden ser objeto de negociación y ajuste mediante acuerdos voluntarios. En esa misma lógica de diferenciación, corresponde analizar el caso particular de la remuneración, la cual, a diferencia de los beneficios de origen imperativo, ha sido objeto de tratamiento especial en jurisprudencia reciente.

En efecto, durante la última década se ha reconocido la posibilidad de reducir la remuneración siempre que medie un acuerdo voluntario y por escrito entre el empleador y el trabajador. Esta posición inicial se sustentaba en la autonomía de la voluntad de las partes, quienes podían pactar válidamente este tipo de ajustes. Además, su fundamento normativo se encontraba en la Ley No. 9463, la cual si bien no autorizaba expresamente la reducción de remuneraciones, sí la admitía al regular sus consecuencias jurídicas. De este modo, dicha norma se erigió en el pilar que permitió viabilizar los acuerdos de reducción salarial, configurando un marco jurídico -aunque implícito- para este tipo de modificaciones contractuales dentro del ámbito laboral.

Ahora bien, para que el acuerdo de reducción fuera considerado válido se debía cumplir con tres requisitos fundamentales: (i) ser genuinamente voluntario, (ii) no afectar derechos ya ganados por el trabajador (además del remunerativo, evidentemente) y (iii) no vulnerar los mínimos legales o pactados en convenios colectivos (en caso aplique), como la remuneración mínima vital. Estos requisitos establecen un sistema de protección que buscaba garantizar que la voluntad del trabajador fuera libre e informada, preservando al mismo tiempo sus derechos fundamentales.

En este sentido, hemos podido identificar (y compartimos la opinión) que jurisprudencialmente se ha determinado que un acuerdo de reducción de remuneraciones no vulnera el principio de irrenunciabilidad si se respetan los derechos mínimos establecidos en normas imperativas. Esta distinción conceptual resulta fundamental para comprender el alcance y las limitaciones del principio de irrenunciabilidad en el contexto de las modificaciones contractuales consensuales. De hecho, Pizarro señala que:

(...) Son irrenunciables los derechos nacidos de la Constitución, de las normas legales de carácter imperativo y de las cláusulas normativas del convenio colectivo que también tengan tal carácter. **En cambio, no son irrenunciables los derechos nacidos del contrato de trabajo, de la decisión unilateral del empleador o de la costumbre.** Por lo tanto, resulta claro que un acuerdo de reducción de remuneraciones, a través del cual se modifican beneficios que surgieron del acuerdo de las partes, de la decisión del empleador o de la práctica reiterada no puede afectar el principio de irrenunciabilidad, toda vez que no podría tratarse de derechos irrenunciables (...) (2021, p. 256).

(Énfasis agregado)

De igual manera, el Tribunal Constitucional, en el Expediente No. 9-2004-AA/TC⁴, estableció que la reducción de remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley No. 9463, siempre que medie aceptación del trabajador. Esta sentencia marcó un precedente importante al reconocer la validez de estos acuerdos bajo ciertas condiciones específicas. Sin embargo, la evolución jurisprudencial no ha sido lineal. La Corte Suprema atravesó una etapa de confusión en la que declaró que la Ley No. 9463 había sido derogada tácitamente por la Constitución, prohibiendo así cualquier acuerdo de reducción de remuneración por considerar que era contrario al principio de irrenunciabilidad de derechos. Esta posición generó incertidumbre jurídica y limitó significativamente las posibilidades de negociación en situaciones de crisis empresarial.

Posteriormente, la misma Corte Suprema rectificó su criterio, admitiendo nuevamente la vigencia de la Ley No. 9463, pero incorporando una nueva exigencia: el acuerdo de reducción debe estar justificado por una causa objetiva para ser válido. Esta modificación representó un avance en la protección de los derechos del trabajador al establecer que no bastaba el simple consentimiento, sino que debía existir una justificación objetiva para la reducción.

Por otro lado, en la Casación Laboral No. 3711-2016 Lima se estableció definitivamente que la reducción de remuneraciones se da únicamente previo acuerdo entre trabajador y empleador y que cualquier disminución de la remuneración sin que medie aceptación del trabajador será considerada como un acto de hostilidad equiparable al despido. Esta Casación reafirmó la necesidad del consentimiento expreso y voluntario del trabajador. Asimismo, se estableció

4 Véase el fundamento tercero de la Sentencia emitida en el Expediente No. 9-2004-AA/TC

que pueden existir acuerdos de reducción cuando concurren causas objetivas extraordinarias, las cuales incluyen:

- Casos fortuitos o de fuerza mayor que impliquen la desaparición total o parcial del centro de trabajo.
- Motivos económicos por resultados negativos en la utilidad operativa o situaciones donde mantener la continuidad laboral implique pérdidas.
- Motivos tecnológicos necesarios para evitar la obsolescencia empresarial y motivos estructurales (cambios organizacionales) para evitar el deterioro empresarial.
- Situaciones de disolución, liquidación o quiebra empresarial.
- Procesos de reestructuración patrimonial, todos los cuales habilitan la negociación de reducciones remunerativas como medida de preservación de la fuente de empleo.

46

Luego, el Tribunal Constitucional, en el Expediente No. 2220-2019-PA/TC, estableció límites importantes respecto a los acuerdos de reducción, determinando que el empleador no puede descontar la totalidad de la remuneración del trabajador aun cuando exista acuerdo previo de descuento, ya que esto supondría una vulneración del derecho a una remuneración equitativa y suficiente. Además, ello iría en contra de lo dispuesto en el artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil, el cual establece que las retenciones sobre remuneraciones no pueden exceder el 60 %. Este límite tiene como finalidad asegurar que el trabajador conserve una parte de sus ingresos para cubrir sus necesidades básicas y las de su familia. De esta manera, incluso aquellos acuerdos suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual, no pueden contravenir otros derechos fundamentales.

La evolución jurisprudencial culmina con la reciente Casación Laboral No. 33152-2022⁵ que introduce elementos novedosos y potencialmente controversiales en la interpretación de los acuerdos de reducción de remuneraciones. Esta Casación analiza un caso donde la reducción se dio en un contexto de crisis económica debidamente acreditada, lo que justificó la medida adop-

5 Emitida con fecha 12 de noviembre de 2024.

tada por la empresa. En esta última la Corte Suprema consideró válida una reducción de remuneraciones aún cuando no obraba en autos el documento suscrito por el trabajador, basándose en diversos elementos de juicio que permitían concluir que el trabajador habría convenido dicha rebaja dentro de un contexto justificado por la situación económica de la empresa. Este criterio amplía las posibilidades probatorias para demostrar el consentimiento del trabajador. Asimismo, un aspecto particularmente relevante de esta Casación es que considera como elemento determinante el hecho de que el trabajador no reclamó oportunamente la reducción de remuneraciones, pues presentó su demanda después de más de veinte años. Esta consideración introduce el elemento temporal y la conducta del trabajador como factores relevantes para evaluar la validez de la reducción.

Sin perjuicio de ello, la interpretación que surge de la Sala Suprema podría generar tensiones con los principios tradicionalmente establecidos, ya que pareciera permitir cierta unilateralidad del empleador en la aplicación de reducciones cuando existan causas objetivas debidamente acreditadas, lo cual podría estar en tensión con el requisito del acuerdo expreso que había sido establecido en jurisprudencia anterior. Siendo así, en el actual escenario jurisprudencial, queda pendiente la definición precisa de los límites y condiciones bajo las cuales son válidos los acuerdos de reducción de remuneraciones, particularmente en lo que respecta al grado de unilateralidad que puede ejercer el empleador cuando existan causas objetivas debidamente acreditadas y cómo esto se compatibiliza con los principios fundamentales del derecho laboral y la protección constitucional de los derechos del trabajador.

A modo de síntesis podemos señalar que, a partir del desarrollo jurisprudencial, para celebrar acuerdos que impliquen necesariamente la renuncia a ciertos derechos del trabajador, se realizaría de acuerdo a lo siguiente:

Cuadro N.º 1
Análisis jurisprudencial para la validez de modificación de beneficios laborales

Jurisprudencia	Requisitos para la validez del acuerdo de modificación de condiciones de trabajo	Síntesis jurisprudencial
Expediente No. 9-2004-AA/TC	Consentimiento expreso del trabajador. Caso contrario, nos encontramos ante un acto de hostilidad.	Reconoce la validez de la modificación de condiciones de trabajo (especialmente, la reducción de remuneraciones), pero exige un consentimiento indiscutible del trabajador.
Casación Laboral No. 3711-2016-LIMA	Consentimiento expreso del trabajador, así como libre de cualquier vicio de nulidad.	Reconoce la validez de la modificación de condiciones de trabajo (especialmente, la reducción de remuneraciones), pero exige un consentimiento indiscutible y válido del trabajador.
Expediente No. 2220-2019-PA/TC	Consentimiento expreso del trabajador. Además, el acuerdo no debe contravenir derechos fundamentales, respetando el límite establecido en el artículo 648 del Código Procesal Civil.	Reconoce la validez de la modificación de condiciones de trabajo (especialmente, la reducción de remuneraciones), pero exige un consentimiento indiscutible del trabajador y establece límites (prohíbe un descuento total de remuneraciones).
Casación Laboral No. 33152-2022-LIMA	Admite las modificaciones unilaterales (reducción remunerativas), pero debe existir una causa objetiva acreditada que exija esta modificación. El consentimiento del trabajador se presume, si es que este no realizó un reclamo oportuno.	Reconoce la validez de la modificación de condiciones de trabajo (especialmente, la reducción de remuneraciones) de forma unilateral, siempre que exista una causa objetiva que lo justifique. De igual modo, se admite la presunción de consentimiento si es que el trabajador no presentó un cuestionamiento oportuno.

IV. PROPUESTA DE SOLUCIÓN PARA EL CONFLICTO IDENTIFICADO

Frente a este escenario y al uso extendido y poco regulado de medidas adoptadas en contextos excepcionales (crisis) y en contextos de desaceleración económica (estabilidad relativa), es necesario establecer un marco regulatorio que delimite con precisión cuándo y cómo pueden aplicarse mecanismos de flexibilidad laboral implementadas por el empleador. La solución no pasa por prohibir de forma absoluta tales medidas, sino por imponerles condiciones claras de procedencia, transparencia y temporalidad.

De este modo, a continuación desarrollamos una propuesta de solución que plantea la construcción de una guía preliminar de cómo debe proceder el

empleador ante una situación de emergencia o urgencia que requiera modificar beneficios laborales, especialmente considerando la jurisprudencia judicial reciente y la no vulneración de los principios tradicionales de protección del trabajador. Dicha guía, indudablemente debe contener cierto grado de adaptabilidad empresarial, pero bajo reglas claras que garanticen el respeto a los derechos adquiridos, la proporcionalidad de las medidas adoptadas y la transparencia en su aplicación.

1. Límites al riesgo de flexibilización regresiva ante la modificación de beneficios laborales

Debemos comenzar con los límites de la flexibilidad laboral ejecutada por el empleador ante la incidencia sobre fuentes del derecho del trabajo, a fin de delimitar el marco sobre el cual puede operar. En primer lugar, el límite infranqueable es la propia Constitución y el núcleo esencial de los derechos fundamentales laborales: por ejemplo, el derecho a la remuneración mínima vital, a la jornada máxima y al descanso. Cualquier acto empresarial que pretenda alterar estos contenidos devendría inconstitucional.

En segundo lugar, existe un límite legal: las disposiciones imperativas de la norma laboral que constituyen “mínimos indisponibles”. En este sentido, la flexibilidad no puede ser invocada para reducir por debajo de lo legalmente previsto aspectos como la remuneración mínima, los aportes a la seguridad social o la duración máxima de la jornada de trabajo. Incluso en contextos de crisis, el legislador establece márgenes de excepción regulados (por ejemplo, suspensión perfecta por fuerza mayor), pero siempre bajo supervisión administrativa.

En tercer lugar, encontramos un límite convencional, derivado de los convenios colectivos. La autonomía colectiva produce reglas que se integran al contrato de trabajo y que gozan de protección reforzada bajo el principio de condición más beneficiosa. Por tanto, la empresa no puede modificar unilateralmente estas condiciones invocando la flexibilidad sin afectar la fuerza vinculante de la negociación colectiva. No obstante, se reconoce que en este escenario, sí resulta posible la modificación siempre y cuando se cuente con justificación objetiva y acreditada.

Finalmente, si bien también existiría un límite consuetudinario (la costumbre laboral que en tanto fuente del Derecho del Trabajo también fija estándares de comportamiento) en este escenario el empleador sí puede presentar justificaciones que permitan modificar los beneficios adquiridos, especialmente, si cuenta con el consentimiento del trabajador. De ahí que consideremos que los límites establecidos para la aplicación de la capacidad de flexibilidad laboral del empleador en contextos de crisis en realidad solo lo constituyen: (i) el contenido esencial de los derechos fundamentales laborales y las disposiciones constitucionales y (ii) el contenido mínimo de los dispositivos legales.

Ahora bien, para establecer una propuesta de solución, es necesario distinguir entre situaciones de caso fortuito o de fuerza mayor -como desastres naturales, incendios o crisis sanitarias- donde la aplicación de medidas de flexibilización establecidas por el empleador encuentra mayor justificación objetiva y las situaciones de disminución significativa de productividad corporativa, en las que existe una zona gris más compleja. En estas últimas, la empresa puede atravesar períodos de pérdidas económicas que justifican acuerdos de reducción remunerativa o la suspensión de ciertos beneficios económicos previamente otorgados, sin que ello implique necesariamente una amenaza a su existencia como empresa. En tales escenarios, se vuelve fundamental equilibrar las medidas que el empleador puede adoptar con la obligación de respetar los principios esenciales de protección laboral.

En este marco, la flexibilización regresiva en las medidas establecidas por el empleador constituye un riesgo latente. Se trata de la situación en la cual medidas excepcionales de adaptación laboral, diseñadas para atender situaciones temporales, terminan transformándose en medidas permanentes de precarización. Ello ocurre cuando debido a situaciones coyunturales (pérdidas económicas de la empresa) las medidas excepcionales se consolidan en pérdidas definitivas de derechos laborales, aprovechando la coyuntura de crisis para imponer condiciones que, en circunstancias normales, podrían constituir actos de hostilidad.

En este marco, frente a una crisis económica empresarial significativa, puede ser necesario reducir o modificar temporalmente ciertos beneficios. Sin embargo, una vez superada la crisis, tales medidas deben cesar de manera automática. Su perpetuación, la normalización de reducciones remunerativas o la utilización recurrente de crisis menores para justificar condiciones deterioradas de trabajo

constituyen expresiones claras de flexibilización regresiva. Siendo así, para evitarlo, es indispensable diseñar un marco regulatorio que establezca reglas claras y límites precisos. Este marco no debe prohibir la flexibilidad implementada por el empleador, pues se reconoce que puede ser una herramienta vital para la supervivencia empresarial y la preservación del empleo. Así, su finalidad debe ser generar un uso legítimo, vinculado a necesidades reales, evitando que se convierta en un mecanismo de precarización. De este modo, desde nuestra opinión, los límites que deben observarse de manera indispensable en este marco regulatorio son los siguientes:

- **Causalidad acreditada:** toda medida que afecte condiciones remunerativas debe sustentarse en una causa objetiva y debidamente documentada. No basta invocar una “crisis” en términos genéricos. El empleador debe demostrar la situación excepcional mediante parámetros económicos y financieros verificables. Esta exigencia permite diferenciar entre una verdadera amenaza a la viabilidad empresarial y una mera disminución de rentabilidad.
- **Temporalidad y reversibilidad:** las medidas de flexibilización ejecutadas por el empleador deben tener carácter estrictamente temporal y revertirse de manera automática una vez superada la causa que las justificó. No existe razón para que reducciones remunerativas o ajustes similares persistan cuando la empresa ha recuperado su estabilidad económica.
- **Proporcionalidad:** la medida debe guardar correspondencia con la magnitud de la crisis y adoptarse sólo después de explorar alternativas menos gravosas para el trabajador. Además, se requiere un límite concreto respecto al porcentaje máximo de reducción remunerativa, siguiendo criterios ya señalados por el Tribunal Constitucional. El consentimiento del trabajador no puede convalidar un acuerdo que comprometa su subsistencia.
- **Intangibilidad de derechos mínimos:** beneficios sociales como la CTS, las gratificaciones legales, el descanso vacacional y el seguro de vida deben permanecer intocables. La negociación sólo puede operar sobre beneficios adicionales otorgados por liberalidad del empleador, pero nunca sobre los derechos mínimos garantizados por la ley.

- **Participación y transparencia:** el empleador debe comunicar de forma clara, completa y veraz la situación de la empresa, involucrando a las organizaciones sindicales o, en su defecto, garantizando que el consentimiento individual sea informado y libre de vicios. El acuerdo voluntario y genuino debe mantenerse como eje de cualquier modificación de beneficios laborales.
- **Supervisión administrativa:** para garantizar el cumplimiento de estos principios, la autoridad de trabajo debe ejercer un rol de control efectivo. Así, la autoridad administrativa se debe mantener alerta a potenciales denuncias a fin de solicitar oportunamente la información que acredita la situación de emergencia o urgencia de las empresas, de modo que se tenga el contexto completo para poder decidir sobre la validez o invalidez de los acuerdos de modificación de condiciones de trabajo o beneficios complementarios.

En este sentido, resulta fundamental fortalecer la capacidad operativa y técnica de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral. Sus inspectores deben contar con protocolos especializados para revisar estados financieros, verificar la correspondencia entre pérdidas y medidas adoptadas y garantizar el cumplimiento de los plazos establecidos. Para ello, es necesario capacitarlos en nociones básicas de análisis financiero que les permitan evaluar la veracidad de las crisis alegadas. Lo mismo debe aplicarse a nivel judicial.

Ahora bien, este marco normativo no debe interpretarse como un obstáculo para la subsistencia empresarial. Por el contrario, busca ofrecer reglas claras que orienten a los empleadores en la adopción de medidas legítimas de flexibilidad. Las empresas deben tener la posibilidad de explorar opciones de adaptación frente a situaciones difíciles, siempre dentro de límites objetivos, transparentes y proporcionales. Lo que debe evitarse es el uso fraudulento de la flexibilización, ya sea presentando información falsa o exagerando la magnitud de la crisis para justificar reducciones indebidas.

La implementación de este marco permitiría lograr un equilibrio entre la flexibilidad empresarial necesaria para enfrentar situaciones críticas y la protección efectiva de los derechos laborales. La flexibilidad ejecutada por el empleador no debe confundirse con desprotección; adecuadamente regulada, puede coexistir con un sistema robusto de garantías que preserve los derechos fundamentales de los trabajadores.

2. Propuesta de guía de actuación para la modificación de beneficios laborales

Ahora bien, ante la creciente judicialización y controversia en torno a las medidas adoptadas por los empleadores (algunas veces en consenso con los trabajadores) en contextos de crisis o desaceleración económica, resulta imperativo construir una propuesta interpretativa que permita orientar la aplicación de modificaciones de beneficios laborales bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. Esta propuesta -aún cuando preliminar- parte de una diferenciación esencial entre dos escenarios de afectación económica- la “emergencia” y la “urgencia” para el empleador- y desarrolla lineamientos diferenciados para cada uno, reconociendo sus características propias, impactos y márgenes de maniobra admisibles.

Siendo así, en nuestra propuesta partimos de la aplicación del test de proporcionalidad como método central de resolución de colisión de principios y/o derechos, pues permite brindar un marco racional y verificable a las decisiones que se adopten en escenarios de flexibilidad laboral ejecutada por el empleador. Ello resulta especialmente relevante considerando que en el caso de análisis nos encontramos ante una concurrencia de una dimensión sustantiva (derechos laborales) y una institucional (eficiencia productiva).

De este modo, la implementación del test de proporcionalidad como eje metodológico permite estructurar el análisis en tres etapas: primero, se exige comprobar la idoneidad de la medida de flexibilización para alcanzar el objetivo legítimo perseguido; segundo, debe verificarse su necesidad, descartando alternativas menos lesivas para los derechos fundamentales; y, finalmente, corresponde realizar un examen de proporcionalidad en sentido estricto, evaluando si los beneficios obtenidos justifican la intensidad de la afectación a los derechos involucrados. Este ejercicio es del que se parte para la guía propuesta, a fin de otorgar un estándar objetivo que permite a los empleadores implementar medidas de flexibilidad laboral.

Así el primer paso que proponemos para una correcta interpretación normativa y práctica de las medidas de flexibilización establecidas por el empleador es la identificación rigurosa del contexto económico en el que se inscriben. Para ello, es necesario diferenciar entre:

- **Situaciones de emergencia:** se trata de eventos imprevisibles y de impacto inmediato que amenazan directamente la continuidad de la actividad empresarial. Ejemplos claros de este tipo de situaciones incluyen desastres naturales, siniestros graves en los centros de trabajo, emergencias sanitarias o cierres obligatorios por mandato de autoridad competente. En estos casos, la urgencia de respuesta puede justificar temporalmente medidas excepcionales, siempre dentro de los márgenes legales establecidos. Aquí se encuentran los denominados casos de fuerza mayor o hechos fortuitos.
- **Escenarios de urgencia o desaceleración económica:** corresponden a situaciones en las que, sin mediar un evento catastrófico, la empresa experimenta una caída sostenida de ingresos, una contracción sumamente significativa de la demanda o una disminución continuada de la productividad que afecta su equilibrio financiero, aunque no compromete su operatividad inmediata. La respuesta empresarial en estos contextos requiere una aproximación más estructurada, sustentada y consensuada, dada la menor inmediatez del riesgo.

54

Siendo así, luego de identificar en cuál escenario nos encontramos, sugerimos la aplicación de las siguientes consideraciones en cada caso, a fin de construir soluciones sostenibles, razonables y que presenten sustento ante las autoridades para que no sean posteriormente invalidadas o materia de reintegros.

En ese sentido, cuando una empresa enfrenta un ***contexto de emergencia debidamente acreditado***, se reconoce la necesidad de adoptar medidas rápidas que aseguren la continuidad del vínculo laboral y la sostenibilidad operativa. Sin embargo, dicha necesidad no exime del cumplimiento de principios fundamentales. De este modo, proponemos que se deben cumplir con las siguientes consideraciones:

- **Acreditación fehaciente del contexto crítico:** el empleador debe sustentar documentalmente la situación excepcional que enfrenta, por ejemplo, a través de informes técnicos, estados financieros u otros documentos de fuente objetiva deben formar parte de la construcción de un expediente que acredite esta necesidad que atraviesa.
- **Evaluación de impacto y análisis de alternativas:** en aplicación del principio de condición más beneficiosa, antes de implementar me-

didadas que afecten las condiciones laborales, corresponde evaluar su impacto económico real y explorar opciones menos gravosas para el trabajador. Esta evaluación debe estar registrada y disponible ante requerimiento judicial o administrativo.

- **Temporalidad y revisión periódica:** toda modificación debe tener un plazo predefinido y ser objeto de evaluación constante. En este contexto, se recomienda establecer periodos de aplicación inicial (por ejemplo, entre 30 y 90 días), prorrogables únicamente con sustento adicional. Ello también tiene correlación con que dichas situaciones de emergencia normalmente son temporales.
- **Aplicación preferente por acuerdo:** la negociación colectiva (de tener un sindicato) o, en su defecto, el consentimiento individual deben ser la vía principal de implementación. La adopción unilateral de medidas sólo debe considerarse de manera excepcional y con carácter estrictamente provisional, mientras se gestionan procedimientos formales, como la suspensión perfecta de labores ante la autoridad competente.
- **Medidas admisibles con restricciones:** se reconocen como posibles, entre otras, las licencias con goce de haber sujetas a compensación, las licencias sin goce de carácter temporal, la modificación transitoria de turnos o jornadas -y con ello la reducción de remuneraciones- y la suspensión de bonificaciones remunerativas o no remunerativas. En ningún caso debe afectarse la remuneración mínima vital, ante una reducción de la remuneración, así como también debe revisarse que dichas reducciones presenten criterios razonables, por ejemplo, aplicando los mismos topes establecidos respecto a la inembargabilidad de las remuneraciones.
- **Transparencia e información clara:** la comunicación escrita y detallada al trabajador debe incluir el motivo de la medida, su duración estimada, los efectos prácticos y cualquier posible compensación. El desconocimiento de esta obligación puede acarrear la nulidad de las medidas adoptadas.

Por otro lado, en *situaciones de desaceleración económica*, que implican desafíos financieros pero no una ruptura abrupta del equilibrio operativo, las

medidas de flexibilización implementadas por el empleador deben cumplir con mayores exigencias de justificación, consenso y proporcionalidad:

- **Demostración técnica de la situación económica:** el empleador debe contar con evidencia concreta y verificable, como balances contables, reportes de ventas y/o proyecciones de flujo de caja que den cuenta de la caída sostenida del rendimiento.
- **Evaluación de impacto y análisis de alternativas:** nuevamente, en aplicación del principio de condición más beneficiosa antes de alterar la estructura remunerativa, la empresa debe considerar medidas internas de ahorro o reestructuración, tales como la revisión de gastos no esenciales, priorizando el mantenimiento de condiciones laborales.
- **Temporalidad y revisión periódica:** al igual que en las emergencias, estas medidas deben tener un horizonte definido, basarse en criterios objetivos y estar sujetas a monitoreo. La extensión indefinida de flexibilidades temporales puede devenir en nulidades y sanciones económicas significativas.
- **Consentimiento libre e informado:** cualquier modificación individual, como reducciones remunerativas o modificaciones de jornada, debe contar con el consentimiento expreso del trabajador, el cual debe ser prestado de forma libre y sin vicios de nulidad. Bajo ningún contexto sería admisible que en un escenario de desaceleración económica se impongan medidas sin contar con el consentimiento de los trabajadores; de ahí que resulta necesario tener cuidado con esta limitación.
- **Medidas compensatorias o de equilibrio:** se recomienda, cuando sea posible, ofrecer beneficios alternativos que compensen parcialmente la modificación de condiciones de trabajo, tales como vales de consumo, días libres, flexibilidades horarias, entre otros.
- **Comunicación efectiva y negociación participativa:** la transparencia cobra especial relevancia en estos contextos. Es necesario informar adecuadamente a los trabajadores y, preferentemente, construir acuerdos a través de mecanismos formales.

Ahora bien, independientemente del grado de afectación económica que enfrente el empleador, existen ciertos criterios que deben regir toda medida de flexibilización laboral implementada por el empleador, garantizando su legitimidad, en consonancia con los principios tradicionales de protección del trabajador:

- **Temporalidad:** ninguna medida puede ser permanente por definición. Toda flexibilización impulsada por el empleador debe ser revisable y condicionada al contexto que la justifica.
- **Proporcionalidad:** la magnitud de la afectación laboral debe guardar relación directa con el impacto económico demostrado.
- **Transparencia:** el trabajador debe ser informado de forma clara, completa y suficiente.
- **Consentimiento libre e informado:** la voluntad debe ser genuina y no debe contener vicios de nulidad. Este aspecto será ampliamente valorado por las autoridades e incluso permite reducir el riesgo de reclamos por parte de los trabajadores.
- **Establecimiento de límites para la reducción de beneficios:** cualquier modificación de condiciones de trabajo o beneficios laborales debe respetar mínimos indispensables a fin de garantizar que el núcleo esencial de cada derecho laboral se respete.
- **Trazabilidad documental:** toda medida debe quedar formalmente registrada, para permitir su verificación futura ante instancias administrativas o judiciales.

Para efectos gráficos, colocamos el siguiente diagrama que permite sintetizar las ideas de nuestra propuesta para modificación de beneficios y condiciones laborales ante contextos de emergencia o urgencia:

Cuadro N.º 2
Guía para una modificación válida de beneficios y condiciones laborales

	Determinar el escenario económico del empleador	
	Emergencia	Urgencia
Primer paso	Eventos imprevisibles y de impacto inmediato que amenazan directamente la continuidad de la actividad empresarial.	Situaciones en las que la empresa ve afectada su estabilidad financiera, pero no se compromete su operatividad inmediata.
Criterios según escenario	Acreditación fehaciente del contexto crítico: Sustento documental obligatorio.	Demostración técnica de la situación: Evidencia concreta y verificable de caída sostenida del rendimiento.
	Evaluación de impacto y alternativas: Analizar impacto económico real, explorar opciones menos perjudiciales y registrar.	Evaluación de impacto y alternativas: Antes de modificar remuneraciones considerar ahorro interno, revisión de gastos no esenciales, reestructuración interna. Prioridad: mantener condiciones laborales.
	Temporalidad y revisión: Medidas con plazo definido y prórroga sólo con justificación adicional.	Temporalidad y revisión: Medidas con plazo definido. Flexibilidades prolongadas sin justificación pueden ser nulas.
	Acuerdo preferente: Priorizar negociación colectiva o consentimiento individual. Medidas unilaterales sólo provisionales mientras se gestionan mecanismos formales.	Consentimiento libre e informado: Toda modificación requiere consentimiento expreso. Imposición de medidas sin consentimiento resulta no válido.
	Medidas admisibles (con restricciones): Licencias con goce de haber sujetas a compensación, licencias sin goce temporales, suspensión de beneficios, entre otros.	Medidas compensatorias o de equilibrio: Se recomienda ofrecer beneficios alternativos como vales de consumo, días libres, flexibilidad horaria, acceso a capacitaciones, entre otras.
	Transparencia e información: Comunicación clara y detallada al trabajador.	Transparencia e información: Comunicación clara y detallada al trabajador.

En base a todo lo desarrollado, consideramos que la flexibilización laboral como capacidad del empleador, en sí misma, no es una herramienta negativa ni contraria a los principios del Derecho del Trabajo, siempre que se inserte en un marco jurídico claro y proporcional. Por el contrario, puede constituir un mecanismo valioso de preservación del empleo y sostenibilidad empresarial. No

obstante, cuando se implementa de manera unilateral, opaca o improvisada, puede convertirse en un vehículo de regresión laboral y conflictividad social. De allí la urgencia de desarrollar, desde la práctica, un mecanismo de interpretación que distinga los contextos y preserve los derechos fundamentales.

V. REFLEXIONES FINALES

La tensión entre las medidas de flexibilización laboral ejecutadas o impulsadas por el empleador y los principios tradicionales de protección del trabajador se ha convertido en uno de los desafíos laborales actuales. Como se ha expuesto, la pandemia de la COVID-19 no solo reconfiguró las dinámicas laborales en el corto plazo, sino que generó un efecto de arrastre que persiste hasta hoy, evidenciando zonas grises en el manejo de situaciones de crisis o desaceleración económica. En este contexto, la práctica ha demostrado que, en escenarios complejos, resulta comprensible (y en muchos casos legítimo) que se busquen fórmulas que permitan garantizar la sostenibilidad operativa. Sin embargo, el recurso a la flexibilización como poder del empleador no puede ni debe convertirse en un método de erosión de derechos laborales. En esa medida, consideramos adecuado rechazar las posturas extremas que plantean una dicotomía irreconciliable entre flexibilidad y protección. No se trata de optar por una u otra, sino de construir un marco regulatorio sólido, proporcional y técnicamente consistente que permita canalizar las necesidades de ajuste empresarial sin comprometer las garantías esenciales que amparan al trabajador.

Como se ha demostrado, la jurisprudencia ha dado pasos importantes al establecer criterios de validez para la modificación de beneficios laborales. No obstante, estos criterios aún requieren ser integrados dentro de una normativa que distinga con claridad los contextos que justifican determinadas medidas, exija una carga probatoria a los empleadores y garantice la intervención oportuna de las autoridades. Desde esta óptica, la flexibilidad laboral como capacidad del empleador no solo es posible, sino también necesaria. Lejos de constituir una amenaza, puede convertirse en una herramienta legítima para preservar el empleo y evitar decisiones más drásticas, como despidos o cierres de operaciones. Para que ello sea viable, es indispensable que se aplique bajo parámetros de causalidad acreditada, temporalidad definida, proporcionalidad en el impacto, transparencia informativa y consentimiento genuino del trabajador. En definitiva, se requiere

una mirada integral que reconozca tanto las exigencias del entorno económico como los límites que impone el orden constitucional laboral.

VI. REFERENCIAS

- De La Rosa, M. V. (2016). La flexibilidad en el contrato de trabajo, ¿respuesta a la crisis económica? Referencia al caso peruano y español . *Revista Oficial Del Poder Judicial*, 8(10), 245-269. <https://doi.org/10.35292/ropj.v8i10.238>
- Delgado, A. (2025, 28 de febrero). Real Plaza Centro Cívico, uno de los centros comerciales más concurridos en Lima, fue clausurado por la municipalidad. *Infobae*. <https://www.infobae.com/peru/2025/02/27/real-plaza-centro-civico-uno-de-los-centros-comerciales-mas-concurridos-en-lima-fue-clausurado-por-la-municipalidad/>
- Medrano, J. (2025). Flexibilidad laboral: *Hacia un equilibrio entre competitividad y derechos del trabajador*. IUS 360. <https://ius360.com/flexibilidad-laboral-hacia-un-equilibrio-entre-competitividad-y-derechos-del-trabajador/>
- Montesinos, E. (2025, 28 de febrero). Centros comerciales en su punto más crítico: Ola de cierres por no cumplir estas normas de seguridad. *Infobae*. <https://www.infobae.com/peru/2025/02/28/centros-comerciales-en-su-punto-mas-critico-ola-de-cierres-por-no-cumplir-estas-normas-de-seguridad/>
- Pasco Cosmópolis, M. (2005). En torno al principio de irrenunciabilidad. IUS ET VERITAS, 15(31), 217-228.
- Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12419>
- Plá Rodríguez, A. (1998). *Los principios del derecho del trabajo* (3.^a ed. actualizada). Depalma.
- Pizarro Díaz, M. (2021). La reducción de la remuneración del trabajador en la ley y la jurisprudencia. *Laborem*, (16), 249–264. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Sanguineti, W. (2021). Flexibilidad laboral y estabilidad en el empleo: ¿es posible su compatibilización? *Revista Laborem*, 17, 93-104. <https://www.spdtss.org>.

pe/articulos_laborem/flexibilidad-laboral-y-estabilidad-en-el-empleo-es-
posible-su-compatibilizacion/

Sentencia 9-2004-AA/TC. (2004, 2 de agosto). Tribunal Constitucional del Perú (Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda & García Toma). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00009-2004-AI.pdf>

Sentencia 3711-2016-LIMA. (2016, 23 de setiembre). Corte Suprema de Justicia de la República (Arévalo Vela, Yrivarren Fallaque, De la Rosa Bedriñana & Malca Guaylupo). https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/Casacion_Laboral_N%C2%BA_3711-2016-Lima_unlocked.pdf

Sentencia 574-2017-LIMA. (2017, 17 de abril). Corte Suprema de Justicia de la República (Arévalo Vela, Yrivarren Fallaque, De la Rosa Bedriñana & Malca Guaylupo). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/06/Cas.-Lab.-574-2017-Lima-Principio-pro-operario-LP.pdf>

Sentencia 5255-2018-Lambayeque. (2021, 24 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de la República (Malca Guaylupo). <https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/CASACI%C3%93N%20LABORAL%20N.%C2%BA%2005255-2018%20LALEY.pdf>

Sentencia 2220-2019-PA/TC. (2022, 31 de mayo). Tribunal Constitucional del Perú (Gutiérrez Ticse). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/07/Expediente-02220-2019-PA-TC-Ica-LPDerecho.pdf>

Sentencia 33152-2022-LIMA. (2024, 12 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de la República (Carrasco Alarcón). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2025/05/Casacion-33152-2022-Lima-LpDerecho.pdf>

Tostes, M., & Villavicencio, A. (2012). Flexibilización del Derecho del Trabajo y sus implicancias sobre las relaciones laborales en el Perú. *Derecho PUCP*, (68), 355-382. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.013>

Toyama Miyagusuku, J. (1993). Principio de condición más beneficiosa : manifestaciones y límites en el ordenamiento peruano. *Derecho & Sociedad*, (7), 42-47. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14269>

Toyama Miyagusuku, J. (2009). *Derechos laborales ante empleadores ideológicos: Derechos fundamentales e ideario empresarial* (p. 66). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El principio de primacía de la realidad en las plataformas digitales

The principle of the primacy of reality on digital platforms

CÉSAR PUNTRIANO*

Correo electrónico: cpuntriano@munizlaw.com
<https://orcid.org/0000-0002-4814-0112>.

RESUMEN: Los indicios tradicionales para calificar una relación como laboral resultan insuficientes cuando se aplican a nuevas relaciones jurídicas como las surgidas entre las plataformas digitales de servicios o simplemente plataformas y sus proveedores autónomos o locadores. La subordinación y sus indicios deben adaptarse a esta nueva realidad y ser aplicados sesudamente por parte de los Jueces u otras autoridades que tengan la tarea de determinar el carácter laboral de dichas relaciones jurídicas complejas. En este artículo pretendemos verificar cuáles son esos nuevos indicios y cómo los vienen aplicando los Jueces Laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima cuyas primeras sentencias analizaremos.

ABSTRACT: Traditional grounds for classifying a relationship as employment are insufficient when applied to new legal relationships, such as those arising between digital service platforms, or simply platforms, and their independent contractors or landlords. Subordination and its grounds must adapt to this new reality and be applied thoughtfully by judges or other authorities tasked with determining the employment nature of such complex legal relationships. In this article, we seek to examine these new grounds and how they are being applied by the Labor Judges of the Superior Court of Justice of Lima, whose first rulings we will analyze.

PALABRAS CLAVE: Plataformas digitales, realidad, subordinación, laboral.

KEY WORDS: Digital platforms, reality, subordination, labor.

Recibido: 18/08/2025

Aceptado: 07/09/2025

Publicado en línea: 03/11/2025

* Abogado y magister en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Docente Universitario.

SUMARIO:

I. A manera de introducción: la subordinación y la aplicación del principio de primacía de la realidad. II. Criterio para la aplicación de primacía de la realidad en las plataformas de servicios. Una mirada al derecho y jurisprudencia comparados. III. Análisis de resoluciones emitidas en la Corte Superior de Justicia de Lima. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: LA SUBORDINACIÓN Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA REALIDAD

Hace más de veinte años el profesor Oscar Ermida en un interesante artículo se refería al achicamiento de las fronteras entre el Derecho del Trabajo y otras disciplinas, lo que ocasiona, decía el maestro, un cambio en el territorio conferido a nuestra disciplina. Añadía el autor que “(...) *para lograr este objetivo se han utilizado varios métodos. Uno es la desregulación, que consiste en derogar normas heterónomas sobre el trabajo, para abrir, así, espacio a la autorregulación por las partes interesadas. Otro, es el de flexibilizar las normas laborales, es decir, adecuarlas en su formulación a las nuevas realidades y a los nuevos contenidos ideológicos. Un tercer método (...) es el de reducir el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo por la vía doctrinal o jurisprudencial o, simplemente, por la práctica laboral, excluyendo del mismo determinados temas o situaciones (...)*” (Ermida, 2002, p.281).

El mencionado autor plantea una serie de viejos y nuevos cuestionamientos a la noción de subordinación, y señala que existen otros elementos que se emplean para determinar la aplicación del Derecho del Trabajo a una relación jurídica como la ajénidad, la inserción del trabajador en la organización del empresario, o que ello fuese fijado por la autonomía colectiva. Sin embargo, insiste en la importancia de la subordinación como elemento determinante de la relación laboral, afirmando que la definición de subordinación debe tener como centro al sometimiento a la potestad de dirección del empleador, debiendo ser interpretada de manera amplia, agresiva, creativa, a efectos de comprender la simulación, irrealidad y fuga (Ermida, 2002, p.295).

Esta idea de una versión moderna, creativa, de la aplicación de la subordinación, como paradigma delimitador del Derecho del Trabajo resulta de peculiar relevancia en épocas actuales en las que la relación laboral se ha ido

transformando, y en el que fenómenos en los que se cuestiona la existencia de una relación laboral como los grupos de empresas, las redes empresariales o el teletrabajo se han ido expandiendo, merced a la inserción de la tecnología en la vida cotidiana, en general, y en las relaciones laborales en particular, dando origen a nuevas formas de organización del trabajo que rechazan frontalmente la existencia de una relación laboral, como ocurre con las plataformas de servicios que estudiaremos en este artículo.

Es así donde se requiere el empleo de la subordinación, como pilar de la noción de relación laboral para verificar si estas nuevas formas de prestación de servicios caen en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Para ello corresponderá echar mano de un principio del Derecho de Trabajo muy conocido, me refiero al principio de primacía de la realidad.

El principio de primacía de la realidad, como lo definió el maestro uruguayo Américo Plá implica que “(...) *en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos suscritos entre las partes, debe otorgarse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos (...)*” (Plá, 1998, p.243). En nuestro país, el profesor Javier Neves sostuvo que “(...) *ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil dice que las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determina. Sobre esta base, el Derecho del Trabajo ha formulado el llamado principio de primacía de la realidad (...)*” (Neves, 2000, p.35).

La determinación de la verdadera naturaleza de una relación contractual que vincula a las partes no es un tema reciente pues como lo señaló el Dr. Fermín Garicoits, citado por Plá¹, en un fallo de 28 de diciembre de 1934 emitido como juez de hacienda y de lo contencioso administrativo: “*No es empleador el que debe atribuir la calidad de empleado; ésta surge de la naturaleza de los hechos de la relación jurídica que la configura, independientemente de la interpretación más o menos tendenciosa de los interesados*” (Plá, 1998, 341).

Nuestras autoridades no son ajenas a la aplicación del mencionado principio, el cual es abordado en diversos pronunciamientos por parte de la jurisprudencia

1 PLÁ, op.cit. p.341

tanto constitucional como laboral², e inclusive por los pronunciamientos administrativos emitidos por el Tribunal de Fiscalización Laboral de SUNAFIL³. A manera de ejemplo, de los pronunciamientos señalados, podemos citar a los recaídos en los Expedientes No. 0991-2000-AA/TC, No. 2387-2002-AA/TC, No. 1990-2003-AA/TC, No. 2132-2003-AA/TC-Piura, No. 144-2004-AA/TC, No. 0833-2004-AA/TC, No. 03589-2005-PA/TC, 03146-2012-PA/TC, 03818-2013-PA/TC, o a las ejecutorias de la Corte Suprema No. 19687-2015, LIMA, Casación No. 23369-2021 LIMA, entre otras.

En una ejecutoria relativamente reciente, la Casación No. 23067-2022 Arequipa, la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema nos recuerda que el principio de primacía de la realidad se basa en una serie de indicios que permiten la calificación de una relación autónoma como independiente, los cuales pasamos a enumerar:

- (a) Incorporación a una organización jerarquizada, sujeta a la organización de su titular y a sus criterios organizativos.
- (b) Sujeción a la actividad propia de la empresa.
- (c) Potestad del contratante de impartir órdenes, así como de imponer su voluntad a la del trabajador.
- (d) Ejercicio del poder disciplinario.
- (e) Carácter personalísimo de los servicios prestados
- (f) Que la prestación constituya la principal actividad personal del trabajador o se ejecute de forma exclusiva.
- (g) Carácter permanente o continuo de la prestación.
- (h) Sujeción a un horario. Obligación de registrar asistencia.
- (i) Empleo de uniformes.

-
- 2 El artículo 4º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante “LPCL”) establece que “(...) en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. (...)” La norma citada es muy clara al señalar que independientemente de lo acordado por las partes o suscrito por las mismas en documentos, basta que el servicio sea prestado en forma subordinada, personal y remunerada, para que se presuma la existencia de una relación de trabajo entre las partes.
- 3 El literal 2 del artículo 2 de la Ley No. 28806, Ley General de inspección del Trabajo recoge al principio de primacía de la realidad como uno de los principios ordenadores del sistema de inspección del trabajo.

- (j) Utilización de herramientas proporcionadas por la empresa.
- (k) Obligación de ejecutar diariamente la actividad.
- (l) Existencia de un lugar de prestación de servicios.
- (m) Posibilidad de rechazo de tareas;
- (n) Fijación de precios, rutas, provisión de carteras de clientes
- (o) Repetición de trabajos por defectos, en relación con terceros (ajenidad de mercado). (MURGAS, 2001, p.47).

El Tribunal de SUNAFIL ha desarrollado al principio de primacía de la realidad en la Resolución de Sala Plena No. 006-2022-SUNAFIL/TFL así como en las resoluciones No. 947-2023-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, No. 476-2023-Sunafil/TFL-Primera Sala, entre otras.

Este principio rector del Derecho del Trabajo, que permite dilucidar si nos encontramos ante una relación laboral frente a relaciones formalmente independientes o autónomas podrá emplearse, qué duda cabe, cuando se analice la naturaleza jurídica del vínculo entre el repartidor y la plataforma de servicios, como lo veremos en los acápites que siguen.

67

II. CRITERIO PARA LA APLICACIÓN DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LAS PLATAFORMAS DE SERVICIOS. UNA MIRADA AL DERECHO Y JURISPRUDENCIA COMPARADOS.

Las plataformas de servicios (digitales), autodefinidas como intermediarias entre los proveedores de servicios y sus clientes (consumidores finales) constituyen una manifestación de la “gig economy”, denominada por la doctrina como crowdwork offline específico, el cual implica que un servicio típicamente ejecutado por un trabajador sea asignado hacia un gran número de individuos en forma de convocatoria (Todoli, 2015, p. 3).

Los negocios en los que se presentan estas plataformas de servicios son entre otros, Uber⁴, Cabify⁵ (transporte de pasajeros), Glovo⁶ (reparto de co-

4 <https://www.uber.com/>

5 <https://cabify.com/es>

6 <https://glovoapp.com/>

mida, servicio de courier), Uber eats⁷ (reparto de comida), Rappi⁸ (reparto de comida, correspondencia, bienes en general). Deliveroo⁹ (reparto de comida), FlyCleaners¹⁰ (lavandería), Sharing academy¹¹ (profesores particulares), entre otros casos, algunos de los cuales se encuentran en nuestro país y otros aún no. Cuando el cliente recurre a estas plataformas de servicios lo hace en busca de recibir un servicio específico como el transporte, enseñanza o reparto de comida, y esto es importante pues al dedicarse a una actividad concreta, las plataformas tienen un mayor control sobre sus trabajadores, o prestadores de servicios, en este caso (Todoli, 2015, p. 4).

La pregunta que surge en este caso, y en todos aquellos en los que nos encontramos ante plataformas de servicios es si la actividad que realizan los “proveedores” es autónoma o debe considerarse como subordinada y por ende laboral. Como señalamos anteriormente, el paradigma clásico para determinar la existencia de una relación laboral no resulta en absoluto aplicable a esta actividad.

Como lo hemos señalado en el capítulo previo, es necesario emplear criterios adicionales para realizar el análisis de laboralidad de estos modelos de negocios, recurriendo por ejemplo a la ajenidad, dependencia económica, inserción en organización empresarial, entre otros. Estos elementos son denominados por la doctrina como rasgos sintomáticos de la relación laboral, definiéndose a los mismos como *“un conjunto de elementos de hecho de lo más diversos, que permiten decidir a quién efectúa la calificación, muchas veces indirectamente y por vía de presunción, sobre la existencia de un vínculo de subordinación jurídica, no necesariamente porque sean evidencia de un mando efectivo, sino indicios de la presencia del derecho de mandar y la obligación de obedecer”* (Sanguinetti, 2000, pp. 115 y ss). Algunos de estos rasgos sintomáticos son:

- La incorporación del trabajador en el proceso productivo de la empresa, es decir, estar incorporado en la organización del empleador.
- El lugar de ejecución del contrato.

7 <https://www.ubereats.com/en-US/>

8 <https://www.rappi.com/>

9 <https://deliveroo.co.uk/>

10 <http://flycleaners.com/>

11 <https://sharingacademy.com/en/>

- El cumplimiento de un horario de trabajo.
- La exclusividad, es decir, que solamente preste servicios a una sola persona.
- El control efectivo del trabajador.
- La continuidad y la permanencia.

Es posible que uno solo de estos rasgos sintomáticos no revele necesariamente la existencia de un contrato de trabajo, ya que la mayoría podría explicarse dentro del contexto de una relación autónoma (el cumplimiento de la prestación se efectúa dentro del horario de trabajo porque es necesario el contacto con los trabajadores de la empresa, por ejemplo, en el caso de un auditor independiente, o una relación continua puede ser manifestación de un contrato de locación de servicios), por lo que habrá que recurrir a la conjunción de algunos de estos rasgos pueden servir para determinar la existencia o no de una relación de trabajo (Sanguineti, 2000, pp. 115 y ss). Desde luego que esta nueva actividad de las plataformas de servicios exige mayor sofisticación al momento de realizar el análisis de laboralidad.

Si hacemos un repaso a los parámetros que se emplean en la jurisprudencia comparada para analizar la laboralidad del vínculo jurídico generado entre el repartidor y la plataforma, conviene citar el pronunciamiento en primera instancia recaído en el caso Uber¹², confirmado por la Corte de Apelaciones en noviembre de 2017, el cual utiliza indicios nuevos de laboralidad para concluir que los conductores de Uber del Reino Unido poseen un vínculo laboral con la plataforma de servicios. Entre los argumentos empleados cabe resaltar a los siguientes¹³:

- El hecho que los choferes conducen debajo una marca ajena y que además Uber publicita a su marca, no a los conductores o prestadores de servicios. Se indica en la sentencia que resulta complicado entender la coordinación entre empresas al referirse a Uber y a los conductores. Se trataría de la empresa Uber y los empresarios unipersonales (choferes).

12 Mr. Y Aslam, Mr. J Farrar and Others -V- Uber. 28 October 2016. Case Numbers: 2202551/2015 & Others. Recuperado el 28/12/2018 de: <<https://www.judiciary.uk/judgments/mr-y-aslam-mr-j-farrar-and-others-v-uber/>>.

13 Recuperado el 27/12/2018 de: <<https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/>>.

- La imposibilidad de los conductores de crecimiento en su negocio. Indica la sentencia que, si los autónomos fueran pequeños empresarios, tendrían al menos potenciales posibilidades de crecimiento, hecho que no se presenta en este caso pues el crecimiento dependerá del incremento de horas de actividad de los choferes.
- La plataforma controla información clave para el desarrollo del negocio.
- Uber puede modificar unilateralmente los términos del contrato.
- La sentencia señala que es ridículo el argumento de que en Londres existan 30,000 pequeños empresarios unidos por una única plataforma.

A partir de estos nuevos indicios, y de la aplicación de los clásicos, la judicatura del Reino Unido considera que Uber no posee una relación autónoma con sus conductores.

Otros indicios de laboralidad empleados por la jurisprudencia comparada son los siguientes¹⁴:

- Existencia de un proceso de selección previo al registro del proveedor en la plataforma digital de acuerdo con los criterios de la propietaria de dicha plataforma.
- Libertad del autónomo para aceptar o rechazar el encargo dentro de la plataforma digital donde figura como “disponible” para prestar el servicio.
- Inexistencia de organización empresarial de los usuarios (autónomos), siendo irrelevante en ocasiones la aportación del propio vehículo para la prestación del servicio cuando éste no tiene la importancia suficiente.
- Asistencia “de un modo regular y continuado” a un lugar determinado por la plataforma para prestar el servicio por parte del usuario, así como la habitualidad o continuidad en la prestación de los servicios.
- Establecimiento de rutas y horarios en algunos casos.

14 Recuperado el 17/08/2025 de: <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/08/03/legal/1501757881_175784.html>.

- Existencia de códigos de comportamiento para la prestación y calidad del servicio, incorporando criterios como vestimenta adecuada, procedimientos a seguir ante incidencias, etc.
- Instrucciones para la ejecución y organización de los servicios de acuerdo con procedimientos preestablecidos por la plataforma.
- Imposibilidad de sustituir al prestador del servicio (autónomo) por otros colaboradores o “ayudantes”.
- Sistema de valoraciones del cliente respecto al servicio prestado y posible desconexión de la plataforma en caso de evaluación negativa.

En el numeral siguiente veremos cómo la judicatura de Lima viene aplicando el principio de primacía de la realidad al resolver procesos judiciales cuyas demandas laborales han sido interpuestas por repartidores exigiendo el reconocimiento de una relación laboral.

III. ANÁLISIS DE RESOLUCIONES EMITIDAS EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

En este apartado vamos a pasar revista a los pronunciamientos emitidos por cuatro Juzgados especializados de la Corte Superior de Justicia de Lima y dos Salas Laborales, en concreto a los criterios que se emplean para aplicar el principio de primacía de la realidad.

1. Expediente N.º 11419-2023-1801-JR-LA-13

El Sr. Hugo Grosvin Rondinel Pereda interpuso una demanda sobre desnaturalización de contratos de locación de servicios por el período del 23 de agosto de 2021 hasta el 27 de noviembre de 2022 contra la empresa JOKR PERU S.A.C. El proceso se ventiló inicialmente ante el Segundo Juzgado Especializado de Trabajo de Lima.

Asimismo, el demandante requirió el pago de S/ 37,548,00 por beneficios sociales legales.

El actor afirmó que en su labor como repartidor delivery se encuentra subordinado a la demandada, mientras que la empresa sostuvo lo contrario, fundamentando su posición en lo siguiente:

- (i) La empresa es intermediaria entre clientes y repartidores, a quienes recluta previo cumplimiento de algunos requisitos a fin de garantizar la seguridad del servicio.
- (ii) Los repartidores (riders) eligen cuando prestar los servicios y cuántos pedidos aceptar, hecho que les permite ajustar sus horarios de acuerdo con su conveniencia.
- (iii) Los riders no se encuentran obligados a cumplir un horario impuesto por la empresa. El demandante decidía libremente si aceptaba o no el horario que le proponía una empresa tercera, teniendo la posibilidad de cambiarlo.
- (iv) Una tercera empresa, que gestiona el servicio de traslado de productos entre los riders registrados, propone franjas de atención a través del aplicativo Shyftplan. El rider puede aceptar o no el horario propuesto, pudiendo inclusive proponer a la empresa tercera una franja de atención diferente.
- (v) El rider tenía la posibilidad de no acudir a prestar servicios o desconectarse, pese a haber aceptado la franja horaria sin necesidad de justificar su incumplimiento.
- (vi) No era obligatorio para el demandante utilizar la indumentaria que cuenta con los logotipos de la empresa, pues ello se derivaba de un acuerdo de carácter civil que implica la prestación de un servicio de publicidad a cambio de una contraprestación. Su objetivo era posicionar al aplicativo.
- (vii) El teléfono inteligente (*smartphone*) y el vehículo para prestar el servicio eran de propiedad del demandante, quien asumía los gastos relacionados con su funcionamiento.

La sentencia de primera instancia formula una serie de argumentos para declarar fundada la demanda, de los cuales cabe poner de relieve a los siguientes:

- Aproximación al principio de primacía de la realidad (fundamento jurídico No. 3): La sentencia cita al Informe V de la Oficina Interna-

cional del Trabajo sobre “el ámbito de la relación de trabajo” adoptado en la 91ava reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo llevada a cabo el año 2003, señalando textualmente que: “(ii) *Para verificar si existe o no existe una relación de trabajo, es necesario guiarse por los hechos que efectivamente convinieron y cumplieron las partes, y no por la denominación que hayan dado al contrato*”. Queda claro que la sentencia invoca al principio de primacía de la realidad, y así lo confirma cuando en el mismo fundamento señala que, “(...) *lo que cuenta es aquello que se conoce en derecho como el principio de primacía de la realidad (...)*”.

- Rasgos de laboralidad en plataformas de servicios (fundamentos jurídicos No. 5, 8, 9 y 10): La sentencia comparte lo resuelto en un pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad. Luego en el fundamento jurídico No. 8 cita a la sentencia No. 805/2020 de fecha 25 de setiembre de 2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo Español sobre plataformas de servicios, en la que se señala que, “(...) *la calificación de la relación laboral ha de hacerse en cada caso concreto en atención a los indicios existentes valorando principalmente el margen de autonomía del que goza quien presta el servicio*”.

En el mismo fundamento cita a las Sentencias No. 1155/2019, No. 11223/19 y No. 68/20 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, las cuales plantean que una problemática compleja como la que se presenta en las plataformas de servicios exige la adaptación de los estándares clásicos del derecho del trabajo a los avances tecnológicos.

Posteriormente, en el fundamento jurídico No. 9 cita rasgos de laboralidad de las plataformas de servicios planteados por la Organización Internacional del Trabajo¹⁵ y el Tribunal Constitucional Peruano¹⁶ que pasamos a resumir:

- La relación existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución.

15 La sentencia toma parte de esta argumentación del Informe V (1) sobre la relación de trabajo, quinto punto del orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo, 95 reunión, año 2006.

16 Fundamento 24 de la STC No. 03917-2012-PA/TC.

- El carácter personal y retribuido de los servicios ejecutados, conforme a las tarifas fijadas unilateralmente por la empresa
- La dependencia responde al hecho que el prestador de servicios ejecutó sus actividades dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, por cuanto: a) la empresa es la titular de la plataforma digital y sus aplicaciones informáticas, sin las cuales no es posible prestar el servicio; b) en la fijación del precio de los servicios el prestador no tiene participación alguna, siendo la empresa quien unilateralmente lo decide, al igual que el precio que ofrece a los usuarios finales; c) el prestador debe atenerse estrictamente a las instrucciones que imparte la empresa, en cuanto a tiempos de entrega; d) la empresa, en razón al sistema de geolocalización instalado, ejerce un control efectivo y continuo sobre la actividad que el mismo desempeña; e) el prestador está sometido a una evaluación diaria de sus servicios; y f) el prestador de servicios no es titular de una actividad autoorganizada, sino que presta servicios dirigidos por la empresa que los recibe y se beneficia de ellos.
- La enorme importancia económica de la plataforma digital propiedad de la demandada que representa su marca como seña de identidad en el mercado y constituye, a su vez, la herramienta esencial de funcionamiento a través de distintas aplicaciones informáticas en relación tanto a los comercios asociados y los usuarios finales.
- El aporte del prestador es limitado (teléfono móvil, motocicleta o bicicleta).
- Existe ajenidad en los riesgos, al ser exclusivamente asumido por el titular de la plataforma virtual sin que la falta de percepción de un pago por un servicio no dado, lo desvirtúe. Este indicio tampoco es desvirtuado por la responsabilidad que se suele imponer por los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte, que sean consecuencia de actos negligentes o imprudentes del prestador del servicio.

Y en el fundamento jurídico 10, la sentencia cita diversas resoluciones emitidas por el Tribunal Supremo Español (sentencias No. 3394/2015, 3595/2015, 3389/2015, 3008/2017) que fijan lineamientos generales para la prevalencia de la realidad frente a los hechos.

- Análisis del caso concreto (fundamentos jurídicos No. 11. 12 y 13):
El Juez señala que la empresa demandada no cuestiona los servicios personales prestados por el demandante, lo que permitiría la aplicación de la presunción de laboralidad contemplada en el artículo 23.2 de la Ley No. 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo¹⁷, sin embargo, detalla los siguientes indicios de laboralidad a partir de lo manifestado por la demandada:
 - El demandante forma parte de la estructura organizativa y funcional de la empresa demandada pues sin la ejecución de sus labores de repartidor no podría desarrollarse y cumplirse con la actividad comercial de aquella.
 - La organización, gestión y dominio del servicio de entrega es exclusivamente de cargo de la empresa pues a través de su aplicación móvil o plataforma en línea fija los costos y precios del servicio, identifica y selecciona a sus usuarios (consumidores finales) y establece las zonas de reparto, incluso somete a evaluación de sus usuarios (consumidores finales) el servicio de reparto prestado por sus riders.
 - Las labores de repartidor que desarrollaba el demandante eran ejecutadas en el entorno de la organización empresarial de la demandada pues no cuenta con una organización empresarial propia, por lo que el riesgo empresarial es asumido por la empresa demandada (ajenidad en los riesgos).
 - Lo abonado por los clientes se incorpora directa e inmediatamente en la esfera patrimonial de la demandada (ajenidad en los frutos).
 - El aporte por parte del demandante del teléfono celular (smartphone) o de su propio medio de transporte, o la asunción de gastos son irrelevantes en términos económicos pues lo determinante es la actividad personal del rider.
 - La ropa o indumentaria proporcionada por la demandada y el logo que utilizaba el demandante también son signos de depen-

17 Artículo 23.2: “Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”.

dencia habida cuenta de la ejecución de sus servicios como parte de la organización empresarial de la demandada que es la que asume la gestión, dominio y organización de sus servicios.

- La supuesta ausencia de jornada y horario preestablecido no desvirtúa lo señalado.
- La posibilidad del demandante de aceptar o rechazar el pedido tampoco puede enervar el carácter subordinado de sus servicios, pues este supuesto esquema de libertad de elección no soslaya el dominio de la demandada en la organización de sus labores.
- La empresa demandada tiene el absoluto y privativo dominio del sistema de negocio, al administrar y gestionar los pedidos, autorizar a los clientes finales, establecer el precio del servicio, la forma de pago y la contraprestación de los riders entre ellos del demandante lo que descarta que la demandada resulte una mera intermediaria en tanto los consumidores finales son sus clientes y no de los riders.

Añade la sentencia que, en base a lo señalado y partiendo de los criterios expuestos por el Tribunal Supremo Español en la sentencia No. 68/20, queda evidenciado:

- Que la empresa demandada ostenta de la titularidad la organización del servicio productivo de reparto ejecutado por el demandante en su condición de rider y por tanto es la titular de la estructura esencial para su ejecución.
- Se vale de que los riders cumplan con la labor de reparto sin contar con una organización empresarial propia e independiente, sino integrado e inmersos dentro de su estructura empresarial bajo los designios, instrucciones y lineamientos proyectados a partir de la aplicación móvil o plataforma en línea.
- La empresa fija además el precio y las condiciones de pago del servicio, así como las condiciones esenciales para su prestación.
- La demandada controla todo el proceso del servicio productivo de reparto en la medida que el demandante no organiza autónomamente la ejecución de sus servicios, no negocia precios o condiciones, ni recibe de los consumidores finales su contrapres-

tación, sino que se sujeta a la facultad de dirección y control que ejerce la demandada como clara expresión de su poder de dependencia y subordinación.

- La empresa apela la sentencia por lo que expediente es derivado a la Séptima Sala Laboral, cuyo fallo fue emitido el 15 de enero de 2025, que confirma la sentencia emitida en primera instancia.
- La Sala Laboral fundamenta su posición en:
- Sostener que existe una nueva modalidad de contratación laboral de prestación de servicios mediante las plataformas digitales (aplicativo), dando origen a modernos indicios de laboralidad en el contexto de la plataforma antes referida, aspecto que debe estar dispuesto al cambio y a las modernas formas de prestaciones, “(...) *ello ante los cambios constantes que el Derecho del Trabajo sufre con las nuevas formas de comercio, la globalización, la tecnología; las cuales modifican la estructura laboral, superando los elementos tradicionales de laboralidad y permitiendo la determinación nuevos indicios de laboralidad, así como la transformación a un nuevo tipo de subordinación bajo el ámbito virtual a los cuales se encuentran sometidos los riders (...)*” (fundamento jurídico No. 21).
- Análisis del caso concreto (fundamentos jurídicos No. 26, 27, 30 y 13): La Sala afirma que se encuentra acreditada la prestación personal de servicios por parte del rider, y que la misma es remunerada. En cuanto a la subordinación, el Colegiado parte de la premisa de aplicar una nueva concepción de subordinación para los riders debido a los constantes cambios del Derecho del Trabajo en el que se hace referencia a la dependencia económica de las partes al prestar el servicio.
- Añade que en la relación entre el rider y la empresa demandada se evidencia una relación laboral subordinada, a partir de la verificación de los hechos siguientes:
 - Para iniciar la prestación de sus servicios, el demandante, debía necesariamente pasar por un proceso de selección (convocatoria), en el que debía adjuntar una serie de documentos requeridos por la empresa; servicios que además los debía realizar de manera personalísima.

- En la ejecución de servicios, el demandante siempre dependía de la demandada, pues si bien debía contar con una motocicleta, la autorización del SAT, tener un celular para el uso del aplicativo; y encargarse de su mantenimiento, sólo la empresa tenía la posibilidad de conseguir a los clientes, sólo ella tenía la facultad de fijar o pactar los precios del producto y los costos del servicio de traslado o delivery; sólo ella cobraba dichos costos; pues nunca el rider tenía dicha posibilidad o facultad; y finalmente, era la empresa la que entregaba la contraprestación al rider por sus servicios.
- La empresa organiza, gestiona y domina el servicio de entrega, pues mediante su aplicativo, esta fija los precios del servicio, identifica y selecciona a los consumidores finales y establece las zonas de reparto. Incluso somete a evaluación de sus usuarios (consumidores finales) el servicio de reparto prestado por sus riders.
- El demandante prestaba sus servicios en los turnos que eran determinados por la aplicación manejada por la demandada. Y, si bien el demandante podía aceptar el pedido, como lo sostiene la empresa, dicho aspecto tampoco puede enervar que los servicios del repartidor estaban sujetos al dominio ejercido por la empresa en la organización de sus labores.
- Las labores de repartidor desarrollados por el demandante en su calidad de rider, eran ejecutados necesaria y exclusivamente dentro del entorno de la organización empresarial de la demandada, al no existir el más mínimo indicador que refleje que el demandante tuviera una organización empresarial propia que se engarce con la organización y plataforma de la demandada; lo que evidencia, que el demandante no asumía ningún riesgo empresarial (ajenidad en los riesgos).
- El inicio de la prestación de servicios del demandante y que coincide con el inicio real de la jornada laboral, se producía en el momento preciso, en que se realizaba el ingreso por el demandante al sitio de conexión digital o en la plataforma. Una vez ingresando a dicho sitio, que correspondía a la zona de reparto,

el demandante debía activar su aplicativo para que se iniciara la asignación de los pedidos, y con ello se iniciaba el control sobre la ubicación en tiempo real del demandante, control que se mantenía durante todo el desarrollo de la jornada laboral diaria.

- Los pagos abonados por los clientes se incorporan directa e inmediatamente en la esfera de dominio jurídico y patrimonial de la demandada, quien es la que percibe los frutos de los servicios ejecutados por sus riders (ajenidad en los frutos).
- El requerimiento de contar con su teléfono celular (smartphone) o su propio medio de transporte (motocicleta); y asumir los gastos por el uso de dichos medios para la ejecución de sus servicios; no pueden ser calificados como rasgos de autonomía o independencia pues adolecen de relevancia económica suficiente para determinar la naturaleza autónoma de los servicios del demandante. La demandada es la que ha realizado la inversión mayor para la implementación de la plataforma digital que es de su propio y exclusivo uso y manejo;
- Los servicios del demandante se limitaban a efectuar los reparos, los que debían ser realizados en los puntos o lugares determinados por la demandada; y en los tiempos igualmente pactados por la demandada; y en todo caso, asumiendo la demandada la responsabilidad frente a los problemas o inconvenientes que pudieran surgir o darse con los clientes.
- La prestación efectiva de los servicios del demandante, se realizaban, según los turnos o programaciones horarias, determinadas por la empresa demandada.
- El demandante debía utilizar necesariamente una casaca con el logo de la demandada.
- El demandante, no tenía ninguna facultad y menos libertad para fijar el valor o el costo por el servicio del reparto o sobre las condiciones en las que debía cumplirse tal servicio.
- La demandada es quien tiene el absoluto y privativo dominio de todo el sistema de negocio, al administrar y gestionar los pedidos, autorizar a los clientes finales, establecer el precio del servicio, determinar la forma de pago y la contraprestación de los

riders entre ellos del demandante, por lo que no es cierto que fuese una intermediaria.

- La Sala manifiesta que en este caso se presentan nuevos indicios de laboralidad que permiten establecer la existencia de una vinculación de carácter laboral entre las partes como el hecho que la empresa fije una franja horaria para que el repartidor preste el servicio, la necesidad de que exista el aplicativo digital para que el rider preste sus servicios, la exclusividad en los servicios, el control de la información de precios, calidad, pagos y clientes por la plataforma, y la manera como se ejecuta la actividad del rider.

Es importante precisar que el expediente bajo análisis no se elevó a la Corte Suprema pues mediante resolución No. 13 de fecha 7 de marzo de 2025, se declaró inadmisile el recurso de casación y por ende consentida la sentencia de vista. Ello en razón a que el trasfondo económico de la pretensión de desnaturalización del contrato de locación de servicios no supera las 500 Unidades de Referencia Procesal (URP) fijado como monto mínimo para que fuese admisible el recurso de casación en aplicación de la Ley No. 31699.

80

A la fecha el proceso se encuentra en etapa de ejecución de sentencia.

2. Expediente N.º 3278-2023-1801-JR-LA-03

El Sr. Juan Oswaldo Quispe Pillco interpuso una demanda sobre desnaturalización de contratos de locación de servicios por el período del 01 de noviembre de 2021 hasta el 31 de octubre de 2022 contra la empresa JOKR PERU S.A.C. El proceso se ventiló inicialmente ante el Décimo Noveno Juzgado Especializado de Trabajo de Lima.

Asimismo, el demandante requirió el pago de S/ 20,034.38 por beneficios sociales legales.

El actor afirmó que en su labor como repartidor delivery se encontraba subordinado a la demandada, mientras que la empresa sostuvo lo contrario, fundamentando su posición en lo siguiente:

- (i) La empresa es intermediaria entre clientes y repartidores.

- (ii) Los repartidores (riders) eligen cuando prestar los servicios y cuántos pedidos aceptar, hecho que les permite ajustar sus horarios de acuerdo con su conveniencia.
- (iii) Los riders no se encuentran obligados a cumplir un horario impuesto por la empresa. El demandante decidía libremente si aceptaba o no el horario que le proponía una empresa tercera, teniendo la posibilidad de cambiarlo.
- (iv) Una tercera empresa, que gestiona el servicio de traslado de productos entre los riders registrados, propone franjas de atención. El rider puede aceptar o no el horario propuesto, pudiendo cambiarlo en función con sus necesidades y criterios.
- (v) El rider tenía la posibilidad de no acudir a prestar servicios o desconectarse, pese a haber aceptado la franja horaria sin necesidad de justificar su incumplimiento.
- (vi) No era obligatorio para el demandante utilizar la indumentaria que cuenta con los logotipos de la empresa, pues ello se derivaba de un acuerdo de carácter civil que implica la prestación de un servicio de publicidad a cambio de una contraprestación. Su objetivo era posicionar al aplicativo.

La sentencia de primera instancia declara infundada la demanda. Para ello en el fundamento jurídico 6.5 reconoce que la prestación de servicios del repartidor es personal y remunerada.

Sobre la subordinación (fundamento jurídico 6), el Juez señala los medios de prueba que sustentan su fallo, concretamente, (i) fotografías del demandante usando el uniforme con logo de la empresa, (ii) veinte capturas de turnos de trabajo (delivery) donde se aprecia los servicios de delivery asignados al demandante verificándose un marco de tiempo en el cual puede realizar sus servicios, (iii) correos electrónicos emitidos por el personal de la empresa demandada y dirigidos al demandante donde le informan los pagos que se realizaban precisando horas totales, horas pagables, no pagables, (iv) flujograma del proceso productivo de despacho de productos en el que advierte que el rider puede aceptar o no el pedido, (v) informe de actuaciones inspectivas de investigación en la que se consigna que no fue posible determinar una relación laboral entre el demandante

y el demandado, (vi) partida literal donde se verifica que el demandante cuenta con tres vehículos, entre ellos una moto.

A partir del análisis de los medios de prueba, el Juez de primera instancia concluye:

- Que los servicios prestados por el demandante como motorizado no constituían una prestación de servicios directa pues la empresa opera como intermediadora entre los comercios y los motorizados a través de un aplicativo digital.
- El demandante no ha acreditado el poder de dirección de la demanda sobre el desarrollo de sus servicios, pues no se evidencia que le señale como desarrollarlos, ni tampoco que ejerza algún poder sancionador.
- Adicionalmente, el demandante podía negarse a realizar el servicio.
- El demandante tenía la facultad de decidir si aceptaba o no el pedido y ello no acarreaba consecuencia alguna.
- La empresa fijaba marcos de horarios en los cuales el demandante podía ejercer el servicio, pudiendo disponer el que mejor le parecía, lo cual no suponía sujeción a horario de trabajo.
- El hecho que el demandante usara la casaca con el logo de la empresa no genera relación laboral, siendo razonable que los motorizados se los identifique frente al cliente final. Tampoco existe prueba que se le obligaba a usarlos.
- El demandante era el que asumía las herramientas para prestar el servicio como el celular o la moto, así como el SOAT y la gasolina.
- Puede ocurrir que las plataformas digitales encubran o disfracen contratos de trabajo para eludir beneficios laborales, pero ello debe ser analizado en cada caso concreto.
- En este caso el demandante invoca la presunción de laboralidad, pero la demandada ha acreditado la independencia en la ejecución de los servicios por parte del actor.

La parte demandante apela la sentencia por lo que expediente es derivado a la Séptima Sala Laboral, cuyo fallo fue emitido el 6 de mayo de 2025, el cual revoca la sentencia emitida en primera instancia y declara fundada la demanda.

La Sala Laboral reitera, de manera idéntica lo señalado en el fundamento jurídico No. 21 de su pronunciamiento recaído en el Expediente No. 11419-2023-1801-JR-LA-13, al afirmar que existe una nueva modalidad de contratación laboral de prestación de servicios mediante las plataformas digitales (aplicativo), la cual genera modernos indicios de laboralidad, aspecto que debe estar dispuesto al cambio y a las modernas formas de prestaciones.

- Análisis del caso concreto (fundamentos jurídicos No. 25, 26, 27, 30 y 33): El Tribunal afirma que se encuentra acreditada la prestación personal de servicios por parte del rider, los mismos que son remunerados. En cuanto a la subordinación, el Colegiado nuevamente (al igual que el pronunciamiento mencionado en el acápite previo) parte de la premisa de aplicar una nueva concepción de subordinación para los riders debido a los constantes cambios del Derecho del Trabajo en el que se hace referencia a la dependencia económica de las partes al prestar el servicio.
- Añade que en la relación entre el rider y la empresa demandada se evidencia una relación laboral subordinada, a partir de la verificación de los hechos siguientes, los cuales son idénticos a los ya señalados en el Expediente No. 11419-2023-1801-JR-LA-13:
 - Para iniciar la prestación de sus servicios, el demandante, debía necesariamente pasar por un proceso de selección (convocatoria), en el que debía adjuntar una serie de documentos requeridos por la empresa; servicios que además los debía realizar de manera personalísima.
 - En la ejecución de servicios, el demandante siempre dependía de la demandada, pues si bien debía contar con una motocicleta, la autorización del SAT, tener un celular para el uso del aplicativo; y encargarse de su mantenimiento, sólo la empresa tenía la posibilidad de conseguir a los clientes, sólo ella tenía la facultad de fijar o pactar los precios del producto y los costos del servicio de traslado o delivery; sólo ella cobraba dichos costos; pues nunca el rider tenía dicha posibilidad o facultad; y finalmente, era la empresa la que entregaba la contraprestación al rider por sus servicios.

- La empresa organiza, gestiona y domina el servicio de entrega, pues mediante su aplicativo, esta fija los precios del servicio, identifica y selecciona a los consumidores finales y establece las zonas de reparto. Incluso somete a evaluación de sus usuarios (consumidores finales) el servicio de reparto prestado por sus riders.
- El demandante prestaba sus servicios en los turnos que eran determinados por la aplicación manejada por la demandada. Y, si bien el demandante podía aceptar el pedido, como lo sostiene la empresa, dicho aspecto tampoco puede enervar que los servicios del repartidor estaban sujetos al dominio ejercido por la empresa en la organización de sus labores.
- Las labores de repartidor desarrollados por el demandante en su calidad de rider, eran ejecutados necesaria y exclusivamente dentro del entorno de la organización empresarial de la demandada, al no existir el más mínimo indicador que refleje que el demandante tuviera una organización empresarial propia que se engarce con la organización y plataforma de la demandada; lo que evidencia, que el demandante no asumía ningún riesgo empresarial (ajenidad en los riesgos).
- El inicio de la prestación de servicios del demandante y que coincide con el inicio real de la jornada laboral, se producía en el momento preciso, en que se realizaba el ingreso por el demandante al sitio de conexión digital o en la plataforma. Una vez ingresando a dicho sitio, que correspondía a la zona de reparto, el demandante debía activar su aplicativo para que se iniciara la asignación de los pedidos, y con ello se iniciaba el control sobre la ubicación en tiempo real del demandante, control que se mantenía durante todo el desarrollo de la jornada laboral diaria.
- Los pagos abonados por los clientes se incorporan directa e inmediatamente en la esfera de dominio jurídico y patrimonial de la demandada, quien es la que percibe los frutos de los servicios ejecutados por sus riders (ajenidad en los frutos).
- El requerimiento de contar con su teléfono celular (smartphone) o su propio medio de transporte (motocicleta); y asumir los

gastos por el uso de dichos medios para la ejecución de sus servicios; no pueden ser calificados como rasgos de autonomía o independencia pues adolecen de relevancia económica suficiente para determinar la naturaleza autónoma de los servicios del demandante. La demandada es la que ha realizado la inversión mayor para la implementación de la plataforma digital que es de su propio y exclusivo uso y manejo;

- Los servicios del demandante se limitaban a efectuar los reparos, los que debían ser realizados en los puntos o lugares determinados por la demandada; y en los tiempos igualmente pactados por la demandada; y en todo caso, asumiendo la demandada la responsabilidad frente a los problemas o inconvenientes que pudieran surgir o darse con los clientes.
 - La prestación efectiva de los servicios del demandante, se realizaban, según los turnos o programaciones horarias, determinadas por la empresa demandada.
 - El demandante debía utilizar necesariamente una casaca con el logo de la demandada.
 - El demandante, no tenía ninguna facultad y menos libertad para fijar el valor o el costo por el servicio del reparto o sobre las condiciones en las que debía cumplirse tal servicio.
 - La demandada es quien tiene el absoluto y privativo dominio de todo el sistema de negocio, al administrar y gestionar los pedidos, autorizar a los clientes finales, establecer el precio del servicio, determinar la forma de pago y la contraprestación de los riders entre ellos del demandante, por lo que no es cierto que fuese una intermediaria.
- La Sala manifiesta que en este caso se presentan nuevos indicios de laboralidad que permiten establecer la existencia de una vinculación de carácter laboral entre las partes como el hecho que la empresa fije una franja horaria para que el repartidor preste el servicio, la necesidad de que exista el aplicativo digital para que el rider preste sus servicios, la exclusividad en los servicios, el control de la información de precios, calidad, pagos y clientes por la plataforma, y la manera como se ejecuta la actividad del rider.

Al igual que lo sucedido con el Expediente No. 11419-2023-1801-JR-LA-13, la Sala declaró inamisible el recurso de casación pues el el trasfondo económico de la pretensión de desnaturalización del contrato de locación de servicios no supera las 500 Unidades de Referencia Procesal (URP) fijado como monto mínimo para que fuese admisible el recurso de casación en aplicación de la Ley No. 31699.

El proceso también se encuentra en etapa de ejecución de sentencia.

3. Expediente N.º 3318-2023-1801-JR-LA-09

El Sr. Félix Alberto Bautista Valerio interpuso una demanda sobre desnaturalización de contratos de locación de servicios por el período del 09 de febrero de 2022 hasta el 26 de enero de 2023 contra la empresa JOKR PERU S.A.C. El proceso se ventiló inicialmente ante el Vigésimo Segundo Juzgado Especializado de Trabajo de Lima.

Asimismo, el demandante requirió el pago de S/ 21,2019.19 por beneficios sociales legales.

El actor afirmó que en su labor como repartidor delivery se encontraba subordinado a la demandada, mientras que la empresa sostuvo lo contrario, fundamentando su posición mediante argumentos similares a los señalados en los numerales anteriores.

La sentencia de primera instancia declara **infundada** la demanda, basándose en lo siguiente:

- La prestación personal de servicios por parte del demandante y la remuneración que percibía como contraprestación quedan acreditadas en autos.
- Para la ejecución de los servicios el demandante utilizaba su propia movilidad, asumiendo los costos que genera la moto, como la gasolina, el SOAT y el mantenimiento.
- El demandante no ha realizado turnos seguidos, pues hay días en los que no ha prestado servicios o lo ha efectuado en horarios distintos.

- No han existidos sanciones ni descuentos por la falta de labor durante algunos días, lo que evidenciaría que el demandante es quien determina cuándo trabajar o cuándo no hacerlo.
- Se confirma que el demandante contaba con la potestad de aceptar o rechazar los pedidos a su entera discreción sin la obligación de completar un determinado número de pedidos ni laborar una cantidad de horas al día o días durante la semana.
- Su retribución no era fija mensual sino variable en base a los pedidos que decidía realizar el demandante.

Habiendo el demandante interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el expediente se elevó a la 4ta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, cuyo colegiado revocó dicho pronunciamiento, declarando fundada la demanda. Los argumentos de la Sala van en el siguiente orden:

- La Sala reconoce la prestación personal de servicios remunerados por parte del repartidor a favor de la demandada.
- Luego, en su fundamento jurídico 18, reconoce que aún existe controversia en torno a la naturaleza laboral de la relación existente el repartidor y la plataforma, pero considera que la controversia puede resolverse aplicando el principio de primacía de la realidad.
- Análisis del caso concreto (fundamentos jurídicos 24-32):
 - De las capturas del aplicativo Shyftplan se advierte que los tunos ya estaban establecidos.
 - Las conversaciones efectuadas por mensajería whatsapp evidencian que la demandada daba indicaciones al demandante de cómo proceder ante posibles incidencias, por ejemplo, explicar al cliente lo que sucedió, disculparse, o indicarle que otro motorizado le llevaría el producto.
 - Existe otro mensaje empleando el aplicativo whatsapp en el que se advierte que la empresa consultó al demandante si un domingo podía realizar “horas extras de 5:00 p.m. a 9:00 p.m.”, lo cual no guarda coherencia con una locación de servicios.

- Y adicionalmente un mensaje de whatsapp en el cual la empresa envía al demandante un documento en el que se refiere al “equipo entregado para el trabajo”. La Sala afirma que analizado conjuntamente con fotografías se concluye que la empresa proporcionó al demandante materiales con la publicidad de su marca como la mochila que portaba.
- El hecho que el demandante empleara su moto para prestar sus servicios no determina que su actividad fuese autónoma.
- Lo señalado lleva a la Sala a considerar que:
 - ▶ La plataforma organizaba y dirigía la prestación de servicios del demandante.
 - ▶ La demandada controla la marca bajo la cual opera, su aplicación informática y toda información derivada de ella.
 - ▶ Al repartidor se le explicaba la tarea a realizar, se le proporcionaba el acceso a los medios de trabajo y se le supervisaba.

88

A diferencia de los expedientes previos, la 4ta Sala Laboral, mediante resolución de fecha 26 de marzo de 2025 admitió el recurso de casación, encontrándose a la fecha el expediente en la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema (Casación 12454-2025) pendiente de ser calificado.

4. Expediente N.º 11419-2023-1801-JR-LA-13

El Sr. Pedro Pablo Flores Landaeta interpuso una demanda sobre desnaturalización de contratos de locación de servicios por el período del 04 de octubre de 2021 hasta el 24 de abril de 2023 contra la empresa JOKR PERU S.A.C. e INRETAIL PERÚ CORP¹⁸. El proceso se ventiló inicialmente ante el Décimo Tercer Juzgado Especializado de Trabajo de Lima.

Asimismo, el demandante requirió el pago de S/ 27,289.73 por beneficios sociales legales.

18 Excluida del proceso al haberse amparado su excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva

El actor afirmó que en su labor como repartidor delivery se encontraba subordinado a la demandada, mientras que la empresa sostuvo lo contrario, fundamentando su posición mediante argumentos similares a los señalados en los numerales anteriores.

La sentencia de primera instancia declara **fundada** la demanda, basándose en lo siguiente:

- En su fundamento jurídico 26, reconoce que aún existe controversia en torno a la naturaleza laboral de la relación existente el repartidor y la plataforma, pero considera que la controversia puede resolverse aplicando el principio de primacía de la realidad.
- En los fundamentos 29 y 30 sostiene que han sido acreditados tanto la prestación personal de servicios por parte del demandante a favor de la demandada, así como la retribución pagada por esta.
- Análisis del caso concreto (fundamentos jurídicos 31-36):
 - De las cláusulas 6.1 y 6.7 del contrato de locación de servicios se desprende que la demandada ejerce control en el cumplimiento de las funciones del repartidor, y que no quedaba al libre albedrío del demandante el uso de su dispositivo móvil¹⁹.
 - La cláusula 3.6 del contrato suscrito entre las partes señalaba que la empresa proporcionaría por única vez elementos de identificación de su marca al demandante a efectos que los clientes de la empresa lo identifiquen como repartidor autorizado. En esa medida, le entrega polos, casacas, gorras, mascarillas, lanyards, musleras, mochila, banquito atomizador, precisándose que estos eran de propiedad de la demandada, debiendo solo ser usados al prestar el servicio.
 - Los turnos de servicio debían ser coordinados con la empresa demandada.
 - Existen pantallazos de mensajes de whatsapp en los que se evidencian coordinaciones respecto al horario del demandante y

19 Si leemos con cuidado la cita de la cláusula 6.7 esta señala que “el locador se encuentra prohibido de ofrecer su correo electrónico, número telefónico o cualquier dato de contacto personal (aun cuando le fuera solicitado) a un cliente”

realización de horas; debiendo usar la indumentaria entregada por la demandada.

En razón a la apelación de la sentencia formulada por el demandado, expediente se ha elevado a la 2da Sala Laboral de Lima. La audiencia de vista de la causa ha sido fijada para el día 10 de diciembre de 2025 a las 8.40 a.m. Luego de dicha fecha se podrá conocer lo que resolvió la Sala Superior en este proceso.

En resumen, la Cuarta y la Séptima Sala Laboral de Lima, para determinar que la prestación de servicios del repartidor es subordinada (Expedientes No. 03318-2023-0-1801-JR-LA-09, No. 21956-2022-0-1801-JR-LA-02 y No. 03278-2023-0-1801-JR-LA-03), en aplicación del principio de primacía de la realidad han hecho suyos los siguientes indicios:

- La empresa identifica y selecciona a los consumidores finales y establece las zonas de reparto. Incluso somete a evaluación de sus usuarios (consumidores finales) el servicio de reparto prestado por sus riders.
- La empresa tenía la facultad de fijar o pactar los precios del producto y los costos del servicio de traslado o delivery. Sólo ella cobraba dichos costos.
- El repartidor prestaba sus servicios en los turnos que eran determinados por la aplicación manejada por la demandada. Y, si bien el repartidor podía aceptar el pedido, dicho aspecto tampoco enerva que los servicios del repartidor estaban sujetos al dominio ejercido por la empresa en la organización de sus labores.
- No existía el más mínimo indicador que refleje que el repartidor tuviera una organización empresarial propia que se engarce con la organización y plataforma de la demandada; lo que evidencia que el repartidor no asumía ningún riesgo empresarial (ajenidad en los riesgos).
- La plataforma controlaba la ubicación en tiempo real del repartidor, control que se mantenía durante todo el desarrollo de la jornada laboral diaria.
- Los pagos abonados por los clientes se incorporan directa e inmediatamente en la esfera de dominio jurídico y patrimonial de la deman-

dada, quien es la que percibe los frutos de los servicios ejecutados por sus riders (ajenidad en los frutos).

- La demandada asume la responsabilidad frente a los problemas o inconvenientes que pudieran surgir o darse con los clientes (ajenidad en los riesgos).
- El repartidor debía utilizar necesariamente una casaca con el logo de la demandada.
- Los servicios del rider son exclusivos.
- La empresa controla la marca bajo la cual opera, su aplicación informática y toda información derivada de ella.
- Se ha evidenciado la existencia de conversaciones por mensajería whatsapp evidencian que la demandada daba indicaciones al demandante de cómo proceder ante posibles incidencias, entregaba equipos de trabajo o solicitaba la realización de “horas extras”.

Por su parte, los Juzgados que desestimaron la demanda en primera instancia (19 y 22 Juzgados Especializados de Trabajo de Lima) basaron su análisis, al considerar la inexistencia de subordinación en las relaciones jurídicas entabladas entre los demandantes y las plataformas de servicios en base a lo siguiente:

- (i) Los servicios prestados por el repartidor como motorizado no constituían una prestación de servicios directa pues la empresa opera como intermediadora entre los comercios y los motorizados a través de un aplicativo digital.
- (ii) El repartidor no ha acreditado el poder de dirección de la demanda sobre el desarrollo de sus servicios, pues no se evidencia que le señale como desarrollarlos, ni tampoco que ejerza algún poder sancionador
- (iii) El rider podía negarse a realizar el servicio.
- (iv) No han existido sanciones ni descuentos por la falta de labor durante algunos días, lo que evidenciaría que el demandante es quien determina cuándo trabajar o cuándo no hacerlo.
- (v) El repartidor tenía la facultad de decidir si aceptaba o no el pedido y ello no acarrearía consecuencia alguna.

- (vi) La empresa fijaba marcos de horarios en los cuales el demandante podía ejercer el servicio, pudiendo el rider disponer el que mejor le parecía, lo cual no suponía sujeción a horario de trabajo.
- (vii) El hecho que el repartidor usara la casaca con el logo de la empresa no genera relación laboral, siendo razonable que los motorizados se los identifique frente al cliente final. Tampoco existe prueba que se le obligaba a usarla.
- (viii) El repartidor era quien asumía las herramientas para prestar el servicio como el celular o la moto, así como el SOAT y la gasolina.
- (ix) Su retribución no era fija mensual sino variable en base a los pedidos que decidía realizar el repartidor.

Como se advierte el debate aun esta dividido pero no es menos cierto que los magistrados que han fallado a favor de considerar al vínculo entre el repartidor y la plataforma como laboral, han tomado pautas de la jurisprudencia comparada, lo cual nos permite afirmar que existe la idea, en sede judicial, de que resultan insuficientes los parámetros clásicos para calificar a una relación como laboral sino que por el contrario, al encontrarnos ante una relación jurídica muy distinta al vínculo laboral tradicional, se requiere una mirada distinta del caso bajo análisis.

IV. CONCLUSIONES

Los pronunciamientos judiciales abordados en el acápite previo del presente artículo evidencian que no existe uniformidad en la calificación de la actividad ejecutada por el repartidor o rider como subordinada o autónoma pues existen elementos a considerar por ambas posiciones jurídicas. Los Jueces emplean el principio de primacía de la realidad para validar si nos encontramos ante una relación laboral o autónoma, realizando evaluaciones en cada caso en específico, lo cual puede llevar a pronunciamientos distintos en base a la manera en que se evalúen los medios de prueba aportados al proceso.

Esta indeterminación podría superarse con la emisión de una norma que zanje la discusión y que tome partido por una u otra posición, o por ambas

como ocurre en Chile²⁰ o en Uruguay²¹. La diferencia entre nuestro país y los citados consiste en que contamos con una alta tasa de informalidad laboral que nos llevaría a evaluar la conveniencia de proteger laboralmente a los repartidores o si se comienza por otros sectores de la economía.

Ha habido algunos intentos por regular a las plataformas de servicios desde lo laboral, como el Proyecto de Ley No. 4144/2018-CR, No. 4243/2018-CR, No. 5192/2020-CR, No. 1536/2021-CR así como un reciente dictamen de la Comisión de Trabajo del Congreso que agrupaba a cuatro (4) proyectos de ley ((PL N° 0018/2021-CR, 0667/2021-CR, 0842/2021-CR y 1536/2021-CR) que buscaban otorgar derechos laborales a repartidores y motorizados que trabajan para plataformas digitales. Ningún proyecto se ha concretado como ley.

- 20 La Ley No. 21431 modifica al Código de Trabajo regulando el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios. En esa medida, agrega el numeral 9 al inciso primero artículo 38 del Código de Trabajo, incorpora el Capítulo X en el Título II “De los contratos especiales” del Libro I denominado “Del Trabajo mediante plataformas digitales de servicios” añadiendo, entre otros, al artículo 152 quáter Q que define al trabajador de plataformas digitales como, “(...) *aquel que ejecuta servicios personales, sea a cuenta propia o ajena, solicitados por usuarios de una aplicación administrada o gestionada por una empresa de plataforma digital de servicios. El trabajador de plataformas digitales será considerado como trabajador dependiente o trabajador independiente, según concurren o no los requisitos establecidos en el artículo 7° del presente Código*”. En otras palabras, y a diferencia de lo ocurrido en España mediante Real Decreto-ley 9/2021 que modificó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales y que recogió una presunción (que admite prueba en contrario) a favor de la laboralidad de las relaciones con plataformas digitales, la norma chilena contempla la posibilidad de que el repartidor preste sus servicios de manera autónoma. Resulta importante precisar que el párrafo II de la Ley chilena regula al contrato de trabajo de los trabajadores de plataformas digitales dependientes en los artículos 152 quáter R, 152 quáter S, 152 quáter T, 152 quáter U, y 152 quáter V. Por otro lado, los servicios prestados por trabajadores de plataformas digitales independientes se regulan en los artículos 152 quáter W, 152 quáter X, 152 quáter Y, 152 quáter Z, 152 quinquies A y 152 quinquies B. La norma en su párrafo IV contempla disposiciones comunes aplicables tanto a los trabajadores de plataformas digitales dependientes como independientes. Es importante comentar que se reconoce el derecho del trabajador independiente a la cobertura de seguridad social, en tanto realice las cotizaciones respectivas, el derecho a la desconexión, así como el respeto de sus derechos fundamentales.
- 21 Ley No. 20.396 recientemente reglamentada por el Poder Ejecutivo mediante Decreto No. 145/025, establece niveles mínimos de protección para los trabajadores que presten servicios mediante plataformas digitales, definiendo en su artículo 3 al trabajador como aquel “(...) *sujeto que presta los servicios subyacentes e incluye tanto a quien lo hace en el marco de una relación de trabajo por cuenta ajena o dependiente (para lo que es aplicable la normativa general que regula dicho objeto) como quien lo hace de manera autónoma o independiente*”. La norma en mención, regula condiciones comunes al trabajo dependiente y autónomo en sus artículos 4 al 13, condiciones del trabajo dependiente de los artículos 14 al 16, y del trabajo autónomo del 17 al 19.

La ausencia de derechos laborales y de acceso a la seguridad social ha generado que los repartidores presten sus servicios de manera precaria, ya que laboran durante extensas jornadas, están expuestos a accidentes, asaltos, reducción de ingresos en razón a una mala calificación de los clientes, entre otros (Boza, 2025, p.148). Ello genera la necesidad de repensar el modelo de servicios y evaluar el otorgamiento de ciertos derechos mínimos a los repartidores como el acceso a prestaciones salud, sin perjuicio de combatir la inseguridad ciudadana que, como sabemos se ha incrementado de manera preocupante en el país y que también afecta el normal desempeño laboral de los trabajadores, como ocurre con los repartidores. Corresponderá evaluar qué niveles mínimos de protección se aplica a los riders, y quién asume el costo pues no se quiere desincentivar que se continúe generando puestos de trabajo.

V. BIBLIOGRAFÍA

Boza, G. & Briones, J. (2025), Trabajo mediante plataformas digitales en el Perú: Precariedad, discriminación e inseguridad jurídica. Tirant Lo Blanch.

94

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

Murgas, R. (2011) “Problemática actual del contrato individual de trabajo: La frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente”; en V Congreso Regional Americano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Perú. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. pp. 47-48.

Neves, J. (2000). Introducción al Derecho Laboral. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2000.

Plá Rodríguez, A. (1998) Los Principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires. De Palma. 1998.

Sanguinetti Raymond, W. (2000). El contrato de locación de servicios. Frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo. Lima: Gaceta Jurídica.

Todoli Signes, A. (2015, diciembre). El Impacto de la ‘Uber Economy’ en las relaciones laborales: Los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo (Uber Economy Impact on the Industrial Relationships: The Effect of the Virtual Platforms on the Employment Contract Concept). *IUS Labor*, (3). Recuperado el 15/08/2025 de: <<https://ssrn.com/abstract=2705538>>.

El fundamento ético de los principios del Derecho del Trabajo: reflexiones necesarias en el contexto actual

**Ethical basis of the principles of labor law:
necessary reflections in the current context**

SERGIO QUIÑONES INFANTE*

Miembro de la SPDTSS
Correo electrónico: sergio.quinones@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-9681-5084>

“La concepción de la Ética como fundamento de los derechos humanos, la noción de los derechos humanos como mínimo común denominador de una Ética universal, y la universalidad del Derecho de los derechos humanos (...) constituyen una cadena conceptual coherente que liga férreamente Ética y derechos.”

Oscar Ermida (2005)

97

RESUMEN: Con el presente artículo propongo retomar un debate tan antiguo como relevante para la ciencia jurídica laboral: el vinculado al fundamento ético del Derecho del Trabajo -en general- y de los principios que lo inspiran y orientan -en particular-. Mi objetivo es doble: de un lado, recapitular las principales líneas teóricas que ya han abordado esta materia y, con ello, resaltar la urgente necesidad de explicitar, fortalecer y visibilizar las nociones éticas que brindan el soporte y validez a las principales instituciones del Derecho del Trabajo; y, de otro lado, pretendo actualizar el debate en cuestión en función de algunos de los retos éticos más importantes que nos plantea el mundo del trabajo en la actualidad.

ABSTRACT: With this article, I intend to reopen a debate that is as old as it is relevant to labor law: the one related to the ethical foundation of labor law -in general- and the principles that inspire and guide it -in particular-. My objective is twofold: on the one hand, to recapitulate the main theoretical lines that have addressed this subject and, thereby, highlight the urgent need to explain, strengthen, and make visible the ethical notions that support and validate the main institutions of labor law; and, on the other hand, I aim to

* Magíster en Trabajo y Política Social por la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultor en derechos fundamentales en el trabajo y políticas públicas laborales.

update the debate in question based on some of the most important ethical challenges facing the world of work today.

PALABRAS CLAVE: Ética, derechos fundamentales, moral, principios, trabajo decente.

KEY WORDS: Ethics, fundamental rights, morals, principles, decent work.

Recibido: 18/08/2025

Aceptado: 08/09/2025

Publicado en línea: 03/11/2025

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco teórico de referencia. 1. Precisiones en relación con la ética y la moral. 2. El vínculo entre la ética y el derecho. III. El fundamento ético de los principios del derecho del trabajo. 1. Los principios del Derecho del Trabajo. 2. Una propuesta conceptual: + ética + principios + normas. IV. Importancia de la reflexión ética en el mundo del trabajo actual. 1. ¿Por qué nuestro análisis jurídico no incorpora (casi nunca) la dimensión ética? 2. Conflictos éticos actuales (y algunos no tanto) en las relaciones laborales. V. Reflexiones finales.



I. INTRODUCCIÓN

La subordinación constituye el elemento esencial determinante para la existencia de una relación jurídica laboral y, a su vez, delimita el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Siendo vital su importancia, resulta paradójica la dificultad conceptual que reviste explicar su definición; sobre todo cuando se trata de una clase universitaria para la que -muy probablemente- sea la primera vez que escuche dicho concepto.

En años recientes de mi ejercicio docente he optado por abordar el análisis de la subordinación a partir de la formulación de algunas preguntas de “sentido común”, motivando con ellas que las respuestas del alumnado nos conduzcan -primero- al entendimiento práctico de la subordinación, y luego a un razonamiento inductivo que nos permita arribar a su definición teórica.

Preguntas tales como: ¿consideran normal u ordinario que una persona adulta y plenamente capaz no pueda disponer libremente de su tiempo?, ¿resulta normal u ordinario que a esa misma persona un tercero le diga qué hacer, a dónde ir o a qué hora almorzar casi diariamente?, ¿creen que es normal u ordinario

que esa persona deba pedir permiso a un tercero para asistir a una cita médica o para viajar con su familia?

Como resulta lógico, el sentido común de mis alumnas y alumnos los conduce siempre a una misma y unívoca respuesta: no, no es normal ni ordinario que eso suceda. ¿La razón? Que todas esas situaciones “hipotéticas” que las preguntas plantean constituyen supuestos en que se vulneran flagrantemente los derechos de libertad y autodeterminación de la persona. Llegados a este punto de consenso, me resulta fácil que la clase entienda la idea de subordinación laboral al sustituir los términos: “persona” por “trabajador/a” y “tercero” por “empleador”. Pero la tarea no termina aquí.

Naturalmente, la pregunta que cae de madura es: ¿por qué el Derecho permite una limitación de tal magnitud a la libertad de algunas personas? La respuesta obvia, pero por ello incompleta, es porque el empleador “paga” un salario al trabajador. Si este análisis puramente contractual-patrimonial concluyera allí, habríamos equiparado a la persona con un bien cualquiera que puede ser objeto de una transacción comercial (una manzana, un automóvil, un inmueble o las acciones de una empresa).

Y es precisamente este momento del razonamiento en clase el que me parece trascendental para entender la real naturaleza del trabajo y del Derecho que lo regula; pues es aquí donde nos permitimos comprender que una trabajadora o un trabajador no son objetos intercambiables, que la fuerza de trabajo por la que “paga” un salario el empleador es indisoluble de la persona (la fuerza de trabajo es la persona misma), y que el trabajo -a final de cuentas- no es una mercancía sino un derecho fundamental.

Así, siguiendo este razonamiento, llegamos en clase a la conclusión de que, siendo la subordinación laboral una situación anómala frente a la naturaleza libre y autónoma de los seres humanos, el Derecho del Trabajo no puede -ni debe- limitarse a una mirada formal, contractual o patrimonial, sino que necesita asumir premisas y perspectivas que reconozcan el valor humano del trabajo, las causas socioeconómicas que lo motivan, su influencia determinante en nuestra trayectoria de vida y en las dinámicas de la estructura social.

Por lo tanto, creo que enseñar (ejercer, juzgar, legislar) el Derecho del Trabajo debe suponer siempre y necesariamente hacerlo desde los valores en los

que este se inspira y que aún persigue: la dignidad de la persona que trabaja, la igualdad material y de oportunidades para el trabajador/a y su familia, y -por supuesto- la justicia social.

En definitiva, se requiere “subir” un peldaño más que aquel en el que se ubica la norma legal positiva (contingente a las coyunturas políticas), colocarse en el plano de los derechos fundamentales que reconoce y garantiza el Estado Constitucional de Derecho, comprender los valores que lo inspiran, y llegar finalmente al fundamento ético que lo soporta y valida (y, por tanto, también al Derecho del Trabajo).

No soy filósofo, tampoco soy especialista en Filosofía del Derecho, pero en el presente artículo recurro a ellos para recapitular las principales líneas teóricas que han abordado el debate sobre el fundamento ético del Derecho y su vinculación con la moral.

Sobre esa base, resaltaré luego la urgente necesidad de explicitar, fortalecer y visibilizar las nociones éticas que brindan el soporte y validez a las principales instituciones del Derecho del Trabajo. Finalmente, actualizaré el debate ético en función de algunos de los retos más importantes que nos plantea el mundo del trabajo el día de hoy.

100

II. MARCO TEÓRICO DE REFERENCIA

Considero que un análisis idóneo y riguroso sobre el fundamento ético del Derecho del Trabajo y de los principios que lo inspiran debe tomar como punto de partida el extenso debate que se ha realizado en las últimas décadas en torno a lo que el profesor Félix Morales (2013) denomina un cambio de paradigma en el modo como entendemos el Derecho.

En efecto, Morales sostiene que desde la segunda mitad del siglo XX se han verificado diversos cambios en la práctica jurídica que han demandado un replanteamiento conceptual desde la Teoría General del Derecho que permita dar una adecuada explicación y justificación a dichas transformaciones.

En concreto, el autor señala que: “(...) *la discusión ha girado en torno a la necesidad de superar el positivismo jurídico para asumir una concepción más idónea para los sistemas constitucionales actuales. Los principales cuestionamientos al para-*

digma positivista recaen sobre una de sus tesis definitorias: la separación conceptual entre el Derecho y la moral. A entender de sus críticos, una concepción que asume la separación conceptual entre el Derecho y la moral, resulta inadecuada para dar cuenta de sistemas jurídicos como los actuales, definidos por los elementos morales que reconoce” (Morales, 2013:5).

En suma, para el profesor Morales las tesis postpositivistas, constitucionalistas o neoconstitucionalistas que proponen un nuevo paradigma jurídico que supere el positivista se habrían orientado a desarrollar categorías conceptuales -como los principios jurídicos o la ponderación entre derechos- que enfatizan la dimensión moral y sustantiva de los Estados Constitucionales de Derecho.

Así, partiendo de este marco teórico de referencia y asumiendo como premisa los postulados del nuevo paradigma postpositivista, en los apartados que siguen pretendo retomar y refrescar algunas precisiones conceptuales respecto a las relaciones entre la ética, el derecho y la moral; para luego proponer una definición que explique e interrelacione las nociones de ética, principios del derecho y norma jurídica.

1. Precisiones en relación con la ética y la moral

Una de las teorías filosóficas fundacionales y más extendidas a través de la historia del pensamiento occidental es la Teoría de las Ideas o de las Formas de Platón expuesta en “La República”. Según esta teoría, la realidad material y observable a través de nuestros sentidos solo puede ser entendida mediante la comprensión racional de ideas o formas universales y abstractas; así, mientras cada “idea” es única e inmutable, las cosas materiales son múltiples y cambiantes, siendo solo unas “sombras” de esas formas ideales (la conocida alegoría de la caverna expuesta en el Libro VII de “La República”).

De este modo, para Platón, en el mundo perceptivo nuestros sentidos nos muestran una realidad engañosa, en la que las cosas observables no son sino sombras de las ideas y formas reales y fundamentales del mundo inteligible. A su vez, solo la razón y el entendimiento permiten al ser humano acceder a ese mundo inteligible de las ideas y las formas, que son universales y representan la verdadera realidad de las cosas en sí mismas.

Por lo tanto, desde la perspectiva platónica, las verdaderas y reales conductas éticas, buenas y justas, que se observan en el mundo perceptivo de nuestros sentidos solo pueden comprenderse e identificarse como tales en la medida en que existe la Idea de la Ética, de la Bondad y de la Justicia, como formas ideales en el mundo inteligible.

Posteriormente, Aristóteles marcará distancia de su maestro Platón, al postular en la “Ética a Nicómaco” que en el terreno de la ética la norma de acción o canon moral no debían ser las ideas absolutas y eternas del mundo inteligible, sino *“la forma de comportarse de un hombre honrado y cabal”* (1113a).

Así, la filosofía moral de Aristóteles -a diferencia de la de Platón- tiene por fin y sustento a la Virtud, entendida como el punto medio entre dos extremos o vicios, el de exceso y el de defecto. De ese modo, la virtud del valor constituye el punto medio entre el vicio de la cobardía (defecto de coraje) y el vicio de la temeridad (exceso de coraje).

Respecto a la ética aristotélica, Hans Kelsen destaca el esfuerzo por definir la idea de justicia o virtud mediante un método racional o cuasi científico, en contraposición a la teoría de las ideas abstractas y universales; pero, a la vez, sostiene que la ética de la doctrina del punto medio de Aristóteles *“soluciona sólo en apariencia su problema, vale decir, el problema de saber ¿qué es lo malo?, ¿qué es un vicio? y, por ende, ¿qué es lo bueno? ¿qué es una virtud?. Así, pues, la pregunta ¿qué es lo bueno? recibe la respuesta de otra pregunta ¿qué es lo malo?: la ética aristotélica traspasa de este modo la respuesta a ese interrogante a la moral positiva y al orden social existente”* (Kelsen, 2000:67).

Es interesante observar cómo, a partir de dicha crítica, Kelsen -padre del positivismo jurídico- descarta de plano cualquier esfuerzo por encontrar racionalmente una norma de conducta justa con validez absoluta que excluya la posibilidad de encontrar justa la conducta opuesta; y se adhiere, más bien, a la postura según la cual la razón humana únicamente puede concebir valores relativos, por lo que cualquier juicio de valor nunca podrá jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto y válido.

En ese sentido, afirma que, desde la perspectiva racional, *“sólo existen intereses humanos y, por consiguiente, conflictos de intereses. Zanjear los mismos supone dos soluciones posibles: o satisfacer a uno de los términos a costa del otro o establecer*

un equilibrio entre ambos. Resulta imposible demostrar cuál es la solución justa. Dado por supuesto que la paz social es el valor supremo, el equilibrio representará la solución justa. De todos modos, también la justicia de la paz es meramente una justicia relativa que, en ningún caso, puede erigirse en absoluta” (Kelsen, 2000:78).

Hasta este punto de la explicación he recapitulado y sintetizado algunas de las nociones más relevantes y difundidas de lo que es la ética y la moral: (i) ética platónica como la idea abstracta y universal de lo bueno y lo justo con carácter absoluto; (ii) ética aristotélica como la virtud práctica de actuar conforme al punto medio entre dos vicios; y, (ii) ética como el equilibrio en la resolución de conflictos de interés que permita la paz social.

Si bien estas nociones asumen los conceptos de ética y moral como sinónimos, encontramos desarrollos teóricos posteriores que han hecho énfasis en la necesidad conceptual de diferenciar ambas nociones.

Así, por ejemplo, Andrés Richart sostiene que *“la naturaleza de la agencia moral y el sentido de la ética presentan, por tanto, una distancia que imposibilita la reducción de una de las esferas a la otra. Mientras que el primer caso corresponde al campo de la ciencia, que versa sobre cómo es el mundo, el segundo corresponde al campo de la filosofía moral o ética, que versa sobre cómo debe ser, tratando de resolver el problema metacognitivo de justificación de la acción”* (2016:861).

Entonces, siguiendo a Richart (2016), la moral sería una facultad de bases biológicas que refiere a la capacidad del homo sapiens de regular su conducta en torno a principios e ideas generales de lo que es bueno y justo; mientras que la ética es un proceso metacognitivo que busca justificar la acción mediante la reflexión en torno a cuestiones como el deber, la obligación, el bien o la justicia.

En esa misma línea, Fidel Tubino (2017) afirma que resulta natural y cultural al mismo tiempo el sentimiento que los seres humanos tenemos sobre lo malo y lo bueno, lo digno y lo indigno, lo justo y lo injusto; se trata de un sentimiento universal, porque es compartido por todos, y también de un sentimiento contextualizado, porque su contenido depende de la ética implícita a nuestras culturas de pertenencia.

Por su parte, Reynaldo Bustamante (2009) profundiza en la diferencia teórica de ambos conceptos y señala que la moral se refiere a los valores, princi-

pios y criterios que sirven de guía para la conducta humana y que se manifiesta comúnmente a través de normas que expresan un deber ser; esto es, normas cuyo origen y fundamento radica en la conciencia moral autónoma del individuo que se siente compelido a seguirlas.

En cambio, la ética (o filosofía moral) busca examinar las condiciones que debe reunir una acción humana para ser definida justificadamente como moralmente válida; esto es, como una acción humana buena o justa. Por lo tanto, para poder determinar aquello que es moral o inmoral, previamente se requiere definir cuándo un comportamiento es moralmente bueno o malo, justo o injusto.

En ese sentido, el autor en mención señala que *“son dos los problemas filosóficos fundamentales que están detrás de la pregunta sobre qué es moralmente válido. (...) El primero consiste en verificar si existen criterios o procedimientos racionales para justificar la validez de los juicios de valor; es decir, si hay algún modo de demostrar que un juicio moral es válido de tal forma que esa demostración sea, en principio, asequible a cualquier persona normal que estuviera en las condiciones adecuadas. El segundo consiste en determinar cuáles son los valores o principios que permiten enjuiciar los comportamientos humanos desde un punto de vista moral, así como determinar sus implicaciones sobre materias específicas”* (Bustamante, 2009:171).

En suma, concluyo el presente apartado con una referencia al profesor Oscar Ermida (2005), cuando define la relación entre la ética y la moral al establecer que la primera constituye la reflexión y el fundamento filosófico sobre el concepto del bien y del mal y sobre los valores que deben orientar a la segunda, que es -a fin de cuentas- el modo de conducirse de la conducta humana.

2. El vínculo entre la ética y el derecho

Si la ética es el examen filosófico abstracto y general sobre los valores que sustentan justificadamente que una acción humana califique como moralmente válida, y el derecho es la ciencia social que regula las acciones y conductas humanas que conviven en sociedad, resulta evidente que entre ambos conceptos existe un vínculo indelible.

Ahora bien, así como la ética puede ser definida desde diversas perspectivas teóricas (como la idea abstracta y universal de lo bueno y lo justo, como la virtud

práctica del punto medio entre dos vicios o como el equilibrio en los conflictos de interés), su vínculo con el derecho también deberá atender a las distintas concepciones o paradigmas que existan sobre él.

Por ejemplo, desde el paradigma positivista del derecho, Kelsen afirma que *“el principio ético fundamental subyacente a una teoría relativista de los valores (...) lo configura el principio de tolerancia, vale decir, el imperativo de buena voluntad para comprender las concepciones religiosas o políticas de los demás, aunque no se las comparta o, mejor dicho, precisamente por no compartirlas, no impidiendo, además, su exteriorización pacífica”* (2000:79). Se observa en esta afirmación, de un lado, la noción de una ética como el equilibrio en los conflictos de interés; y, de otro lado, una visión del derecho cuyo objetivo esencial es garantizar la paz social a través de la norma jurídica.

En esa misma línea, Chávez-Fernández (2025) resalta que los iuspositivismos mantienen como tesis central que el derecho no requiere para su validez estar sustentado en algún sistema normativo ético o moral; sino que la relación entre el derecho y la ética está determinada por el poder y la eficacia de las normas jurídicas en una sociedad.

Desde otra perspectiva, Morales (2013) señala que la crisis del positivismo jurídico originada tras la segunda guerra mundial ha generado dos efectos concretos: (i) ha puesto en tela de juicio la tesis de la separación entre el derecho y la ética; y, (ii) ha permitido la extensión y la presencia de conceptos éticos y de valores en el análisis de los actuales sistemas jurídicos, y la centralidad e importancia de la ética en la aplicación práctica del derecho.

Según Morales (2013) se puede identificar que quienes aún reivindican el positivismo jurídico se caracterizan, sobre todo, por rechazar el objetivismo moral y el cognoscitivism ético. Por el contrario, quienes defienden el pospositivismo como nuevo paradigma teórico de los estados constitucionales de derecho, reivindican el objetivismo moral (al menos mínimo) y el cognoscitivism ético.

Siguiendo al citado autor, y reconociendo que no existe un significado unívoco de la expresión objetivismo moral, podemos entenderlo como la existencia de un conjunto “privilegiado” de principios éticos válidos para todos los seres humanos con independencia de cualquier contexto (se opone, por lo tanto, al

relativismo moral). Por su lado, el cognoscitivismo ético supone que los juicios morales son aptos para ser calificados como verdaderos o falsos.

Ahora bien, en relación específica con cognoscitivismo ético y su vínculo con el derecho, Morales nos advierte que los juicios éticos pueden valorarse semánticamente como justificados o injustificados, pero no como verdaderos o falsos. Así, afirma que *“es posible asumir criterios distintos de la verdad como correspondencia para asumir un criterio de verdad como coherencia, como consenso o como corrección procedimental. (...) En el caso de la coherencia y de la corrección procedimental, tales valores conciernen especialmente a su constitución interna y, en el caso del consenso, a su valor externo que exige el enraizamiento del Derecho en el principio democrático”* (Morales, 2013: 22).

En esta misma perspectiva jurídica se ubica Chávez-Fernández, quien a su vez se refiere a la tesis de Robert Alexy según la cual todas las propuestas que buscan superar el positivismo jurídico sostienen alguna versión de la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral.

Así, señala el autor que para Alexy *“el derecho tendría, en realidad, solo un rasgo esencial: su doble naturaleza. Esta estaría constituida por una dimensión ideal o moral, aspecto que se expresaría en la tesis de que todo derecho formula necesariamente una pretensión de corrección; en concreto, una pretensión de justicia material o sustantiva. Pero también estaría constituida por una dimensión real o fáctica, aspecto que se manifestaría a través de la autoridad y la eficacia social para lograr seguridad jurídica”* (Chávez-Fernández, 2025:91).

Concluyo entonces el presente apartado volviendo a las reflexiones que sobre el particular ha expuesto Reynaldo Bustamante, quien sostiene que *“el Derecho necesita a la moral, que la moral interactúa con el poder y que tiene un importante espacio en el Derecho, y que el poder se relaciona con ambos para hacer que lo justo sea fuerte y que lo fuerte sea además justo, a condición de respetar cada uno las reglas de juego de los otros”* (2009:188).

Esta conexión indesligable entre la moral, el derecho y el poder reconoce que, a pesar de estar ciertamente interrelacionadas y compartir fines, cada noción cumple con funciones específicas: la política y el Derecho no pueden prescindir de la moral para ser moralmente correctas, ni la moral puede prescindir de la política y el Derecho si es que quiere ser fuerte y tener exigibilidad jurídica; tal

distinción “*pone de manifiesto que no todo lo políticamente conveniente, o jurídicamente válido, es moralmente aceptable; y que no todo lo que en política conviene, o es moralmente justo, logra ser asumido por el poder e incorporado a lo jurídico*” (Bustamante,2009:189).

En suma, desde el nuevo paradigma jurídico postpositivista, el vínculo entre la ética y el derecho es efectivamente indesligable, en tanto la primera constituye el fundamento y parámetro de validez del segundo.

De este modo, asumo como premisas que sustentan el razonamiento que vengo exponiendo en el presente artículo a las siguientes: (i) existe un conjunto mínimo y privilegiado de valores éticos válidos para todos los seres humanos con independencia de cualquier contexto y que el derecho pretende garantizar; (ii) ese conjunto mínimo de valores éticos nos permite emitir juicios de valor en términos de conductas justificadas o injustificadas (admitiendo la imposibilidad de hablar en términos de verdad o falsedad); y, (iii) que -finalmente- esos juicios de valor determinan la eficacia de la norma jurídica en su aplicación material a través de la ponderación, logrando así que la corrección ética se concrete en la aplicación práctica del derecho en los hechos.

III. EL FUNDAMENTO ÉTICO DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

A partir de lo expuesto hasta este punto, se puede sostener que, desde el paradigma postpositivista, la ética -en cualquiera de sus concepciones- es indesligable del derecho, pues constituye su fundamento y parámetro de validez. Dicha ética se manifiesta en lo que se denomina un “objetivismo moral mínimo”; es decir, un conjunto mínimo de valores éticos reconocidos con carácter universal que el derecho garantiza y que le permite emitir juicios de valor para calificar las acciones y conductas humanas en términos de justificadas o no. Estos juicios demandan, a su vez, un ejercicio de ponderación que permita la concreción ética en la aplicación práctica del derecho.

Sobre la base de este marco teórico de referencia, en el presente apartado presentaré una breve reseña de los principales principios del Derecho del Trabajo, y luego propondré una definición que explique e interrelacione las nociones de ética, principios y norma jurídica.

1. Los principios del Derecho del Trabajo

El profesor Barbagelata (2008) refiere que, a mediados del siglo XX, cuando el Derecho del Trabajo consolidó su autonomía técnica y docente, se empezó a buscar e identificar aquellos principios que lo inspiraban y fundamentaban, entendiendo por tales las “fórmulas” que contenían el “pensamiento rector” de la disciplina legal y que lo caracterizaban y lo diferenciaban de otras ramas del ordenamiento jurídico.

En el ámbito nacional, el Tribunal Constitucional peruano ha definido a los principios del Derecho del Trabajo como las “*reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas*” (fundamento 20 de la sentencia recaída en el Exp. N° 008-2005-PI/TC).

Similar definición recoge el profesor Javier Neves, quien, citando a Plá Rodríguez, concluye que “*los principios son líneas directrices que informan a las normas e inspiran soluciones y sirven en diversas fases de la vida normativa*” (Neves 2012:129).

A partir de estas referencias, y de la revisión de la amplia literatura especializada en la materia¹, considero que los principios son proposiciones o reglas fundamentales que, inspirándose en los valores esenciales de un determinado sistema jurídico, establecen pautas de acción para resolver las distintas controversias jurídicas que se presentan en el discurrir de las normas jurídicas.

Para analizar cada uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo propongo que retomemos el análisis del profesor Neves (2012), quien logra identificar la aplicación de un determinado principio en función de cada etapa de la vida normativa.

Así, por ejemplo, en el proceso de producción de las normas laborales, que corresponde al poder legislativo y -excepcionalmente por delegación- al ejecutivo, el Principio Protector debe actuar como una suerte de “faro” inspirador para el legislador.

1 Cfr.: Barbagelata, 2008; Boza, 2019; Ferrajoli, 1999; Neves, 2012; Pérez-Luño, 2005, entre otros autores.

En efecto, como señala Elgueta Navarro (2010), debemos recordar que -en última instancia- el Derecho del Estado no hace sino proteger o garantizar ciertos bienes e intereses que la sociedad ha considerado dignos de ser garantizados. Y si bien estos denominados “bienes jurídicos protegidos” han sido históricamente cambiantes, han servido para orientar al legislador conforme al “espíritu jurídico” de una sociedad en un momento determinado.

De allí que, concluye el citado autor, *“todo el sistema jurídico es, pues, proteccionista en último término de la paz social y mediatamente ella lo es de la propiedad, de la seguridad, de la dignidad, del orden, de la familia, de la seguridad económica, etcétera, y es precisamente por esa idea proteccionista que la sociedad sanciona a quien atente contra su ordenamiento, no porque se haya vulnerado la norma, sino porque se ha atentado en contra del bien protegido por la norma”* (Elgueta 2010:278).

Volviendo al profesor Neves (2012), en el momento en que surjan dudas respecto a la interpretación de una norma jurídica laboral, corresponde que actúe el Principio de In Dubio Pro Operario; en virtud del cual el juez debe elegir el método de interpretación (dentro de los diversos que propone la teoría general del derecho) que otorgue el significado más favorable al trabajador.

En el caso en que nos encontremos frente a hipótesis como el conflicto entre normas deberá actuar el Principio de la Norma más Favorable; mientras que en los casos de afectación de derechos reconocidos por la norma laboral actúan principios como el de la Primacía de la Realidad, la Irrenunciabilidad de Derechos o el de Igualdad y No Discriminación.

Aun cuando es pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia admitir que los principios del derecho no requieren estar recogidos en el ordenamiento jurídico positivo para tener plena vigencia en el sistema, nuevamente coincido con el profesor Neves (2012) cuando afirma que su recepción normativa es recomendable para fortalecer y reforzar su validez.

En ese sentido es importante advertir que la Constitución Política del Perú vigente reconoce normativamente en el artículo 26 tres principios de la relación laboral: (i) la igualdad de oportunidades sin discriminación; (ii) el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley; y, (iii) la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la desigualdad estructural de la relación de trabajo se manifiesta en tres planos: en el campo jurídico sustancial mediante la subordinación y los deberes imputables al trabajador; en el campo jurídico procesal, se constata la capacidad intimidatoria del empleador para desincentivar los reclamos en vía litigiosa y la extensión de la posición predominante en materia de prueba; y en el campo económico, la nota específica es que la propiedad del medio de producción corresponde al empleador mientras que el trabajador sólo cuenta con su fuerza de trabajo.

Frente a la manifiesta desigualdad estructural del contrato de trabajo, “*se afirman los principios protectores o de igualación compensatoria, por el cual, reconociéndose la existencia asimétrica de la relación laboral, se promueve por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la misma*” (fundamento 20 de la sentencia recaída en el Exp. N° 008-2005-PI/TC).

Dicho esto, me resta añadir algunas ideas para reforzar conceptualmente el que, sin duda alguna, considero el principio más relevante para el desarrollo de las relaciones laborales en el mundo del trabajo: el Principio de Igualdad y el Mandato de No Discriminación (Quiñones, 2019).

En efecto, desde el triunfo de la Revolución Francesa, a fines del siglo XVIII, la igualdad ha sido -junto con la libertad individual- uno de los pilares fundamentales sobre los que se han edificado los sistemas de derechos ciudadanos en la mayoría oría de los países occidentales. Esta noción inicial de igualdad ante la ley -entendida como una garantía de los ciudadanos frente a la actuación vertical del Estado en sus diversas facetas, sea legislando, administrando o juzgando- ha evolucionado con la noción misma de Estado.

Así, con el desarrollo y expansión de los Estados Constitucionales de Derecho, la igualdad fue concebida también como una norma social que debía ser observada por los particulares en sus distintas actuaciones, con especial incidencia en aquellos ámbitos en donde se reproducían relaciones de poder-subordinación. Esta segunda concepción -igualdad de trato- se ha complementado con la más reciente noción de igualdad de oportunidades, en la que prima la idea de revertir situaciones de desigualdad sustancial o material de ciertos colectivos, aun cuando dicha desigualdad ya esté legalmente (formalmente) proscrita.

Precisamente, uno de los ámbitos en los que la igualdad -ante la ley, de trato y de oportunidades- reviste una importancia crucial y gravitante es el de las relaciones laborales. En este ámbito aún subsisten distintas manifestaciones de discriminación, directa e indirecta. Asimismo, todavía resulta necesario remover obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzar una igualdad real por motivos diversos como el género, la edad, el origen étnico o el color de la piel de las personas que trabajan (Quiñones, 2019).

En esta misma línea de razonamiento, el catedrático Miguel Rodríguez-Piñero ha afirmado que el principio de igualdad constituye, junto con el de libertad, la base de todo régimen democrático. Agrega que *“la supresión de los privilegios sería el punto de origen histórico de la formulación originaria de la igualdad en el constitucionalismo liberal (...) De esta forma la igualdad aparece como principio y premisa fundamental derivada de la propia libertad, (...) como una prerrogativa esencial de la naturaleza humana y puesta en conexión con la libertad del hombre: todos los hombres son igualmente libres, cabría decir, y, por ello, gozan de los mismos derechos”* (1979:381).

Recapitulando lo expuesto hasta aquí, tenemos que la ética y el derecho son nociones indesligables, en tanto la primera fundamenta y otorga el parámetro de validez al segundo. Dicho fundamento ético se basa en la existencia de un conjunto mínimo de valores aceptados por todos que el derecho garantiza y que le permite emitir juicios de valor para calificar las acciones y conductas humanas en términos de justificadas o no.

Siendo consecuente con esas premisas, y conforme a lo reseñado en el presente apartado, los Principios del Derecho del Trabajo constituyen pautas de acción o reglas fundamentales que permiten resolver las distintas controversias que se presentan en la “vida” de las normas jurídicas, y que se inspiran en un conjunto mínimo de valores garantizado por un determinado sistema jurídico: la dignidad libre de la persona que trabaja y la igualdad material y de oportunidades que permita alcanzar la justicia social.

2. Una propuesta conceptual: + ética + principios + normas

En apartados precedentes cité a Reynaldo Bustamante (2009), cuando afirma que los problemas filosóficos fundamentales detrás de la pregunta “¿qué es

moralmente válido?”, son dos: (i) ¿existen criterios o procedimientos racionales para justificar la validez de los juicios de valor con carácter absoluto?; y, (ii) ¿cuáles son los valores que permiten enjuiciar los comportamientos humanos desde un punto de vista moral?

En este apartado me interesa retomar lo expuesto por el citado autor en relación con la segunda de las preguntas planteadas; cuando señala que las sociedades herederas de la ilustración y de la modernidad reconocen como valores fundamentales en el plano filosófico a la racionalidad, la dignidad del ser humano, la emancipación del individuo y el cosmopolitismo; mientras que en el plano jurídico-político, esos valores son “*el de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad*” (Bustamante, 2009:171).

Similar postura ha sido adoptada por Rodríguez-Piñero (1979) al afirmar que el principio de igualdad y el de libertad constituyen la base de todo régimen político democrático y de los sistemas jurídicos de corte constitucional liberal; aunque se advierte en el autor un interesante matiz al sostener que entre ambos valores superiores hay una conexión conceptual, al punto que el principio se definiría del siguiente modo: todos los hombres son igualmente libres y, por ello, gozan de los mismos derechos.

Ahora bien, siendo que los valores de igualdad y libertad -sobre todo- constituyen el objetivismo ético mínimo de todo sistema jurídico que califica como Estado Constitucional de Derecho, corresponde entonces evaluar cómo ese parámetro ético general aterriza y toma forma a través de los principios específicos del Derecho del Trabajo.

A tal efecto, me remito al análisis propuesto por Oscar Ermida (2005), para quien todas las relaciones laborales son vínculos que se basan y funcionan de acuerdo a una ética que tiene a la justicia y a la dignidad como sus axiomas incondicionales; ética que, a su vez, impide que las relaciones laborales sean concebidas como meras transacciones mercantiles en un mercado de trabajo.

Según Ermida, la ajenidad es un elemento estructural de la relación laboral y de todo el derecho del trabajo, que no solo explica su funcionamiento, sino que además justifica que el trabajador está subordinado al empleador: solamente porque hay ajenidad de frutos y riesgos, es que resulta éticamente admisible la

existencia de un poder privado que subordine la voluntad de un sujeto (trabajador) a la de otro (empleador).

A mayor abundamiento, el profesor uruguayo afirma que “*si capital y trabajo concurren a la producción, lo natural y razonable es que los frutos de la misma se distribuyan proporcionalmente. ¿Por qué razón no es así? La respuesta está en la asunción total de los riesgos por el empleador, que es el único sustento ético de la apropiación total del excedente por el capital. En efecto, la única razón por la cual el capital puede apropiarse legítimamente de todas las ganancias y dejar al trabajador solamente el salario pactado, es que el capital ha asumido la totalidad de los riesgos de la empresa*” (Ermida, 2005:238).

Para Ermida (2005) los valores de justicia, equidad e igualdad configuran el “contenido ético básico” del Derecho del Trabajo y son, simultáneamente, su razón de ser y finalidad. A su vez, estos valores específicos de la disciplina laboral derivan del gran principio ético de la dignidad del ser humano, del cual derivaría el valor de la justicia como principal virtud social. En este marco conceptual, la finalidad del Derecho del Trabajo es tutelar al más débil y con ello realizar la igualdad, con la cual se alcanza tanto el valor de la dignidad como el de la justicia igualitaria.

En definitiva, concluye el autor que los principios básicos de Derecho del Trabajo tienen un evidente y profundo contenido ético, destacando entre ellos “*el principio de justicia social, del cual derivan las nociones de equidad, protección, igualdad y desmercantilización del trabajo; la noción de orden público laboral y la preeminencia de los derechos humanos; el principio general de buena fe; y el ya referido principio de asunción total de los riesgos por el empleador (ajenidad), del cual deriva el instituto de la subordinación del trabajador*” (Ermida, 2005:241).

Complementando esta mirada, considero indispensable remitirme al trabajo de Alfredo Villavicencio (2019), cuando afirma que “el alma” del derecho del trabajo se encuentra plenamente identificada con la ética en dos ámbitos claramente observables. En primer lugar, se vincula con los pilares básicos del Estado Constitucional de Derecho; esto es, con la defensa y garantía efectiva de los derechos fundamentales, tanto los propiamente laborales como los denominados inespecíficos.

Efectivamente, explica Villavicencio que, en cumplimiento de esa labor de vigencia plena de los derechos fundamentales, el derecho del trabajo otorga contenido sustantivo a la democracia, al exigir la consecución de igualdad efectiva en las relaciones laborales y, con ello, fortalecer y proteger el ámbito de libertad de los trabajadores.

En segundo lugar, el derecho del trabajo se encuentra plenamente identificado con la ética desde el plano de la garantía y pleno respeto a la dignidad de las y los trabajadores. Por ello, el autor sostiene que el carácter tuitivo del derecho del trabajo está en el núcleo del Estado Constitucional de Derecho, y, por tanto, *“siendo tan relevante la esfera axiológica de esta formación política, su desconocimiento entraña no solo una vulneración jurídica sino además una agresión clara a los principios y valores que dan sustento a las regulaciones constitucionales. Se trata, pues, de garantías sociales y políticas que permiten el acceso a condiciones mínimas de vida y de democracia, cuyo desconocimiento o afectación hiere los fundamentos básicos de la vida civilizada”* (Villavicencio, 2019:58).

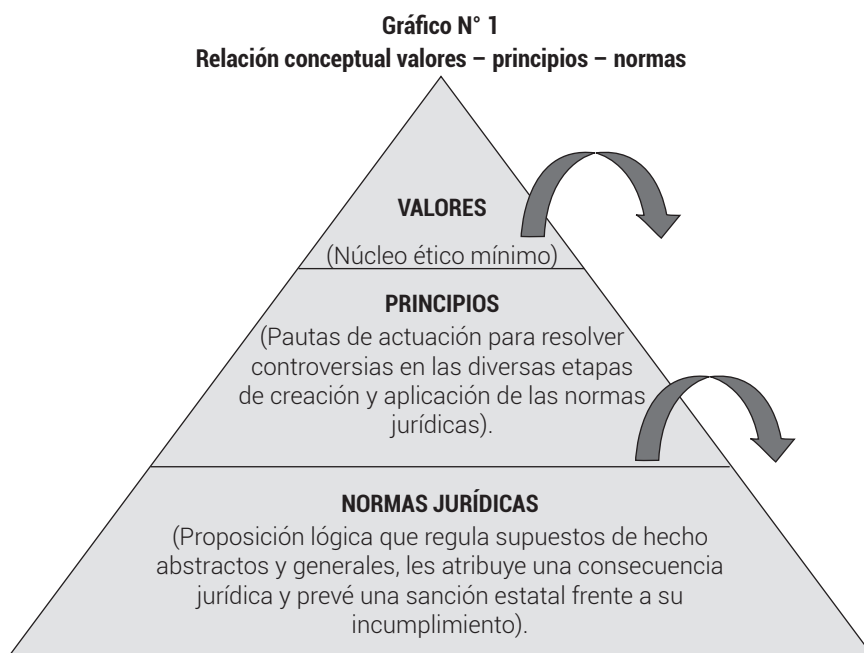
Entonces, vuelvo a la pregunta inicial del presente apartado: ¿cuáles son los valores que permiten enjuiciar los comportamientos humanos desde un punto de vista moral? O, más específicamente, ¿cuáles son los valores comprendidos en ese “núcleo u objetivismo ético mínimo” que permiten al Derecho de Trabajo calificar las acciones y comportamientos humanos en el mundo del trabajo como justificados o no?

Sobre la base de la literatura especializada analizada para el presente artículo, y desde mi propia convicción y reflexión ética, propongo que el conjunto mínimo y privilegiado de valores éticos válidos para el Derecho del Trabajo incluye necesariamente -aunque no se deba limitar a ellos- a la dignidad del ser humano, a la igualdad material y a la justicia social.

Estos valores, admitidos como válidos con carácter general para un sistema jurídico que se reconoce como Estado Constitucional de Derecho, inspiran y se traducen en Principios del Derecho del Trabajo; es decir, proposiciones o reglas que establecen pautas de acción para resolver las distintas controversias jurídicas que se presentan en las diversas etapas de creación y aplicación de las normas jurídicas en la realidad; determinando con ello los parámetros de validez para calificar como justificadas o no las acciones y comportamientos humanos en el mundo del trabajo.

Por último, esos juicios de valor sobre las acciones y comportamientos humanos en el mundo del trabajo se deben traducir en normas jurídicas positivas, las que, a su vez, demandarán una adecuada ponderación que busque legitimar la eficacia y validez del Derecho del Trabajo en su aplicación material a la realidad.

Esta vinculación conceptual debería conducir -al menos teóricamente- a un sistema en el que la mayor reflexión ética sobre los valores que como sociedad convenimos alcanzar y respetar nos conduzca al diseño y elaboración de mejores principios, y estos, a su vez, garanticen la producción, aplicación y ponderación de mejores normas jurídicas que regulen las relaciones jurídicas laborales; vinculación teórica que se puede expresar en el siguiente gráfico:



Fuente: cfr. bibliografía citada.

Elaboración: propia

IV. IMPORTANCIA DE LA REFLEXIÓN ÉTICA EN EL MUNDO DEL TRABAJO ACTUAL

A partir de la línea argumentativa expuesta en los apartados precedentes, resulta evidente que la reflexión ética es el punto de partida indispensable para que -a nivel individual y social- aspiremos a vivir conforme a un mínimo de

valores compartidos y garantizados a través de principios rectores y normas jurídicas positivas.

Esta conclusión se reafirma con lo sostenido por el profesor Fidel Tubino, cuando señala que *“mientras que las virtudes cívicas y ciudadanas no sean cultura cotidiana y los responsables de hacer cumplir las leyes no sean éticamente justos, los procedimientos justos continuarán siendo potenciales mecanismos desnaturalizados de reproducción de las injusticias. La necesidad de hacer de la justicia una virtud de las personas en la vida cotidiana no debe, sin embargo, llevarnos a rechazar la necesidad de hacer de la justicia una virtud también de las instituciones. Ambas se complementan”* (2017:15).

En esa misma línea, el autor citado afirma que la justicia es necesariamente consustancial al desarrollo, entendido este como un proceso continuo de ampliación de libertades; por lo tanto, un proceso de desarrollo humano que sea injusto es un contrasentido: o es justo o no es desarrollo humano. De allí que, *“cuando en nombre del desarrollo se ejecutan políticas de crecimiento económico sin disminución de las asimetrías de origen, el «desarrollo» se convierte en un concepto ideológico que justifica la reproducción de la injusticia”* (Tubino, 2017:13).

Entonces, si resulta evidente que la reflexión ética es indispensable para que los seres humanos vivamos en una sociedad de valores compartidos, en la que el desarrollo económico sea -efectivamente- un proceso continuo de ampliación de libertades y de justicia social, ¿por qué dicha reflexión está, peligrosa y recurrentemente, ausente en la adopción de decisiones individuales y de política pública?

Como muestra de esta peligrosa ausencia de reflexión ética individual que se expresa en la esfera pública, Eduardo Dargent (2025) nos alerta respecto a la precaria situación moral del Perú actual, en la que nuestro país parece un “páramo de ideas”, una tierra baldía en propuestas de reformas democrática e igualitarias; un país en donde prima el interés particular y cortoplacista, y la política es concebida solo como un medio de enriquecimiento y acumulación de poder.

Así las cosas, en los apartados siguientes buscaré formular un ensayo de respuesta a esta ausencia de reflexión ética con particular énfasis en el ejercicio del derecho, y posteriormente identificar algunos de los retos éticos actuales que

presenta el mundo del trabajo contemporáneo que harían urgente retomar (o empezar con) dicha reflexión.

1. ¿Por qué nuestro análisis jurídico no incorpora (casi nunca) la dimensión ética?

Intentar responder esta pregunta me permite proponer dos enfoques: uno abstracto desde la mirada de una persona en general, y el otro desde la mirada específica y concreta del ejercicio profesional jurídico.

Para el primer enfoque resulta más que pertinente citar el trabajo de Michel Foucault (2010), quien tras una ardua y profunda reevaluación del pensamiento político griego antiguo, concluye que el problema del gobierno de los hombres (politeia) depende a fin de cuenta de la constitución ética de un sujeto (ethos) que pueda hacer valer en él mismo y frente a los demás la diferencia de un discurso de verdad (aletheia).

De ahí que, para el profesor Foucault (2010) la constitución ética de uno mismo no solo supone la adquisición de una serie de conocimientos vinculados a verdades fundamentales sobre el mundo, la vida, el ser humano; sino también verdades prácticas sobre lo que conviene hacer en tales o cuales circunstancias: lo que uno es capaz de hacer, el grado de autonomía que ha alcanzado, los progresos que debe hacer y los que le quedan por hacer.

Esta constitución ética en doble sentido sólo encuentra fundamento en el coraje de la verdad (parrhesia): *“el coraje de decir la verdad a aquel a quien se quiere ayudar y dirigir en la formación ética de sí mismo, y el coraje de manifestar frente a todo y contra todo, la verdad sobre sí mismo, mostrarse tal cual uno es (...) la exigencia del coraje de decir, manifestar la verdad”* (Foucault, 2010:349-350).

Desde este enfoque se puede concluir que la ausencia de una reflexión ética personal conduce lamentablemente a la inexistencia de una moral práctica en el desempeño de nuestras conductas cotidianas individuales.

Esta falta de constitución ética -teórica y práctica- impide que cada individuo se desarrolle en sociedad con el necesario coraje de decir la verdad, lo que inevitablemente conlleva a que la conducción política del gobierno en conjunto carezca de referentes y parámetros de validez ética mínimos que los autorregulen.

Un segundo enfoque para la pregunta que encabeza el presenta apartado se encuentra en las reflexiones del profesor Manuel Atienza (2015), quien señala que el concepto de “buen” profesional (entendido como un profesional excelente o ejemplar) no puede apelar únicamente la conformidad de su comportamiento con las normas jurídicas positivas (vr.gr.: no cometer delitos o infracciones sancionadas jurídicamente), sino que dicho comportamiento debe regirse por el conjunto de “normas ideales” que pertenecen al universo de la ética.

Así, la excelencia profesional sería una virtud que excede ampliamente lo que el Derecho puede exigir del comportamiento de alguien, y solo puede ser evaluada a partir de la reflexión ética y del parámetro de sus valores.

En dicho contexto, Atienza (2015) identifica como una tesis que explicaría la ausencia de la dimensión ética en la evaluación de las conductas y desempeños profesionales de los abogados y abogadas, a aquella que niega el carácter éticamente conflictivo de la abogacía y releva a último término cualquier posible reflexión ética sobre ella. La idea central para esta tesis -que Atienza denomina “concepción ingenua”- es que un juez, un fiscal o un abogado “excelente” sería aquel cuya conducta es plenamente compatible con los deberes jurídicos positivos vigentes, con total prescindencia de evaluaciones éticas en su conducta.

Para el citado autor, el origen del escepticismo ético que subyace a esta teoría sería la tendencia a pensar que los principios éticos son absolutos y, por tanto, que en determinadas circunstancias cumplir con ellos llevaría a consecuencias inasumibles; así, *“el escéptico concluye que la moral no tiene más que un alcance subjetivo o relativo: no hay principios morales objetivos, dictamina, sin darse cuenta de que hablar de principios objetivos no significa lo mismo que hablar de principios sin excepciones o sin modulaciones”* (Atienza, 2015:18).

Como señalé previamente, desde el nuevo paradigma postpositivista -defendido, precisamente, por el profesor Atienza- existen razones teóricas para descartar este escepticismo ético de la profesión legal, pues aunque es discutible admitir la existencia de valores o principios éticos con carácter absoluto y universal siempre y en todos los casos, sí es admisible sostener la existencia de un objetivismo ético mínimo que incluye principios que pueden tener modulaciones y ponderaciones en relación con situaciones diversas.

Precisamente, las reflexiones que he venido reseñando concluyen con la afirmación de que la posición éticamente deseable es la del “abogado moralista”, entendiendo por tal *“el abogado que es consciente de que se pueden cometer acciones gravemente inmorales sin infringir el Derecho o, mejor dicho, haciendo uso del mismo; y que quien contribuye a esos males no puede justificar su conducta alegando que se limita a defender los intereses de su cliente o a hacer posible su autonomía o que, simplemente, desarrolla un rol profesional”* (Atienza, 2015:21).

En suma, ya sea que como sociedad contemporánea hemos relegado la reflexión ética a un lugar totalmente residual en nuestra vida cotidiana, y con ella al coraje de decir la verdad y de nuestro involucramiento ético en la cuestión política; o que, en el ámbito específico del ejercicio profesional primen las posturas que niegan el carácter éticamente conflictivo de la abogacía; lo cierto es que la ausencia de una reflexión ética en nuestro análisis supone un potencial peligro frente a los conflictos o dilemas éticos que paso a explicar en el siguiente apartado.

2. Conflictos éticos actuales (y algunos no tanto) en las relaciones laborales

Empiezo este apartado final refiriéndome, en primer lugar, a algunos de los conflictos o dilemas éticos que el mundo laboral actual nos viene mostrando en este primer cuarto del siglo XXI; en segundo lugar, recordaré algunos de los viejos retos éticos que las relaciones laborales mantienen aún presentes en la actualidad.

Sobre lo primero, es inevitable aludir a la Inteligencia Artificial – IA y a su irrupción en el mundo del trabajo. En efecto, la aplicación y el uso de sistemas de IA en el mundo del trabajo asalariado es una realidad, y en el Perú no existe un marco regulador que brinde algún nivel de certeza a los empleadores ni a los trabajadores o a sus organizaciones en relación con los beneficios, obligaciones y responsabilidades derivadas de riesgos que puedan generarse en el ámbito de las relaciones laborales (Quiñones, 2024).

Por ello, los retos que la IA impone al mundo del trabajo son apremiantes. Se requiere la implementación de un marco regulatorio oportuno, pertinente y de calidad; que el Estado, las empresas privadas y los trabajadores y sindicatos pongan en marcha programas de perfeccionamiento y reconversión profesio-

nal que permitan una transición ordenada hacia la IA; y, sobre todo, fomentar investigaciones que analicen el impacto actual de la IA en el ámbito laboral y anticipen tendencias y desafíos futuros.

En particular, me interesa resaltar que, pese a que existe una creencia generalizada de que los sistemas de IA son neutrales, precisamente por no ser humanos; la realidad es que ningún sistema de IA puede ser neutral, ya que siempre se construye a partir de datos o de conocimientos generados por seres humanos, quienes nunca son neutrales. Como recuerda la UNESCO (2024), la falta de neutralidad no solo es un riesgo, sino un peligro real que puede llevar a representaciones de la realidad y resultados de los sistemas de IA profundamente sesgados.

De hecho, la Comisión Europea (2020) advertía que, si bien los prejuicios y la discriminación eran riesgos inherentes a toda actividad humana y que la toma de decisiones de las personas no es ajena al error ni a la subjetividad, en el caso de la IA esta misma subjetividad puede tener efectos mucho más amplios y discriminar a un mayor número de personas sin que existan mecanismos como los de control social que rigen el comportamiento humano.

Este riesgo ético de sesgo que la IA puede introducir en las decisiones propias del ámbito de dirección del empleador se traduciría, por ejemplo, en las decisiones para fijar los requisitos para una convocatoria de empleo, para contratar o no a una persona, para asignarle un determinado salario, para promoverla en el empleo o para despedirla.

A ello se suma el potencial riesgo de que la IA termine automatizando muchísimos de los procesos o etapas productivas de diversas industrias o actividades productivas, generando el temor cada vez más extendido de un fenómeno creciente de desempleo masivo, con las consecuencias negativas que ello conllevaría en el plano social, político y, por supuesto, ético también.

Resta añadir en este tema que el uso de la IA, que se suma al de las plataformas sociales y tecnologías de la información y comunicación, como herramientas de control y fiscalización de la prestación personal laboral lleva implícita también la necesaria reflexión sobre sus límites legales, pero también éticos: por ejemplo, ¿hasta qué punto es válido (legalmente) y ético invadir la privacidad de los trabajadores?, o ¿cuál es (o debería ser) la implicancia legal y ética en el

mundo laboral de las decisiones u opiniones que las personas expresen en el mundo virtual?

Por último, otro aspecto que plantea cuestiones éticas sobre las cuales reflexionar, aunque no esté tan en boga como la IA, es el de la Responsabilidad Social Empresarial – RSE. Ciertamente, como lo recuerdan Belmont y Hessling (2024), a partir de la etapa de flexibilización del capital durante los ochenta y noventa, se reeditó el discurso sobre desarrollo a partir de dos nociones: sostenibilidad y capital humano, los que tuvieron una importante injerencia en la posterior configuración de las políticas de RSE. En otras palabras, el concepto de RSE pretendería sofisticar el vínculo entre empresa, estado y sociedad a partir de una ética empresarial asociada a la sostenibilidad y al capital humano.

Así, señalan los autores, *“ambas nociones permitieron incorporar una cierta ética empresarial que considera válida la lógica de maximización de ganancias dentro de un mundo cada vez más globalizado y neoliberal. Ética que termina dando lugar a la RSE en forma de políticas empresariales con fines predominantemente sociales”* (Belmont y Hessling, 2024:2).

Ahora bien, respecto a los que he denominado “viejos retos éticos” aún presentes en la actualidad, el profesor Oscar Ermida advertía ya que estamos viviendo en un mundo de relaciones laborales inestables y precarias, en el que la individualización, la insolidaridad y la exclusión son la regla; pero, lo más alarmante es que *“este bajo contenido ético de la precariedad laboral y de la individualización de las relaciones laborales lleva a su vez al cuestionamiento o negación de la justicia social y de la protección del más débil, bases fundamentales, tanto de la desmercantilización del trabajo como del Derecho Laboral y de la Seguridad Social, instrumentos, a su vez centrales, del Estado Social de Derecho”* (Ermida, 2005:230).

Por su parte, y siguiendo la misma línea de reflexión, Antonio Ojeda (2009) efectúa un análisis detallado de diversos sistemas o modelos de relaciones laborales y de lo que denomina la “ética del trabajo” que los sustenta u orienta; entendiendo por ella el imperativo categórico o modelo de comportamiento seguido en las relaciones laborales por un grupo de países determinados. Dentro de estos diversos modelos que analiza y detalla, me interesa traer a colación aquí el denominado “modelo tántalo”.

Según el profesor español, dicho modelo corresponde a las peyorativamente llamadas “repúblicas bananeras”, que se caracterizan por sociedades invertebradas con gobiernos distanciados de la ciudadanía y dispuestos a agradar al poder económico internacional, y la presencia de unas empresas multinacionales favorables a invertir en el país a condición de disfrutar de un estatus laboral privilegiado.

Lo realmente alarmante de este modelo es que, como afirma Ojeda (2009), la legitimación ética utilizada es de tipo “patriótico” y tiene dos componentes: (i) la doctrina de la “salvación nacional” y el “sacrificio necesario”, según la cual los gobiernos de países empobrecidos claman por atraer inversores extranjeros para poner en marcha una economía pujante, y para ello es necesario el sacrificio de los trabajadores, para mejorar el nivel de vida del conjunto; y, (ii) la teoría de que la empresa tiene como misión crear empleo aunque sea a costa de los derechos fundamentales de los trabajadores.

De este modo, el “viejo” conflicto ético de la cuestión social se hace nuevamente evidente: *“enfrentada a la alternativa entre dos graves males, ya el desempleo masivo, ya la negación de derechos, la opinión pública local se vence hacia privilegiar lo que parece menos grave, el empleo precario incluso como working poors, como trabajadores con ingresos por debajo del nivel de pobreza, y extiende incómoda un tupido velo sobre los incumplimientos de derechos fundamentales y humanos, si con ello el grueso de la población queda empleada”* (Ojeda, 2009:31).

Para concluir, Alfredo Villavicencio (2009) ratifica que, como individuos y como colectivo, enfrentamos un problema ético de máxima relevancia cuando modelos económicos y productivos como el descrito previamente son fomentados y aplaudidos desde el Estado y desde ciertos sectores de la sociedad; en la medida en que ello contrasta y se opone claramente con la razón de ser y los principios éticos del Derecho del Trabajo.

En suma, sobre la base de los argumentos que he expuesto en el presente apartado, me es posible concluir que -efectivamente- la reflexión ética es crucial para que -a nivel individual y social- aspiremos a que el mundo del trabajo actual comparta un mínimo de valores que sean garantizados a través de principios rectores y normas jurídicas positivas.

Esta crucial importancia es incluso mayor cuando, sea porque la hemos relegado como sociedad o porque prima una escisión entre la moral y del ejercicio

del derecho, resulta evidente que la ausencia de una reflexión ética en nuestro análisis jurídico y político supone un potencial peligro frente a los dilemas éticos que toca enfrentar en las relaciones de trabajo actuales, tales como el riesgo de sesgo de la IA, el potencial desempleo masivo que esta pueda generar, los límites difusos entre el mundo real y el virtual, y, en general, los modelos económicos y políticos que mercantilizan el trabajo y generan empleos precarios en desmedro de los derechos fundamentales laborales.

V. REFLEXIONES FINALES

La tesis postpositivista o neoconstitucionalista que propone un nuevo paradigma jurídico que supere el positivista ha desarrollado categorías conceptuales que enfatizan la dimensión ética, moral y sustantiva de los Estados Constitucionales de Derecho. Dentro de esas categorías conceptuales se encuentran los principios del derecho.

Desde el nuevo paradigma jurídico postpositivista, el vínculo entre la ética -entendida como reflexión y fundamento filosófico sobre el concepto del bien y del mal y de los valores- y el derecho es indisoluble, en tanto la primera constituye el fundamento y parámetro de validez del segundo.

Dicho fundamento ético se basa en la existencia de un conjunto mínimo de valores aceptados por todos y que el derecho garantiza, y que le permite emitir juicios de valor para calificar las acciones y conductas humanas en términos de justificadas o no. Estos valores, admitidos como válidos con carácter general para un sistema jurídico que se reconoce como Estado Constitucional de Derecho, son los siguientes para el ámbito del trabajo: la dignidad libre de la persona que trabaja y la igualdad material y de oportunidades que permita alcanzar la justicia social.

En ese sentido, los Principios del Derecho del Trabajo constituyen proposiciones o reglas que, inspiradas en aquel conjunto mínimo de valores, establecen pautas de acción para resolver las distintas controversias jurídicas que se presentan en la creación, aplicación y juicio de las normas jurídicas en la realidad; determinando con ello los parámetros de validez para calificar como justificadas o no las acciones y comportamientos humanos en el mundo del trabajo.

Por último, esos juicios de valor sobre las acciones y comportamientos humanos en el mundo del trabajo se deben traducir en normas jurídicas positivas, las que, a su vez, demandarán una adecuada ponderación que busque legitimar la eficacia y validez del Derecho del Trabajo en su aplicación material a la realidad.

Esta vinculación conceptual debería conducir -al menos teóricamente- a un sistema en el que la mayor reflexión ética sobre los valores que como sociedad convenimos alcanzar y respetar nos conduzca al diseño y elaboración de mejores principios, y estos, a su vez, garanticen la producción, aplicación y ponderación de mejores normas jurídicas que regulen las relaciones jurídicas laborales.

Finalmente, y no por ello menos relevante, se advierte que pese a lo crucial que resulta la reflexión ética, es evidente su ausencia en los planos individual y social de la vida política en nuestro país y del ejercicio profesional también. Esto supone un potencial peligro frente a los grandes dilemas éticos que toca enfrentar en las relaciones de trabajo del mundo actual.

BIBLIOGRAFÍA

124

Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Traducción Julio Palli Blondet. Madrid: Editorial Gredos, 1985.

Atienza, M. (2015). Sobre la ética de los abogados. En: La Mirada de Peitho, 30 de enero de 2015. Recuperado de: https://lamiradadepeitho.blogspot.com/2015/01/Sobre-La-Etica-De-Los-Abogados_84.html

Barbagelata, H.H. (2008). Los principios de Derecho del Trabajo de segunda generación. En: IUSLabor N° 1/2008, pp. 1-18.

Belmont, M.A. y Hessling, F.D. (2024). Ética de las corporaciones: entre capital humano y sustentabilidad. En: Cuadernos Latinoamericanos de Administración. Volumen XX, Número 38, Ene - Jun. 2024, pp.1-15.

Boza, G. (2019). Autonomía de la voluntad y disposición de derechos en el ámbito laboral: el principio de irrenunciabilidad de derechos. En: CICAJ/PUCP.

Bustamante, R. (2009). La edificación de la moral relevante para la política y el derecho: los aportes de las éticas deontológicas y las éticas comunicativas de raíz kantiana. *Derecho PUCP* N° 62. 167-189.

- Chávez-Fernández, J. (2025). La tesis de la conexión intrínseca entre derecho y moral: sus consecuencias para la ética profesional del abogado. En: Derecho PUCP, N° 94, 2025, Junio-Noviembre. pp. 85-106.
- Comisión Europea. (2020). Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza. Bruselas, COM (2020) 65 final.
- Dargent, E. (2025). Caviar. Del pituco de izquierda al multiverso progre. 1ra edición. Lima: Debate, 157p.
- Elgueta, J. B. (2010). Derecho Laboral y Proteccionismo. En: Pro Jure Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, No. 5. Recuperado de: [Https://Www.Projurepucv.Cl/Index.Php/Rderecho/Article/View/73](https://Www.Projurepucv.Cl/Index.Php/Rderecho/Article/View/73)
- Ermida, O. (2005). Ética y Derecho del Trabajo. En: Ius et Veritas N° 30. pp. 228-246.
- Ferrajoli, L. (1999). Derechos y garantías: La ley del más débil. Madrid: Trotta.
- Foucault, M. (2010). El coraje de la Verdad: el gobierno de sí y de los otros. Curso en el College de France (1983-1984). Buenos Aires: 1ra edición, Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (2000). ¿Qué es la justicia? Ediciones Elaleph.com.
- Morales, F. (2013). Un análisis argumentativo de las concepciones metaéticas en las teorías de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza. En: Cuaderno de Trabajo del CICAJ N° 1.
- Neves, J. (2012). Introducción al Derecho del Trabajo. 2da edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ojeda, A. (2019). La ética del trabajo como elemento de productividad laboral. En: El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. (pp. 13 - 38). Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa.
- Peces-Barba, G. (2009). Las bases éticas, políticas y jurídicas del orden mundial futuro. En: Derecho PUCP N° 63. pp. 21-36.
- Pérez-Luño, A. (2005). Dimensiones de la igualdad. Madrid: Dykinson.

Platón. La República. Traducción de Antonio Camarero. Buenos Aires: Editorial Eudeba, 1963.

Quiñones, S. (2019). Género y trabajo: la búsqueda de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales. 1ra edición. Fondo Editorial de la PUCP.

Quiñones, S. (2024). Retos y posibilidades de la inteligencia artificial para el mundo del trabajo. En: Soluciones Laborales, N° 203, Noviembre 2024, pp. 39-53.

Richart, A. (2016). El origen evolutivo de la agencia moral y sus implicaciones para la ética. En: Pensamiento, Vol. 72 (2016), Núm. 273, pp. 849-864.

Rodríguez-Piñero, M. (1979). El principio de igualdad y las relaciones laborales. En: Revista de Política Social, número 148, octubre/diciembre.

Tubino, F. (2017). Justicia tridimensional y desarrollo humano. En: Ética, Agencia y Desarrollo Humano. Editores: Ismael Muñoz, Marcial Blondet y Gonzalo Gamio. Lima: 1ra edición, Fondo Editorial de la PUCP y Tarea Asociación Gráfica Educativa. 353p.

126

UNESCO (2022). Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial. Recuperado de: <https://www.unesco.org/es/articles/recomendacion-sobre-la-etica-de-la-inteligencia-artificial>

Villavicencio, A. (2019). El cuerpo y el alma del derecho del trabajo en un contexto donde la ética y la política reclaman su lugar. En: El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. (pp. 39 - 61). Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa.

Un principio sin norma: reflexiones sobre el carácter protector del proceso laboral chileno

A principle without a rule: reflections on the protective nature of the chilean labor process

DIEGO MATÍAS VALDÉS QUINTEROS*

Correo electrónico: dvaldes@ucm.cl
<https://orcid.org/0009-0009-1076-6345>

RESUMEN: El presente artículo examina críticamente la proyección procesal del principio protector a partir de su uso e invocación por parte de la Excma. Corte Suprema de Chile. El análisis de la jurisprudencia reciente revela que, aunque el máximo tribunal recurre de manera reiterada a este principio en el plano procesal, lo hace sin ofrecer una fundamentación normativa sólida que sustente su vigencia ni explique su compatibilidad con las garantías de igualdad de armas e imparcialidad judicial. Esta falta de justificación no obedece a una mera omisión argumentativa, sino que responde a la ausencia de disposiciones en el ordenamiento procesal laboral —regulado principalmente en el Libro V del Código del Trabajo— que instauren privilegios unidireccionales a favor del trabajador, configurándose así un sistema equilibrado. La invocación judicial del principio se apoya mayoritariamente en afirmaciones generales o en argumentos de autoridad, sin el desarrollo sistemático que exige la construcción de principios implícitos. Se concluye que el principio protector tiene un impacto normativo residual en el proceso laboral chileno y que su utilización, sin un sustento normativo claro, puede generar tensiones con el debido proceso.

ABSTRACT: This article critically examines the procedural projection of the protective principle based on its use and invocation by the Supreme Court of Chile. An analysis of recent case law reveals that, although the highest court repeatedly invokes this principle in procedural matters, it does so without offering a solid legal basis to support its validity or explain its compatibility with the guarantees of equality of arms and judicial impartiality. This lack of justification is not due to a mere omission of argumentation, but rather to the absence of provisions in labor procedural law—regulated mainly in Book V of the Labor Code—that establish unilateral privileges in favor of the worker, thus creating a balanced system. The judicial invocation of the principle is based mainly on general statements or arguments from authority, without the systematic development required for the construction of implicit principles. It is concluded that the protective principle has a residual normative impact on the Chilean labor process and that its use, without a clear normative basis, can generate tensions with due process.

* Abogado. Magíster en Derecho. Universidad de Talca. Candidato a Doctor en Derecho por la misma casa de estudios. Profesor auxiliar de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Económicas de la Universidad Católica del Maule, Chile.

PALABRAS CLAVES: principio protector; proceso laboral; in dubio pro operario; tutela judicial efectiva; Corte Suprema de Chile.

KEYWORDS: protective principle; labor proceedings; in dubio pro operario; effective judicial protection; Supreme Court of Chile.

Recibido: 18/08/2025

Aceptado: 30/09/2025

Publicado en línea: 03/11/2025

SUMARIO: I. Introducción. II. La construcción de los principios implícitos: su justificación normativa. III. El principio protector y el proceso laboral en Chile: su carácter implícito. IV. La Corte Suprema y el principio protector. V. La ausencia de sustento normativo como causa de la dificultad argumentativa. 1. La vigencia del principio dispositivo. 2. El principio protector y la desigualdad compensatoria. 3. De la compensación ante obstáculos económicos. 4. De la compensación ante obstáculos probatorios. 5. Como corolario. VI. Conclusiones.



I. INTRODUCCIÓN

Referirse a los principios jurídicos es una tarea ardua y desafiante, sin embargo, y a pesar de las controversias doctrinales sobre su origen y naturaleza, la importancia actual de los principios jurídicos en el ámbito del Derecho se presenta con una fuerza y claridad innegable (Plá, 1998, p. 6; Dworkin, 1989, p. 80). Su influencia trasciende las discusiones teóricas para manifestarse de manera concreta en todas las facetas del fenómeno jurídico (Gamonal, 2024, p. 32), desde su creación normativa hasta su aplicación práctica en los casos concretos. En dicho sentido, el estudio de los principios del derecho es de gran trascendencia, pues abarca los diversos aspectos del fenómeno jurídico.

Ahora bien, en el caso chileno, el principio protector carece de un reconocimiento explícito en el plano procesal, careciendo además de normas respecto de las cuales se pueda desprender una presencia inequívoca de dicho principio o, que establezcan una íntima conexión de instrumentalidad entre el procedimiento laboral y su rama sustantiva. De ahí que la defensa del principio protector en el plano procesal chileno deba articularse como un principio implícito. Dicha defensa ha sido especialmente emprendida por la Excm. Corte Suprema, dando aplicación al principio protector en su manifestación hermenéutica a

través de la regla *in dubio pro operario*, existiendo escasos pronunciamientos de la doctrina laboralista nacional. No obstante, se ha identificado una ausencia de justificación o fundamento en el proceder del máximo tribunal, existiendo una dificultad para encontrar un sustento normativo del principio protector en el procedimiento laboral chileno.

Por lo anterior, el objetivo principal de este trabajo es analizar críticamente el uso e invocación que la Excma. Corte Suprema de Chile ha hecho del principio protector en el ámbito del proceso laboral, identificando cómo la dificultad para justificar normativamente su vigencia se vincula con la ausencia de un anclaje normativo claro en el ordenamiento procesal. De manera específica, el estudio se propone: 1) Determinar el marco conceptual aplicable a los principios jurídicos implícitos, con especial atención al principio protector; 2) Analizar la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema en que se ha invocado este principio en materia procesal, evaluando la solidez y el sustento normativo de su fundamentación; 3) Examinar el procedimiento laboral de aplicación general contenido en el Libro V del Código del Trabajo chileno, evaluando, a la luz de sus principios expuestos, si incorpora elementos propios de la formulación clásica del principio protector; y 4) Reflexionar sobre la relación entre esta dificultad argumentativa y la estructura del procedimiento laboral chileno, considerando su vinculación con las garantías de tutela judicial efectiva e imparcialidad judicial.

Con vista a dichos objetivos, la investigación adopta un enfoque jurídico-doctrinal y jurisprudencial. En primer lugar, se desarrolla un marco conceptual que delimita la noción de principios jurídicos implícitos y sus exigencias de justificación normativa, aplicándolo al principio protector. En segundo término, se realiza un análisis cualitativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema dictada entre el 1 de enero de 2024 y el 1 de junio de 2025, identificando y evaluando las decisiones en que se ha invocado este principio en materia procesal, con especial atención a los argumentos esgrimidos y su coherencia con el ordenamiento jurídico vigente. Posteriormente, se examina el marco normativo del procedimiento laboral de aplicación general chileno, regulado el Libro V del Código del Trabajo, evaluando sus principios expuestos y buscando, además, identificar el principio protector como uno implícito a través de las manifestaciones normativas que tradicionalmente la doctrina ha atribuido a dicha directriz. Finalmente, se reflexiona sobre la relación entre la dificultad argumentativa detectada y la estructura normativa del procedimiento laboral

chileno, considerando su vinculación con las garantías de tutela judicial efectiva e imparcialidad judicial, a fin de evaluar la viabilidad de proyectar el principio protector en el plano procesal sin tensionar dichas garantías.

II. LA CONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS: SU JUSTIFICACIÓN NORMATIVA

Los principios cumplen una función estructurante en el Derecho (Plá, 1998, p. 6; Dworkin, 1989, p. 80), y su reconocimiento puede adoptar dos formas: explícita o implícita (Guastini, 2014, p. 195)¹. Esta distinción no es meramente nominal, sino que determina el modo en que se identifica su existencia y se establece su carácter esencial o trascendental dentro del ordenamiento jurídico. En el caso de los principios explícitos, su fundamento se encuentra formulado de manera directa en una norma jurídica. Cuando dicha norma posee un rango superior, como ocurre con la Constitución², resulta razonable reconocer al principio el mismo carácter fundamental que la fuente que lo consagra. De este modo, su fuerza normativa y trascendencia quedan garantizadas por la autoridad y jerarquía de la norma que le da origen (Prieto, 1992, p. 21). Lo mismo puede afirmarse respecto de los principios consagrados en normas de rango legal, con la salvedad de que estos se subordinan jerárquicamente a los principios de origen constitucional.

En cambio, los principios implícitos plantean un desafío interpretativo mayor. Su existencia no deriva de una formulación expresa, sino de un proceso hermenéutico que requiere reconstruir, a partir del análisis normativo y sistemático, las ideas, valores o finalidades que subyacen a un determinado sector del ordenamiento. Este reconocimiento, por no estar amparado en un enunciado literal, demanda una argumentación particularmente rigurosa, que evite que el

1 “*Tales principios se nos presentan como verdaderos valores normativos que inspiran el conjunto del ordenamiento jurídico, aun cuando no se encuentren exteriorizados conforme al modo de ser habitual de las normas*”. (Alcalde, 2003, p. 153). “*Los principios implícitos son aquellas reglas o criterios considerados como premisas o consecuencias de disposiciones normativas*”. (De Asís, 1995, p. 69).

2 En este sentido destaca Prieto que los actuales principios constitucionales, a diferencia de los viejos principios generales del Derecho, son o suelen ser normas explícitas. (Prieto, 1996, p. 130). Aunque refiriéndose a los principios generales del derecho, se ha señalado que, parece ser razonable buscar los principios generales del derecho en la Constitución, por su carácter de norma fundamental y fundadora; contenedora de la conciencia social; además de su rol directivo e informador del ordenamiento jurídico. (Arce, 1990, pp. 94-95).

principio se reduzca a una simple conjetura o hipótesis sin respaldo suficiente. Según lo señalado, los principios implícitos no se encuentran expresamente formulados, sino que se derivan o se inferen del sistema normativo vigente (López, 2013, pp. 41-42 y 51³).

El reconocimiento de un principio implícito exige un proceso interpretativo particularmente riguroso. En una primera etapa, es necesario identificar las ideas, valores o finalidades que subyacen a la normativa vigente⁴, es decir, aquello que otorga sentido a su estructura, función y orientación. En una segunda fase, corresponde delimitar el contenido normativo atribuible a esa idea (Zagrebelsky, 2011, p.112; Arce, 1990, p. 83), de forma que su formulación como principio no se reduzca a una declaración retórica, sino que se proyecte en consecuencias jurídicas concretas orientadas al cumplimiento de su finalidad. Finalmente, es preciso calificar esta construcción, como esencial o trascendente⁵, determinando si la idea identificada desempeña una función estructurante en el ordenamiento jurídico en general, en una rama específica del Derecho o en el núcleo de una institución jurídica determinada.

Este triple examen —detección, delimitación y calificación— constituye la línea divisoria entre una mera directriz interpretativa y un auténtico principio jurídico, y pone de relieve la exigencia de una argumentación sólida cuando se afirma la existencia de un principio implícito.

En este trabajo, y en atención a su objeto y extensión, el análisis se centrará exclusivamente en la primera de estas etapas: la identificación de las ideas, valores o finalidades que podrían sustentar el principio protector en el procedimiento laboral de aplicación general contenido en el Libro V del Código del Trabajo chileno, refundido, coordinado y sistematizado el año 2003 (Decreto con Fuerza

3 En esta línea, López (2013, p. 56) subraya que la construcción realizada por la Corte Suprema en torno a los principios implícitos en el Derecho del trabajo, no surge de postulados meramente doctrinarios o ideológicos, sino que encuentra su fundamento en normas positivas expresamente contenidas en el Código del Trabajo. El propio fallo comentado por el autor deja en claro que dichos principios emanan de disposiciones legales concretas, citando diversos preceptos y analizando instituciones específicas como punto de partida para un razonamiento sistemático y dogmático que culmina en la formulación de principios laborales implícitos.

4 Como se ha señalado, “*en toda reconstrucción o sistematización del ordenamiento jurídico hay presupuestos axiológicos comprometidos*”. (Gamonal, 2024, p. 69). En sentido similar se ha dicho que “*todo ordenamiento jurídico es la manifestación de criterios de valor*”. (Díaz, 1971, p. 80).

5 “*El carácter fundamental de una norma depende evidentemente de un juicio de valor de los intérpretes*” (Guastini, 2014, p. 191; Prieto, 1992, p. 143).

de Ley N° 1 [DFL N° 1], 2003), destinado a la resolución de conflictos jurídicos derivados de las relaciones individuales de trabajo. La razón de dicha elección, es que el procedimiento de aplicación general es el que fija los principios y reglas del proceso laboral chileno (artículo 425) que también rigen a los procedimientos laborales especiales. Esta delimitación inicial permitirá evaluar si existen bases normativas que justifiquen su reconocimiento en el plano procesal, cuestión que resulta esencial para valorar la solidez de la construcción que sobre este principio ha realizado la Excma. Corte Suprema.

En suma, la diferenciación entre principios explícitos e implícitos permite comprender cómo algunos de ellos aparecen formulados en el texto normativo, mientras que otros se construyen a partir de la labor interpretativa y dogmática. No obstante, este deslinde no agota la discusión, pues resta considerar qué ocurre cuando un principio se positiviza y se expresa en normas específicas.

La doctrina no es pacífica en esta materia. Como advierte Plá (1998, p. 34), *“la consagración en virtud de la ley cristaliza y, por eso mismo, congela la función que estos principios pueden tener”*, destacando el riesgo de que la positivización limite la vitalidad y dinamismo propios de los principios jurídicos. En una línea semejante, Vázquez (1982, p. 137) comparte la prevención respecto de la eventual reducción del principio a una regla rígida, lo que supondría una pérdida de su función orientadora en el ordenamiento.

Frente a esta postura, Martín (2003, p. 51) se distancia al sostener que la positivización no necesariamente paraliza el desarrollo del principio ni reduce su irradiación normativa. Antes bien, su incorporación expresa en normas puede contribuir a precisar su contenido y fortalecer su operatividad en la práctica jurídica, evitando que quede en el terreno de la mera retórica.

En este trabajo me sitúo más próximo a esta última visión. La positivización no priva a un axioma de su carácter de principio, sino que facilita su reconocimiento institucional y delimita su contenido, reduciendo los problemas de seguridad jurídica que conlleva su invocación como criterio implícito. De este modo, la incorporación de principios en disposiciones expresas debe entenderse no como un obstáculo, sino como una garantía de certeza y coherencia en su aplicación⁶.

6 Ahora bien, conviene precisar que esta afirmación general no implica adherir al reconocimiento

Por último, en el ordenamiento chileno, la vigencia de los principios como fuente del derecho del trabajo no admite dudas. La normativa laboral reconoce expresamente que los jueces pueden fundar sus decisiones en principios (Cód. Trab., art. 459 N° 5), lo que supone dos consecuencias relevantes: en primer lugar, la afirmación de su existencia efectiva en el sistema de fuentes, descartando que se trate de simples construcciones doctrinarias o fórmulas retóricas; en segundo término, el reconocimiento de su función normativa, en cuanto habilitan la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones con la misma eficacia práctica que las normas escritas (López, 2013, pp. 34–35; Lanata, 2010, pp. 46–47).

III. EL PRINCIPIO PROTECTOR Y EL PROCESO LABORAL EN CHILE: SU CARÁCTER IMPLÍCITO

La doctrina laboral mayoritaria sostiene que las desigualdades presentes en la relación laboral sustantiva se proyectan también en el plano procesal (Vidal, 2025, p. 17; Pérez, 2010, pp. 16-17; Pasco, 1994, p. 153). Esta constatación justificaría la necesidad de dotar a la jurisdicción laboral de una estructura orgánica y de procedimientos diseñados para resolver los conflictos de trabajo⁷ considerando el carácter protector que inspira a la rama sustantiva y, por ende, la influencia del principio protector (Macchiavello, 1997, p. 22; Montoya, 1999, pp. 741 y 743; Pierry, 2020, p. 9; Bonett, 2024, p. 55; Orsini, 2010, p. 499; Pérez, 2010, p. 10).

En el caso chileno, el legislador optó por crear una judicatura especializada en materias laborales y de seguridad social⁸, y por establecer procedimientos diferenciados de los contemplados en el Código de Procedimiento Civil, a los que la doctrina laboralista ha atribuido principios propios (Gamonal y Guidi, 2006, p. 60; Macchiavello, 1997, p. 4. En el derecho extranjero: Rodríguez-

del principio protector como principio procesal. Tal cuestión excede el objeto de este trabajo, cuyo propósito es, más modestamente, evaluar la proyección procesal que la jurisprudencia ha pretendido atribuirle, sin que exista un anclaje normativo claro que justifique su vigencia.

7 Véase Montero et al., 2005, pp. 312-313.

8 Especialización que debe ser matizada pues en realidad no llegaría al 25% de los tribunales. (Palomo et al., 2023, p. 137). Ello en concordancia con el art. 45 letra H del Código Orgánico de Tribunales. En el mismo sentido: Ciudad, 2010, p. 302. A ello debemos agregar la falta de especialización a nivel de tribunales superiores. (Díaz et al., 2019, p. 188).

Piñero, 2002, pp. 76-77; Baylos y Trillo, 2019, p. 28; Mosquera y Mosquera, 2019, pp. 112-113; Obando, 2019, pp. 5 y 81)⁹.

Para enmarcar el debate sobre el llamado principio protector en sede procesal, conviene recordar el itinerario que condujo al régimen vigente. En el año 2000 se constituyó el Foro para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional, que culminó en las Bases Fundamentales para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional (2001). Buena parte de esas Bases se plasmó luego en el diseño orgánico y funcional de la justicia del trabajo: en el plano procedimental, la oralidad, inmediación, concentración y celeridad y se impusieron como reglas técnicas rectoras. Este insumo nutrió las sucesivas Leyes N° 20.022, 20.023, 20.087 y 20.260, que conforman hoy el sistema chileno de justicia laboral. En lo orgánico, la Ley N° 20.022 creó los Juzgados de Letras del Trabajo y los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional; en la ejecución, la Ley N° 20.023 rediseñó el sistema, introdujo nuevos títulos ejecutivos laborales y reforzó la oficialidad, además de descartar el abandono del procedimiento. En lo adjetivo, la Ley N° 20.087 sustituyó el procedimiento laboral. Finalmente, la Ley N° 20.260 ajustó aspectos claves del sistema recursivo, eliminando la apelación de la sentencia definitiva y estableciendo en su reemplazo los recursos de nulidad y de unificación de jurisprudencia.

Sobre esta base se asienta el procedimiento de aplicación general que hoy regula el Libro V del Código del Trabajo, destinado a resolver conflictos individuales derivados de relaciones laborales. Su estructura es trifásica: (i) una fase de discusión escrita (Cód. Trab., art. 446 y 452), en la que se presentan la demanda y su contestación; (ii) la audiencia preparatoria (Cód. Trab., art. 453), orientada a depurar el proceso, resolver excepciones, intentar la conciliación, fijar los hechos controvertidos y admitir o excluir prueba; y (iii) la audiencia de juicio (Cód. Trab., arts. 454 y 459), de carácter oral y concentrada, destinada a la rendición de la prueba, observaciones y alegaciones, con sentencia dictada inmediatamente o dentro de quince días (Cód. Trab., art. 457). Este diseño procesal se rige, además, por los principios expresamente consagrados en el art. 425 del mismo cuerpo legal, entre los que destacan la oralidad, publicidad, in-

9 En sentido similar señalaba Couture (1998), *“Un nuevo derecho procesal, extraño a todos los principios tradicionales, sin exceptuar uno solo de ellos, ha debido surgir para restablecer, mediante una nueva desigualdad, la igualdad perdida por la distinta condición que tienen en el orden económico de la vida”*. (p. 288).

mediación, concentración, celeridad, gratuidad e impulso procesal de oficio. En coherencia con ello, el juez dispone de facultades amplias para ordenar prueba de oficio y evitar dilaciones (Cód. Trab., art. 429), sin perjuicio de que la marcha del proceso permanece informada por el principio dispositivo (el tribunal no puede iniciar el procedimiento ni alterar el objeto fijado por la demanda y su contestación). La prueba se valora conforme a la sana crítica, y la sentencia debe ofrecer un análisis razonado de hechos, prueba y derecho aplicable (Cód. Trab., arts. 456, 458 y 459).

Este recordatorio no es menor para el punto que nos ocupa: el principio protector no integra el elenco de principios procesales expresamente consagrados por el legislador. Su invocación en el plano adjetivo —cuando se produce— no proviene del texto legal, sino de construcciones doctrinales y, sobre todo, de ciertos desarrollos jurisprudenciales.

En este sentido, así como el Derecho civil y el Derecho laboral se rigen por principios diferenciados (Irureta, 2021, p. 32) —aunque puedan compartir ciertos elementos—, lo mismo ocurre entre el proceso civil tradicional y el proceso laboral, pues cada uno se proyecta sobre conflictos de naturaleza distinta. Desde esta perspectiva, la constatación de que las desigualdades presentes en la relación sustantiva también se reproducen en la relación procesal ha llevado a la doctrina a sostener la necesidad de introducir mecanismos procesales que compensen esas asimetrías¹⁰. A este planteamiento se le ha denominado “desigualdad compensatoria” (Couture, 1998, pp. 275-276; Bonett, 2024, p. 55)¹¹.

De acuerdo con la doctrina, este principio podría justificar, entre otras medidas, la aplicación de la regla *in dubio pro operario* en la valoración de la prueba, la posibilidad de dictar fallos *ultra o extra petita*, la inversión o redistribución de la carga probatoria y, en algunos ordenamientos, la existencia de un grado obligatorio de consulta como mecanismo de revisión (Meza, 2017, p. 213;

10 Postura contraria sostiene Montero (1982), p. 35.

11 La propia historia fidedigna de nuestro actual procedimiento laboral da cuenta de ello dentro de sus objetivos “7. *Potenciar el carácter diferenciado del procedimiento laboral. El proceso laboral busca materializar en el ámbito jurisdiccional las particularidades propias del derecho del trabajo, en especial su carácter protector y compensador de las posiciones disímiles de los contratantes. De ahí, la necesidad de contar con un sistema procesal diferenciado claramente del sistema procesal civil, cuyos objetivos son no sólo diversos sino en muchas ocasiones antagónicos*”. Historia de la Ley N° 20.087, p. 6.

Obando, 2019, pp. 69 y ss.). Su alcance, sin embargo, no se limitaría al diseño normativo del proceso, sino que se extendería a la propia actuación del juez (Rodríguez-Piñero, 1969, p. 78; Pérez, 2010, p. 29), en que el proceso laboral exigiría un juez imparcial pero no neutral (Aparicio y Rentero, 1998, p. 59).

Bajo esta lógica, se ha propuesto que la iniciación de oficio del procedimiento constituye una de las manifestaciones más claras de esta desigualdad compensatoria (Pérez, 2010, p. 12), del mismo modo que se ha sostenido respecto de la gratuidad procesal (Pérez, 2010, p. 23). Incluso, al igual que en el plano sustantivo, se le atribuiría un efecto hermenéutico, identificándose con la regla del *in dubio pro operario*, función que tradicionalmente se ha reconocido a los principios.

En conjunto, estas manifestaciones reflejarían el carácter informador que el principio protector podría desempeñar en el proceso laboral, orientado a remover o atenuar las barreras que enfrenta el trabajador en la relación procesal.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico chileno no existe un reconocimiento expreso del principio protector en el ámbito procesal. Como se señaló, el artículo 425 del Código del Trabajo se limita a consagrar los principios de intermediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad, sin incluir mención alguna a una directriz de carácter protector. De ello se desprende que, para sostener su vigencia en el plano procesal, sería necesario articularlo como un principio implícito, identificando las normas que, por su contenido o finalidad, podrían reflejar un rol informador del principio protector y, en consecuencia, servir de fundamento para su reconocimiento jurídico.

Esta tarea, sin embargo, no ha sido abordada por la doctrina laboralista nacional¹², sino principalmente por la Excma. Corte Suprema, que en distintas decisiones ha invocado el principio protector como parte del razonamiento procesal. Como se mostrará a lo largo de este estudio, dicha labor jurisprudencial enfrenta una dificultad central: la ausencia de un soporte normativo claro que permita configurar al principio protector como elemento estructurante del pro-

12 Salvo Gamonal (2016). No obstante existir voces críticas de dicha defensa o extensión sin una adecuada regulación. (Fuenzalida, 2019; Ruay, 2024; Valdés, 2025).

cedimiento laboral chileno. Precisamente, el análisis de esta dificultad constituye el objetivo principal del presente artículo.

Para lograr dicho objetivo, se examinaron las sentencias dictadas entre el 1 de enero de 2024 y el 1 de junio de 2025 por la Excma. Corte Suprema, disponibles en la base jurisprudencial del Poder Judicial de Chile, que —al conocer recursos de unificación de jurisprudencia o de queja— hayan invocado el principio protector en relación con normas procesales.

IV. LA CORTE SUPREMA Y EL PRINCIPIO PROTECTOR

Como se señaló anteriormente, la afirmación de un principio implícito en el proceso laboral exige un examen metodológico en tres etapas: detección, delimitación y calificación. En el caso del principio protector, este itinerario interpretativo requiere, en primer lugar, un análisis sistemático de la normativa procesal laboral orientado a identificar las ideas, valores o finalidades que subyacen a su diseño y funcionamiento¹³. Ello implica indagar si el procedimiento contiene reglas que, directa o indirectamente, instauren una protección reforzada para el trabajador, tales como mecanismos de compensación procesal, privilegios probatorios, facultades judiciales ampliadas o criterios hermenéuticos unidireccionales.

Conforme la metodología indicada, entre el 1 de enero de 2024 y el 1 de junio de 2025, el principio protector o tutelar fue mencionado en 29¹⁴ fallos, mientras que en 44¹⁵ sentencias se aludió a su dimensión hermenéutica a través de la regla *in dubio pro operario*.

13 Como se ha señalado, “*en toda reconstrucción o sistematización del ordenamiento jurídico hay presupuestos axiológicos comprometidos*”. Gamonal (2024), p. 69. En sentido similar se ha dicho que “*todo ordenamiento jurídico es la manifestación de criterios de valor*” Díaz (1971), p. 80.

14 Del total de veintinueve sentencias analizadas, únicamente en una de ellas (Rol N° 243935-2023) la Corte Suprema utilizó expresamente el principio protector como criterio para resolver una cuestión procesal, concretamente en relación con el artículo 168 del Código del Trabajo, referido al plazo de caducidad para interponer la acción de despido injustificado. En los restantes fallos, la referencia al principio protector tuvo un carácter meramente tangencial: apareció como parte de los argumentos del recurrente o de la parte expositiva del fallo impugnado sin ser retomada en el razonamiento del tribunal superior. En otros casos, su utilización se proyectó sobre aspectos sustantivos del derecho del trabajo, lo que los hace irrelevantes para el objeto específico de este estudio. Este panorama evidencia que, pese a la abundancia de fallos que mencionan el principio, su empleo con auténtica función procesal es excepcional.

15 Dentro de este conjunto, en veinte sentencias la regla *in dubio pro operario* fue empleada

En síntesis, las cuestiones procesales en que el principio protector fue introducido al debate —ya sea por iniciativa de las partes o por consideración del tribunal— se vinculan principalmente con aspectos esenciales del derecho de acceso a la justicia¹⁶. Este se entiende como el derecho de toda persona a someter sus pretensiones al conocimiento de un tribunal imparcial, dentro de un procedimiento que respete plenamente las garantías procesales.

Como señalamos previamente, el primer paso para reconocer un principio implícito consiste en identificar las ideas, valores o finalidades que subyacen a la normativa vigente¹⁷, es decir, aquello que otorga sentido a su estructura, función y orientación. Esta etapa resulta imprescindible en el caso del principio protector en el ámbito procesal, pues no sólo el principio carece de reconocimiento explícito, sino que además la propia regla hermenéutica —*in dubio pro operario*— carece de él. En otras palabras, no es jurídicamente correcto aplicar el principio ni la regla interpretativa sin haber justificado previamente la presencia del principio protector como presupuesto normativo subyacente en el proceso laboral. Esta situación dista diametralmente, por ejemplo, de lo estatuido en el art. 26 n° 3 de la Constitución Política del Perú, que reconoce de manera expresa la regla *in dubio pro operario* como criterio de interpretación en favor del trabajador.

Partiendo de esta premisa, el análisis que sigue se orienta a determinar si, en la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, puede identificarse una

directamente para resolver cuestiones de carácter procesal. En los demás casos, la alusión al principio protector tuvo un alcance meramente tangencial: se limitó a reproducir los argumentos de las partes o a consignarse en la parte expositiva del fallo impugnado, sin ser incorporada en la fundamentación de la Corte Suprema. Finalmente, en otra serie de pronunciamientos su invocación se proyectó sobre materias sustantivas del derecho del trabajo, por lo que carecen de pertinencia para los fines específicos de este estudio.

- 16 Así, se han dictado fallos relativos a: (i) actos necesarios para la interrupción de la prescripción (Corte Suprema, Roles N° 1294-2024, 4699-2024 y 252279-2023); (ii) caducidad de la acción por despido injustificado (Corte Suprema, Roles N° 10638-2024, 12456-2024, 17748-2024, 19340-2024, 19492-2024, 39658-2024, 222843-2023, 243935-2023 y 252338-2023); (iii) posibilidad de perseguir montos inferiores a 15 IMM a través del procedimiento de aplicación general (Corte Suprema, Roles N° 11930-2024 y 18165-2024); (iv) abandono del recurso (Corte Suprema, Rol N° 12187-2024); (v) improcedencia de causal de despido cuando se ha percibido indemnización conforme al art. 163 del Código del Trabajo (Corte Suprema, Roles N° 26007-2023, 119286-2023 y 243804-2023); (vi) renuncia de acciones derivadas de unos mismos hechos por no haberse ejercido conjuntamente con la acción de tutela (Corte Suprema, Rol N° 62281-2023); y (vii) declaración de ineptitud del libelo (Corte Suprema, Rol N° 186003-2023).
- 17 Como se ha señalado, “*en toda reconstrucción o sistematización del ordenamiento jurídico hay presupuestos axiológicos comprometidos*” Gamonal, 2024, p. 69. En sentido similar se ha dicho que “*todo ordenamiento jurídico es la manifestación de criterios de valor*” Díaz, 1971, p. 80.

construcción argumentativa que permita sostener la existencia del principio protector y de su manifestación hermenéutica como elementos integrantes del proceso laboral chileno.

El examen de las sentencias revela que, aunque este órgano ha recurrido de forma recurrente al principio protector en el ámbito procesal, no ha logrado articular una fundamentación normativa sólida que sustente su vigencia en dicho plano. En dicho sentido, no se advierten desarrollos teóricos ni líneas argumentales que configuren una concepción jurisprudencial del proceso como un mecanismo orientado de manera unidireccional a la tutela del trabajador, tal como lo plantea la formulación clásica del principio protector. Lo que sí aparece en algunos fallos son enunciados generales que reiteran la necesidad de interpretar las normas procesales conforme a *“los principios rectores del derecho laboral”* (Rol N.º 243.935-2023), pero sin aportar una explicación que precise en qué consiste dicha conformidad ni cuál sería la fuente normativa que la sustenta. Llama la atención, además, que la Corte ni siquiera refuerce su razonamiento con apoyos doctrinarios, como aquellos que han defendido el carácter tutelar del proceso laboral, lo que habría permitido dotar de mayor densidad a la argumentación. En su lugar, la invocación queda reducida a una fórmula retórica, carente de sustento normativo y de respaldo teórico explícito, lo que confirma la precariedad de la construcción jurisprudencial en este ámbito.

Esta fragilidad argumentativa se evidencia en múltiples pronunciamientos. Así, en la sentencia Rol N.º 1294-2024, la Corte señala:

“Decimoquinto: Que, de esta forma, la conclusión reprobada surge de una comprensión que no respeta el carácter tutelar del Derecho del Trabajo, privando a la demandante de la potestad de reclamar ante la sede jurisdiccional competente los derechos que estima vulnerados, más aún cuando ejerció una de las facultades que le otorga la ley para iniciar un procedimiento”.

En términos similares, en la causa Rol N.º 4699-2024 se afirma:

“Undécimo: Que, en efecto, tratándose de procesos reglados en el Código del ramo, la protección del trabajador constituye uno de sus fines específicos”.

Si bien estas declaraciones invocan la dimensión tutelar del Derecho del Trabajo, no aportan una estructura argumentativa que justifique y haga necesaria su extensión al ámbito procesal.

Lo mismo ocurre en la sentencia Rol N.º 11930-2024, donde, al referirse a la configuración de una falta o abuso grave como causal del recurso de queja, se sostiene:

“También cuando una determinada norma legal se ha interpretado sin considerar los principios que la informan, en concreto el de protección, cuya manifestación concreta es el ‘in dubio pro operario’”¹⁸.

Y más adelante, en el mismo fallo:

“Octavo: Que no debe olvidarse que, en materia laboral, las normas procesales deben ser comprendidas integrando de manera concreta los principios inspiradores que justifican la existencia de tal disciplina”¹⁹.

Sin embargo, en ninguno de estos casos, se desarrolla una interpretación normativa específica que permita derivar la existencia del principio protector; su vigencia se asume como un dato indiscutido. Así, tampoco se justifica la necesidad de interpretar las normas procesales conforme el principio protector.

Algo semejante ocurre en la causa Rol N.º 243.935-2023, en la que, aunque la Corte Suprema declara interpretar una norma procesal conforme al principio protector, su razonamiento se limita a justificar la existencia del principio en el plano sustantivo, omitiendo toda reflexión sobre el carácter tutelar del proceso laboral y sobre la función hermenéutica que dicho principio desempeñaría en este ámbito²⁰.

Lo anterior evidencia que, al invocar el principio protector como fundamento de determinadas decisiones interpretativas en el ámbito del procedimiento laboral, la Corte Suprema parece asumir —sin mayor elaboración— que dicho principio tiene vigencia también en el plano procesal. Sin embargo, esta invocación presenta un problema central: no se ofrece una justificación clara ni coherente del fundamento normativo que permitiría reconocer una tutela especial y unilateral en favor del trabajador dentro del proceso, ni se explica cómo tal tutela podría conciliarse con los principios rectores del proceso, en

18 Un razonamiento en términos semejantes puede advertirse en la sentencia Rol N.º 186.003-2023.

19 Una afirmación en el mismo sentido puede advertirse en las sentencias Roles N.º 18.165-2024 y 19.492-2024, así como en los votos de minoría dictados en las causas Roles N.º 10.638-2024, 12.456-2024, 17.748-2024, 19.340-2024 y 39.658-2024.

20 Un razonamiento análogo puede encontrarse en el fallo Rol N.º 26.007-2023.

particular con la igualdad de armas y la imparcialidad del órgano jurisdiccional (Ruay, 2024, p. 88).

Este vacío argumentativo deja sin respuesta dos cuestiones esenciales. Primero, no se aclara por qué —o a partir de qué disposiciones— el legislador habría instaurado una protección reforzada para el trabajador en el ámbito procesal, trasladando así el principio protector desde su dimensión sustantiva hacia la procesal. Segundo, no se explicita cómo una aplicación unidireccional de este principio podría coexistir sin tensiones con las garantías procesales básicas que exigen un trato equilibrado por parte del juez y una igualdad de oportunidades en la relación procesal.

En efecto, como se ha advertido en prevenciones, extender el principio protector al plano procesal compromete la igualdad de trato que debe observarse entre las partes. Así lo plantea el abogado integrante señor Eduardo Morales Robles, en su prevención en la sentencia Rol N° 1294-2024:

“El supuesto principio pro operario o el carácter tutelar del Derecho del Trabajo no se extiende al procedimiento ni al Derecho Procesal, donde la igualdad en el ejercicio de los derechos es un principio general y aplicable a ambas partes del juicio, sin que una tenga respecto de la otra una ventaja o una presunción que la favorezca y que no dependa de las acciones u omisiones de la contraparte. Una norma procesal no puede interpretarse a priori en favor de una de las partes, sin que tal predicamento se acerque a la parcialidad.

Es por lo anterior que prefiere hablar de igualdad en la tutela judicial efectiva, ya que ésta se aplica objetivamente a ambas partes, sin preferir de antemano a quien supuestamente está en una situación desmejorada frente a la otra”.

La ausencia de una construcción argumentativa sólida en torno al principio protector no constituye un fenómeno aislado en la jurisprudencia nacional. Algo semejante puede advertirse en el plano sustantivo del Derecho del Trabajo. En esta línea, Lizama Castro (2023, pp. 91–92) observa que la Corte Suprema ha reiterado una práctica consistente en invocar y justificar el principio protector —en especial en su dimensión hermenéutica— mediante referencias genéricas o apoyos de autoridad, sin desarrollar un razonamiento sistemático que lo vincule con una interpretación integral del ordenamiento jurídico. En síntesis, el principio es afirmado, pero no explicado; mencionado, pero no justificado normativamente. La Corte no recurre a una interpretación integradora del conjunto de normas procesales que permita reconocer al principio protector como una

idea estructurante emergente del proceso laboral. Por el contrario, lo presenta como una premisa indiscutida, eludiendo el esfuerzo deductivo que requiere todo principio implícito cuando carece de formulación expresa en el texto legal, máxime cuando su vigencia puede colisionar con principios indiscutibles del proceso, como la igualdad de armas e imparcialidad.

V. LA AUSENCIA DE SUSTENTO NORMATIVO COMO CAUSA DE LA DIFICULTAD ARGUMENTATIVA

La forma en que ha sido invocado el principio protector en el proceso laboral revela una dificultad de fondo: no existe un sustento normativo que respalde su vigencia en este ámbito. El problema, por tanto, no radica en una argumentación deficiente o en un simple descuido de fundamentación por parte de la jurisprudencia, sino en la ausencia misma de una base legal que permita reconocerlo como principio procesal. Esta carencia explica la tendencia a recurrir a enunciados genéricos o a argumentos de autoridad, sin que sea posible construir una justificación sistemática de su aplicación. Cabe precisar, además, que la constatación de un déficit argumentativo en la jurisprudencia no se resuelve por el solo hecho de que existan normas que se inspiren en el principio protector. La mera positivización no exime a los tribunales de la carga de desarrollar un razonamiento interpretativo sólido que, descubriendo el principio, explique su alcance y límites.

En efecto, el artículo 425 del Código del Trabajo chileno no incorpora al principio protector entre los principios rectores del procedimiento laboral. Tampoco existe en nuestro ordenamiento una disposición —ni un conjunto articulado de ellas— que imponga al juez la obligación de corregir desigualdades procesales o que establezca expresamente la subordinación de la interpretación de las normas procesales a los principios propios del Derecho del Trabajo. Esta ausencia contrasta con lo que ocurre en otros ordenamientos latinoamericanos, donde sí se prevén reglas de esta naturaleza.

En Perú, por ejemplo, el artículo III de la Ley Procesal del Trabajo dispone que: *“En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes”*. Se trata de un mandato legal expreso que faculta y obliga al juez a adoptar medidas orientadas a compensar las desventajas procesales

del trabajador, en línea con la noción de desigualdad compensatoria derivada del principio tutelar.

Por su parte, el artículo 31 de la Ley de Proceso Laboral de Uruguay establece que: *“Todo lo que no esté previsto en la presente ley se regirá por lo dispuesto en las disposiciones especiales en materia laboral y en el Código General del Proceso en cuanto sea aplicable, se ajuste a lo dispuesto en los artículos 1º y 30 de esta ley y no contradiga los principios del Derecho del Trabajo”*. Esta previsión subordina de manera expresa la aplicación de las normas procesales a los principios del derecho laboral sustantivo, integrando así el plano procesal en la lógica tuitiva propia de la materia.

En contraste, el procedimiento laboral de aplicación general chileno se caracteriza por su diseño equilibrado, en el que las garantías procesales —igualdad de armas, bilateralidad de la audiencia, imparcialidad judicial— prevalecen como ejes rectores. Ello explica por qué muchas de las manifestaciones que la doctrina identifica como exigencias o expresiones del principio protector —tales como la iniciación de oficio del procedimiento, la redistribución legal de la carga de la prueba o la prevalencia hermenéutica del *in dubio pro operario*— no se encuentran previstas en nuestro ordenamiento procesal laboral, cuya regulación responde más bien a las exigencias de la tutela judicial efectiva y del debido proceso que a la lógica unidireccional propia de la formulación clásica del principio protector.

Esta prevención resulta especialmente relevante, pues confirma que no es posible reconocer principios desprovistos de un anclaje normativo. Como señala Prieto (1992, pp. 20–21), la concepción contemporánea de los principios alude a *“una cierta clase de normas que cuenta con algún respaldo institucional”*, destacando así la necesidad de que se encuentren arraigados en fuentes jurídicas reconocidas. En la misma línea, Mercader (2014, p. 24) advierte que, *“salvo que abracemos algún género de iusnaturalismo, no resulta construir tal concepto al margen de las fuentes del Derecho ya existentes”*. De ahí que pretender afirmar la existencia de un principio procesal protector sin un sustento positivo claro no solo carezca de rigor metodológico, sino que además se aparta de la propia noción contemporánea de principio jurídico, entendida precisamente como una norma con respaldo institucional efectivo.

En sentido convergente, Irureta (2021, p. 38) enfatiza que el reconocimiento de los principios se obtiene principalmente mediante su positivización en la ley

o a través del respaldo que brinda la jurisprudencia. Sin embargo, advierte que su existencia no puede reducirse únicamente a esa explicitación normativa, ya que ello implicaría exigir al legislador una formulación exhaustiva de todos los supuestos que les dan contenido. La función de la jurisprudencia, por tanto, es la de descubrir y confirmar principios ya presentes en el ordenamiento positivo, no la de crearlos.

En las secciones siguientes se examinarán algunos aspectos específicos del procedimiento laboral chileno que evidencian esta ausencia de manifestaciones propias del principio protector, lo que refuerza la tesis de que su invocación por parte de la Corte carece de un sustento normativo sólido en el plano procesal.

1. La vigencia del principio dispositivo

Uno de los puntos más debatidos en torno al diseño del procedimiento laboral es el relativo a la vigencia del principio dispositivo. En términos generales, este principio rige los conflictos jurídicos privados y disponibles, por lo que, si se parte de la premisa de que en la resolución de los conflictos laborales intervienen también intereses públicos, podría pensarse que en el proceso laboral dicho principio debería desaparecer o, al menos, experimentar una atenuación significativa (Obando, 2019, pp. 69 y ss.). Sin embargo, tal como ya advirtiera Guasp hace varias décadas (Guasp, 1949, p. 155), y lo ha reafirmado la doctrina nacional (Fernández, 2011, pp. 39-44), ello no ocurre en el procedimiento laboral de aplicación general chileno, en cuya estructura se mantiene vigente el principio dispositivo.

El examen de la normativa aplicable muestra que no existen disposiciones que faculden al tribunal para iniciar de oficio el procedimiento laboral; este solo puede actuar una vez reclamada su intervención en forma legal (artículo 429 del Código del Trabajo²¹). Tampoco se reconoce una acción popular que habilite a cualquier persona a poner en marcha el proceso. Del mismo modo, las partes conservan plena autonomía para determinar el objeto del proceso, sin que el juez cuente con atribuciones para modificarlo ni para pronunciarse sobre cuestiones

21 Sin perjuicio del reconocimiento de la legitimación a los sindicatos o a la inspección del trabajo en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el ámbito laboral. Código del Trabajo de Chile, artículo 486. Véase sobre la vigencia del principio dispositivo en dicho procedimiento: Palomo y Cruces, 2015.

distintas a las solicitadas²². De hecho, el recurso de nulidad laboral contempla expresamente como causales la *ultra petita* y la *extra petita*²³.

Esta configuración difiere de lo previsto, por ejemplo, en el artículo 6° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia, que dispone: *“Fallo extra y ultra petita. El juez de primera instancia ordenará el pago de salarios, prestaciones, indemnizaciones, y demás derechos laborales o de la seguridad social distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenará al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, afiliado, pensionado o beneficiario, siempre que no hayan sido pagadas. Este deber se extenderá al juez de segunda instancia, siempre y cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables y se cumplan las condiciones del inciso anterior”*. Esta norma confiere al juez facultades para extender su decisión más allá de lo estrictamente solicitado, siempre que se trate de derechos laborales o previsionales mínimos e irrenunciables, lo que supone una clara atenuación del principio dispositivo.

Algo similar ocurre en el ordenamiento peruano, donde la parte final del inciso segundo del artículo 31 de la Ley N.° 29.497, sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo (PEP 13/01/2010), establece que: *“El juez puede disponer el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables”*. También aquí se aprecia una flexibilización del principio dispositivo, al permitir que el juez exceda lo solicitado por las partes cuando ello sea necesario para asegurar el pago correcto de los derechos reclamados.

En coherencia con lo anterior, la legislación chilena tampoco establece como deber del juez la revisión y eventual corrección de la demanda en lo que respecta a las pretensiones formuladas. Esta posibilidad queda exclusivamente en manos del demandado, mediante la interposición de la correspondiente excepción dilatoria. La situación difiere de la prevista en el artículo 8° de la Ley N.° 18.572 de Uruguay²⁴, que confiere al juez un papel más activo en la depuración inicial del objeto del proceso (Ermida, 2016, pp. 178-179).

22 Código del Trabajo de Chile, artículo 469 numeral 6°.

23 Código del Trabajo de Chile, artículo 478 letra e).

24 *“La demanda se presentará por escrito en la forma prevista en el artículo 117 del Código General del*

Asimismo, el marco normativo nacional no restringe la facultad de las partes para desistirse de sus pretensiones o celebrar acuerdos conciliatorios o transacciones, salvo por la regla de irrenunciabilidad de derechos laborales contenida en el artículo 5° del Código del Trabajo. No obstante, esta regla solo opera durante la vigencia de la relación laboral, la que, en la práctica, suele haber finalizado antes de iniciarse el proceso judicial. Tal situación contrasta con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley N.° 29.497, que regula la nueva ley procesal del trabajo en Perú, y que establece un *test de disponibilidad de derechos* para conciliaciones y transacciones.

De lo anterior se desprende que, al menos en lo referido a los conflictos individuales del trabajo, el legislador chileno ha optado por mantener incólume la vigencia del principio dispositivo, reconociendo la centralidad de la iniciativa de las partes en la delimitación del litigio. Si el legislador hubiese estimado necesario inspirarse en el principio protector para resguardar intereses públicos de especial relevancia, habría resultado lógico atenuar de manera significativa el alcance del principio dispositivo, reduciendo el margen de autonomía de las partes en la conducción del proceso. El hecho de que ello no ocurriera confirma que el legislador no reconoció en este ámbito una justificación suficiente para alterar la estructura dispositiva del procedimiento laboral individual. En síntesis, el procedimiento laboral de aplicación general chileno preserva intacta la vigencia del principio dispositivo: el juez no cuenta con facultades para iniciar el proceso, alterar el objeto del litigio o limitar de forma relevante la disponibilidad de derechos. A diferencia de lo que ocurre en Colombia, Uruguay o Perú, en Chile no se ha producido una atenuación sustantiva de este principio, lo que confirma la similitud estructural con el proceso civil y la ausencia de un rasgo diferenciador atribuible al principio protector.

2. El principio protector y la desigualdad compensatoria

En el ámbito procesal, la igualdad se expresa como la garantía de que ambas partes dispongan de las mismas oportunidades para exponer sus argumentos y ejercer su defensa, exigiendo del juez un trato equitativo hacia los litigantes (Fuentes y Vargas, 2024, p. 213; Carretta et al., 2023, p. 5; Alvarado, 2005, p.

Proceso. Deberá incluir el valor total de la pretensión y la liquidación detallada de cada uno de los rubros reclamados, lo que deberá ser controlado por el Tribunal, que dispondrá se subsanen los defectos en el plazo de tres días con apercibimiento de tener por no presentada la demanda”.

259; Esparza, 1995, p. 29). La doctrina laboralista ha destacado que esta exigencia adquiere especial relevancia en el proceso laboral (Arévalo, 2018, p. 264; Arce, 2013, p. 17; Aguilera, 2004, p. 64), pues las desigualdades propias de la relación sustantiva se proyectan sobre la relación procesal, lo que hace necesario adoptar medidas que restablezcan el equilibrio real entre las partes. A esta idea se le ha denominado “desigualdad compensatoria” (Couture, 1990, p. 275).

Su justificación radica en que las diferencias estructurales entre empleador y trabajador, derivadas de factores socioeconómicos y de poder negociador, dificultan que ambos puedan aprovechar en igual medida las oportunidades procesales que la ley ofrece²⁵. Así, la mera igualdad formal ante la ley resulta insuficiente para garantizar una auténtica igualdad en el proceso. En términos normativos, un ejemplo de esta orientación se encuentra en el artículo III de la Ley Procesal del Trabajo del Perú, que asigna al juez un papel activo en la búsqueda de la igualdad real de las partes. De modo similar, el artículo 3° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social colombiano impone al juez el deber de garantizar el equilibrio entre ellas.

Históricamente, el proceso civil —fundado en la ideología liberal e individualista (Bordalí, 2020, p. 203; Couture, 1998, p. 272)— asumía que las partes litigaban desde una posición de igualdad. Sin embargo, a finales del siglo XIX comenzó a cuestionarse esta premisa, tanto por el legislador como por los jueces²⁶, al reconocerse que el proceso era un mecanismo uniforme que ignoraba las diferencias reales entre los litigantes (Lessona, 2018, p. 52). Este cambio supuso un desplazamiento progresivo hacia una concepción que reconoce al individuo concreto detrás de la norma (Monroy, 1996, p. 150), admitiendo que, aunque formalmente iguales, las partes difieren en los medios efectivos para hacer valer sus derechos (Ascencio, 2004, p. 200; Calamandrei, 2006, p. 157; Cappelletti, 2018, p. 58).

En este contexto, la doctrina nacional ha señalado que el objetivo de la desigualdad compensatoria es evitar que las desventajas extrajudiciales influyan en

25 Nos decía el maestro Couture (1998), “¿Qué mayor ironía que la de proclamar a todos iguales, si el costo de la justicia es, por sí mismo, un instrumento de desigualdad?” (p. 67).

26 “La igualdad de participación debe tomar en consideración las desigualdades de las diferentes posiciones sociales, es indispensable analizar la realidad social y el derecho material -vale decir, la sustancia- sobre la cual el procedimiento incide”. (Marinoni, 2007, pp. 233-234).

el desarrollo del proceso, afectando las posibilidades reales de defensa. Para ello, se han diseñado instrumentos jurídico-procesales que atenúan dichas diferencias (Carretta et al., 2023, p. 9; Romero, 2015, p. 29), entendiendo que la igualdad no es solo un punto de partida, sino una meta a alcanzar (Montero et al., 2005, p. 327). Entre estas medidas se incluyen tanto mecanismos generales, como procedimientos más rápidos y menos costosos, como instrumentos específicos, tales como el desplazamiento de la carga de la prueba (Ortells et al., 2020, p. 238). Este deber de adoptar acciones positivas para remover los obstáculos que dificultan el acceso a la justicia justifica que el legislador introduzca diferencias de trato, siempre que estas cuenten con una justificación objetiva y razonable (Fuentes y Vargas, 2024, p. 214; Romero, 2015, p. 34; Picó, 2012, p. 160; Devis, 2002, p. 56).

Con todo, ya hace décadas Guasp (1949, p. 153) advertía que la desigualdad compensatoria no constituye un *“dogma fundamental separador del proceso del trabajo”* frente a la teoría general del proceso. Esto se explica porque, incluso en el proceso civil, la igualdad ha dejado de concebirse como mera igualdad formal. En efecto, la adopción de medidas compensatorias representa hoy una reconceptualización del principio de igualdad —entendido como principio jurídico-natural o estructural del proceso— que trasciende el ámbito laboral y alcanza a distintos procedimientos, superando el objetivo exclusivo de proteger al trabajador.

En consecuencia, el análisis de la desigualdad compensatoria permite advertir que su concreción en el ámbito procesal no depende solo de un reconocimiento teórico, sino de la existencia de mecanismos normativos que efectivamente eliminan o reduzan las barreras que dificultan la igualdad real de las partes. Entre estas barreras, destacan las de carácter económico y las vinculadas a la actividad probatoria, cuya remoción ha sido considerada por la doctrina como una de las expresiones más relevantes del principio protector en su dimensión procesal. A continuación, se examinarán ambas categorías, evaluando su configuración en el procedimiento laboral chileno y su potencial para ser entendidas como manifestaciones normativas de dicho principio.

2.1. De la compensación ante obstáculos económicos

Como se señaló previamente, uno de los factores que más inciden en la desigualdad real entre las partes en un litigio laboral son los obstáculos de carácter

económico. Las limitaciones de recursos que afectan al trabajador pueden condicionar de manera significativa su capacidad para acceder a la justicia y sostener un proceso judicial. Desde esta perspectiva, la gratuidad procesal aparece en la doctrina como una de las herramientas más eficaces para remover tales barreras, y se ha entendido como una exigencia derivada del principio protector (Pérez, 2010, p. 23).

Ahora bien, la preocupación por las barreras económicas que dificultan el acceso a la justicia no constituye una derivación del principio protector, sino una manifestación directa de la garantía de tutela judicial efectiva. Este principio se erige en presupuesto indispensable para el ejercicio de los demás derechos fundamentales del proceso y para la protección de los derechos sustantivos que reconoce el ordenamiento jurídico (Priori, 2024, p. 82). Su centralidad normativa radica en que asegura que el resto del sistema de garantías cobre sentido y operatividad: sin un acceso inicial y real al proceso, no hay justicia posible. En este marco, se ha destacado que el acceso al proceso es un componente esencial de la tutela judicial efectiva, pues supone la posibilidad cierta y oportuna de provocar la actividad jurisdiccional que culmina en la decisión de un juez (Colombo, 2007, p. 77). De ahí que la eliminación de obstáculos económicos deba entenderse como una condición inherente a esta garantía, en sus dos dimensiones: objetiva, en cuanto asegura la tutela jurisdiccional de todo derecho o interés jurídicamente protegido, y subjetiva, en cuanto garantiza a toda persona legitimada la posibilidad de acudir a los tribunales para hacerla valer (Priori, 2024, pp. 83-85).

No obstante, bajo la lógica unidireccional del principio protector, la gratuidad se concibe como un mecanismo de compensación económica orientado a equilibrar las cargas del proceso, reduciendo las desventajas estructurales del trabajador frente a su empleador. Así ocurre, por ejemplo, en el artículo III de la Nueva Ley Procesal del Trabajo de Perú y en el artículo 28 de la Ley N.º 18.572 de Uruguay, donde la exención de costos se diseña primordialmente en beneficio del trabajador (prestador de servicios y parte actora, respectivamente), reforzando el carácter tuitivo del procedimiento.

El modelo chileno, sin embargo, se aparta de esta concepción. El artículo 431 del Código del Trabajo establece la gratuidad sin distinción de partes, beneficiando tanto al trabajador como al empleador. Este diseño evidencia una

opción legislativa de carácter general, en la que la gratuidad se configura como una garantía común de acceso a la justicia, desligada de la función compensatoria propia del principio protector. En consecuencia, la norma no opera como un privilegio procesal destinado a corregir asimetrías materiales, sino como una medida de alcance simétrico, coherente con una visión de equilibrio procesal.

Esta configuración no es irrelevante desde el punto de vista comparado. Mientras en Perú y Uruguay la gratuidad responde a un objetivo explícitamente tuitivo, en Chile se integra dentro de un marco de razonabilidad procesal que busca garantizar igualdad real de oportunidades sin introducir tratamientos diferenciados por la sola condición de trabajador o empleador. El efecto de esta opción es doble: por un lado, asegura que ninguna de las partes vea restringido su acceso a la justicia por razones económicas; por otro, desvincula a la gratuidad de la lógica de “desigualdad compensatoria” que caracteriza a los sistemas donde el principio protector tiene una marcada proyección en el plano procesal.

En este sentido, la gratuidad en el proceso laboral chileno encuentra su fundamento más sólido en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Rodríguez, 1998, p. 1299), entendido como un presupuesto general de acceso a la justicia, que en el reconocimiento del principio protector como elemento estructurante del procedimiento. Así, la ausencia de una orientación unidireccional en esta materia confirma la tendencia del legislador chileno a mantener el proceso laboral dentro de un esquema neutral, sin adoptar medidas procesales que privilegien de forma expresa a una de las partes.

2.3. De la compensación ante obstáculos probatorios

En el terreno probatorio, la doctrina también ha sostenido que la inversión de la carga de la prueba constituye una manifestación del principio protector y, en particular, de su dimensión compensatoria (Pérez, 2010, p. 12). La lógica es clara: en un escenario en que el trabajador enfrenta desventajas materiales para reunir y presentar prueba, la inversión de la carga probatoria permitiría equilibrar las posiciones de las partes y facilitar el acceso efectivo a la justicia.

Sin embargo, el procedimiento laboral de aplicación general en Chile no incorpora una regla de carácter general que invierta la carga probatoria en favor del trabajador, ni faculta expresamente al tribunal para aplicar la denominada

carga dinámica de la prueba, entendida como la asignación de la carga al litigante que se encuentra en mejores condiciones de aportar el medio probatorio. De hecho, recibe aplicación supletoriamente el artículo 1698 del Código Civil nacional, que básicamente establece que corresponde probar un hecho a la parte que lo alega.

Es cierto que el artículo 454, numeral 1), del Código del Trabajo establece que, en los juicios sobre despido, corresponde en primer lugar al demandado —es decir, al empleador— rendir prueba, debiendo acreditar la veracidad de los hechos consignados en la carta de despido. A primera vista, esta disposición podría interpretarse como un ejemplo de inversión probatoria. No obstante, un examen más detenido revela que se trata, en realidad, de la aplicación de las reglas generales sobre carga de la prueba vinculadas a la naturaleza de los hechos afirmados. Si se asignara al trabajador la carga de acreditar la inexistencia de una causa justificada de despido, ello equivaldría a imponerle la prueba de un hecho negativo, lo que contradice principios probatorios básicos. En consecuencia, esta regla no constituye una excepción que responda a la lógica del principio protector, sino un desarrollo coherente con el régimen general de distribución probatoria.

A ello cabe agregar que tampoco existen en el procedimiento laboral chileno reglas que obliguen al juez, en caso de duda sobre la acreditación de un hecho, a decidir en favor del trabajador. En otras palabras, no se reconoce un *in dubio pro operario* de carácter probatorio, respecto de lo cual la doctrina ampliamente mayoritaria ha señalado que dicha regla hermenéutica no se extiende al plano fáctico (Vázquez, 1982, p. 195; Mercader, 2014, pp. 63–64; Meneses, 2017, p. 205; Gamonal, 2020, p. 194; Irureta, 2021, p. 35)²⁷.

27 Una postura distinta ha sido defendida por Arellano y Benfeld (2017), cuyo análisis se sitúa en el marco del procedimiento de tutela de derechos fundamentales. En este ámbito, el legislador estableció en el artículo 493 del Código del Trabajo una regla especial que atenúa el estándar probatorio a favor del trabajador, bastando la acreditación de indicios suficientes para trasladar al empleador la carga de desvirtuarlos. Tal disposición, sin embargo, no resulta extrapolable al procedimiento de aplicación general regulado en los artículos 446 y siguientes del mismo Código, donde la regla supletoria continúa siendo la del artículo 1698 del Código Civil, complementada por las normas del artículo 456 del Código del Trabajo. En consecuencia, el estudio citado tiene un valor ilustrativo respecto de un ámbito procesal específico, pero no demuestra que el principio protector opere como principio rector en el proceso laboral. Además, la regla del artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo, que excluye la valoración de pruebas obtenidas ilícitamente o con violación de derechos fundamentales, es neutral en su aplicación, pues rige indistintamente para empleadores y trabajadores.

3.3. Como corolario

El examen de dos de las medidas que la doctrina suele vincular al principio protector en su dimensión procesal —la gratuidad y la inversión de la carga probatoria— permite constatar que el procedimiento laboral chileno carece de una configuración normativa que les otorgue un carácter unidireccional en favor del trabajador. En el caso de la gratuidad, el legislador ha optado por un beneficio general, extensivo a ambas partes, cuyo fundamento se asocia más con la garantía de tutela judicial efectiva que con la lógica compensatoria propia del principio protector. En el ámbito probatorio, la única regla que podría interpretarse como una excepción —la obligación del empleador de acreditar la veracidad de la carta de despido— responde a la aplicación de criterios generales sobre prueba de hechos afirmativos, sin que ello implique una redistribución probatoria inspirada en una finalidad tuitiva.

De esta constatación se sigue que no es posible derivar, a partir de la normativa vigente, la existencia de un privilegio procesal de carácter protector o compensatorio que distinga estructuralmente el procedimiento laboral del civil. Más allá de las declaraciones contenidas en el mensaje de la Ley N.º 20.087, lo cierto es que no se identifica en el procedimiento laboral de aplicación general una disposición que otorgue un beneficio procesal categórico al trabajador. Las escasas normas que introducen algún tipo de diferenciación —diferenciaciones que, por lo demás, también se observan en el procedimiento civil— carecen de la entidad y relevancia suficientes para sustentar una distinción tajante entre ambos sistemas (Roca, 2023, p. 131).

En este sentido, las medidas compensatorias, ya sean de carácter económico o probatorio, no pueden entenderse como derivaciones del principio protector en el plano procesal chileno. Más bien, responden a criterios generales de garantía de acceso a la justicia y respeto del debido proceso, aplicables de manera simétrica a ambas partes. Esta constatación refuerza la hipótesis central de este trabajo: en Chile, la proyección procesal del principio protector no encuentra un sustento normativo claro ni una configuración alineada con su lógica unidireccional clásica, lo que explica la dificultad de la Corte Suprema para justificar su vigencia en este ámbito.

VI. CONCLUSIONES

El recorrido desarrollado en este trabajo ha permitido examinar, desde distintas perspectivas, la dificultad que enfrenta la Corte Suprema para justificar normativamente la vigencia del principio protector en el plano procesal. En el primer capítulo, se estableció un marco conceptual sobre los principios jurídicos, diferenciando entre aquellos de carácter explícito y los implícitos, y se expusieron las exigencias metodológicas para el reconocimiento de estos últimos —detección, delimitación y calificación—, destacando que, en el caso del principio protector, la Excma. Corte Suprema de Chile no ha cumplido este itinerario argumentativo.

En el segundo capítulo, se examinaron las exigencias que la doctrina ha vinculado al principio protector en el ámbito procesal laboral. Dichas exigencias se han entendido como la necesidad de introducir mecanismos que compensen las asimetrías propias de la relación procesal, proyectando en el procedimiento laboral un carácter protector implícito. Sin embargo, en el ordenamiento chileno este principio carece de consagración normativa expresa, lo que ha llevado a que su eventual vigencia dependa de la interpretación doctrinal y jurisprudencial, con las dificultades que ello supone para configurarlo como elemento estructurante del proceso laboral.

El tercer capítulo abordó el tratamiento que la Corte Suprema ha dado al principio protector en el ámbito procesal. El examen de la jurisprudencia reciente reveló que su invocación se ha producido, en la mayoría de los casos, mediante afirmaciones generales o referencias de autoridad, sin un desarrollo normativo que identifique claramente las ideas, valores o finalidades subyacentes que justificarían su existencia como principio implícito del procedimiento laboral.

En el cuarto capítulo, se revisaron aspectos concretos del proceso laboral chileno que suelen vincularse doctrinariamente al principio protector —como la gratuidad procesal, la inversión de la carga probatoria o medidas compensatorias en favor del trabajador—, concluyéndose que su configuración normativa en Chile responde más a criterios generales de acceso a la justicia y debido proceso que a una lógica tuitiva. Estas instituciones, lejos de ser figuras privativas del proceso laboral, se aplican de forma simétrica a ambas partes o carecen de un alcance suficiente para sustentar un tratamiento unidireccional.

A partir de todo lo anterior, se concluye que la dificultad que exhibe la Corte Suprema para justificar normativamente la vigencia del principio protector en el plano procesal no parece ser el fruto de una mera omisión argumentativa, sino la consecuencia directa de la estructura misma del proceso laboral chileno. Pese a la pretensión legislativa de dotarlo de un carácter tuitivo o diferenciado, el procedimiento regulado en el Libro V del Código del Trabajo carece de elementos que permitan configurarlo como un mecanismo unidireccional en favor del trabajador, tal como lo concibe la formulación clásica del principio protector. Por el contrario, su diseño responde principalmente a las exigencias de la tutela judicial efectiva y del debido proceso, las que imponen un marco de equilibrio entre las partes e imparcialidad judicial. En este contexto, la invocación del principio protector por parte del máximo tribunal, desprovista de un sustento normativo claro, se enfrenta inevitablemente a la tensión de fundamentar una directriz cuya lógica subyacente no encuentra un reflejo claro y categórico en el ordenamiento procesal vigente.

En este escenario, la pregunta que subyace es si resulta deseable modificar la estructura del procedimiento laboral chileno para incorporar un verdadero componente procesal protector o, por el contrario, mantener el diseño actual basado en el equilibrio entre las partes y la imparcialidad del juez. Desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, este trabajo se inclina por la segunda alternativa. Un marco normativo equilibrado, que no privilegie de manera expresa a una de las partes, reduce el riesgo de comprometer la igualdad de armas y evita la percepción de parcialidad por parte del órgano jurisdiccional. La imparcialidad judicial no solo constituye una garantía fundamental del debido proceso, sino que también es un requisito indispensable para la legitimidad de las decisiones judiciales. Así, la preservación de un procedimiento equilibrado, en el que las medidas de acceso a la justicia se diseñen como garantías comunes y no como privilegios unidireccionales, aparece como una opción más coherente con los principios estructurales del proceso y con la función que, en un Estado de Derecho, corresponde a los tribunales de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Izquierdo, R. (2004). *Proceso laboral y proceso civil: Convergencias y divergencias* (1ª ed.). Thomson Civitas.

- Alcalde Rodríguez, E. (2003). *Los principios generales del derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Alvarado Velloso, A. (2005). *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Tirant lo Blanch.
- Aparicio Tovar, J. y Rentero Jover, J. (1998). El juez laboral, imparcial, pero no neutral. *Revista de Derecho Social*, (4), 53-66.
- Arce Ortiz, E. (2013). Los principios en el derecho procesal del trabajo peruano. *Cuaderno de Trabajo del CICAJ*, (7), 7-37.
- Arce y Flórez-Valdés, J. (1990). *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Editorial Civitas.
- Arellano Ortiz, P., & Benfeld Escobar, J. (2017). Reflexiones sobre el principio de protección al trabajador y su influencia en el ámbito sustantivo y procesal del derecho laboral: Otra mirada al caso Kronos. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 6(2), 3-24.
- Arévalo Vela, J. (2018). Los principios del proceso laboral. *Lex*, 16(22), 253-270.
- Ascencio Mellado, J. M. (2004). *Introducción al derecho procesal* (3ª ed.). Tirant Lo Blanch.
- Baylos, A. y Trillo, F. (2019). La justicia laboral en España: notas sobre la tutela judicial de los derechos laborales. En: H. Mercado López y M. del R. Jiménez Moles (Coords.), *Modelos de justicia laboral iberoamericana: homenaje a Pedro Guglielmetti* (pp. 17-37). Tirant lo Blanch.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2006, 3 de enero). Historia de la Ley N.º 20.087. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5683/>
- Bonett Ortiz, S. A. (2024). *Ensayo sobre el proyecto de Código procesal del trabajo y de la seguridad social*. Grupo Editorial Ibañez.
- Bordalí Salamanca, A. (2020). La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas. *Estudios de Derecho*, 77(170), 201-225.
- Calamandrei, P. (2006). *Proceso y Democracia*. Ara Editores.

- Cappelletti, M. (2018). *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*. Ediciones Olejnik.
- Carretta Muñoz, F., Romero Rodríguez, S., y Silva Álvarez, O. (2023). *Lecciones de derecho procesal civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*. Der ediciones.
- Ciudad Reynaud, A. (2010). La modernización de la justicia laboral en América Latina. *Justicia: revista de derecho procesal* (3-4), 289-337.
- Colombo Campbell, J. (2007). El debido proceso constitucional. Porrúa.
- Couture, E. (1990). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Ediciones Depalma.
- Couture, E. (1998). *Estudios de derecho procesal civil. La constitución y el proceso civil*. (3ª ed., Tomo I). Ediciones Depalma.
- De Asís Roig, R. (1995). *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Marcial Pons.
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría general del proceso*. (3ª ed.). Editorial Universidad.
- Díaz Couselo, J. M. (1971). *Los principios generales del derecho*. Plus Ultra.
- Díaz Urtubia, P., Marzi Muñoz, D., Astudillo Contreras, O., y Carvallo Santelices, R. (2019). La justicia laboral en España: notas sobre la tutela judicial de los derechos laborales. En H. Mercado López y M. del R. Jiménez Moles (Coords.), *Modelos de justicia laboral iberoamericana: homenaje a Pedro Guglielmetti* (pp. 153-196). Tirant lo Blanch.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (2ª ed.). Editorial Ariel S.A.
- Ermida Fernández, M. (2016). *El Proceso Laboral Autónomo* (2ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- Esparza Leibar, I. (1995). *El principio del Proceso Debido*. J.M. Bosch Editor.
- Fernández Toledo, R. (2011). Los principios dispositivo y aportación de parte en el proceso laboral. su incidencia en la iniciativa probatoria judicial. *Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 2(3) 37-53.
- Fuentes Maureira, C. y Vargas Pavez, M. (2024). *Introducción al Derecho Procesal. Nuevas aproximaciones* (2ª ed.). Der ediciones.

- Fuenzalida Martínez, P. (2019). El principio protector: alcances y límites en el procedimiento laboral chileno. *Revista de Estudios Laborales*, (13). Editorial Rubicón.
- Gamonal Contreras, S. y Guidi Moggia, C. (2006). El nuevo procedimiento laboral chileno. *Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, XLIX(221), 33-62.
- Gamonal Contreras, S. (2016). El principio de protección en el nuevo procedimiento laboral chileno. *Editorial Bomarzo* [Opinión]. <https://editorialbomarzo.es/el-principio-de-proteccion-en-el-nuevo-procedimiento-laboral-chileno/>
- Gamonal Contreras, S. (2020). Fundamentos de derecho laboral (5.^a ed. actualizada). DerEdiciones.
- Gamonal Contreras, S. (2024). Los Principios. En C. Aedo Barrena y A. Varela Fleckenstein (Coords.), *Aplicación práctica de los principios del derecho* (pp. 29-82). Tirant lo Blanch).
- Guasp Delgado, J. (1949). Significación del proceso de trabajo en la teoría general del derecho procesal. *Revista de la Universidad de Oviedo. Facultad de Derecho*, X(55-56), 137-159.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar* (Trad. S. Álvarez Medina). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Irureta Uriarte, P. (2021). Reglas y principios en el derecho del trabajo: Una mirada desde el derecho del trabajo chileno. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 32, 23-50.
- Lanata Fuenzalida, G. (2010). Contrato individual de trabajo (4.^a ed.). Legal-Publishing.
- Lessona, C. (2018). *Los deberes sociales del derecho procesal civil* (Trad. D. Fuentes Espluga). Ediciones Olejnik.
- Lizama Castro, D. (2023). El pro operario en materia laboral. Der ediciones.
- López Oneto, M. (2013). El principio de protección a la fuente del empleo en Chile: Pasos hacia un derecho del trabajo bidireccional. Thomson Reuters.

Macchiavello Contreras, G. (1997). *Manual de Derecho Procesal del Trabajo*. Editorial Jurídica Cono Sur.

Marinoni, L. G. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Palestra.

Martín Valverde, A. (2003). Principios y reglas en el derecho del trabajo: Planteamiento teórico y algunos ejemplos. En L. de la Villa Gil & L. López (Dirs.), *Los principios del derecho del trabajo* (pp. 39-72). Madrid: Centro de Estudios Financieros.

Meneses, C. (2017). Valoración de la prueba en el proceso laboral. En *Estudios sobre el proceso civil chileno* (pp. 185–227). Prolibros Ediciones.

Mercader Uguina, J. (2014). Los principios de aplicación del derecho del trabajo: Formación, decadencia y crisis. Tirant lo Blanch.

Meza Yances, L. (2017). Favorabilidad en el derecho procesal del trabajo: aplicación estricta o ilimitada. *Estudios Socio-Jurídicos*, 19(2), 197-221.

Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil* (Tomo I). Editorial Temis.

Montero Aroca, J. (1982). Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución. *Justicia: revista de derecho procesal*, 2(4), 7-39.

Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Montón Redondo, A., y Barona Vilar, S. (2005). *Derecho Jurisdiccional I, Parte General* (14ª ed.). Tirant lo Blanch).

Montoya Melgar, A. (1999). *Derecho del Trabajo* (20ª ed.). Tecnos.

Mosquera Rivas, H. y Mosquera Luna, J. M. (2019). La justicia laboral en España: notas sobre la tutela judicial de los derechos laborales. En: H. A. Mercado López y M. del R. Jiménez (Coords.), *Modelos de justicia laboral iberoamericana: homenaje a Pedro Guglielmetti* (pp. 109-152). Tirant lo Blanch).

Obando Garrido, J. M. (2019). *Derecho procesal laboral* (6ª ed.). Editorial Temis.

Orsini, J. I. (2010). Los principios del derecho del trabajo. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 7(40), 489-506.

Ortells, M., Navarro, J. B., Pastor, J. M., Galiana, L. A. C., Penadés, R. B., Navarro, M. J. M., Ruiz, J. C., Sánchez, R. J., y Vilaplana, A. A. (2020). *Introducción al derecho procesal*. Thomson Reuters Aranzadi.

- Palomo Vélez, D., y Matamala Souper, P. (2011). Juez y parte. El compromiso espiritual del juez en el interrogatorio de testigos en el juicio laboral oral y sus necesarios límites. *Revista Ius et Praxis*, 17(2), 485–504. Universidad de Talca.
- Palomo Vélez, D., Delgado Castro, Jordi y Contreras Rojas, C. (2023). El recurso de nulidad laboral de la causal del artículo 478, literal b), del código del Trabajo chileno: revisión de las limitantes, un diagnóstico y una mirada a soluciones. *Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, (164), 133-161.
- Palomo, D., y Cruces, J. (2015). La vigencia del principio dispositivo, el deber de congruencia y los límites en la determinación judicial de medidas de reparación en el procedimiento de tutela laboral. *Civil Procedure Review*, 6(2), 3–64.
- Pasco Cosmópolis, M. (1994). El principio protector en el derecho procesal del trabajo. *Revista de Derecho PUCP*, 48, 149-169.
- Pérez Amorós, F. (2010). Justicia efectiva, igualdad y rapidez procesal: Por un Derecho del trabajo procesal. *Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, LIII(237), 7-30.
- Picó I Junoy, J. (2012). *Las garantías constitucionales del proceso* (1ª ed.). J.M Bosch Editor.
- Pierry Vargas, Lucía (2018). *Derecho individual del trabajo*. Der Ediciones.
- Plá Rodríguez, A. (1998). Los principios del derecho del trabajo (3ª ed.). Ediciones Depalma.
- Prieto Sanchís, L. (1992). Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico. Centro de Estudios Constitucionales.
- Prieto Sanchís, L. (1996). El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky). *Anuario de filosofía del derecho*, XIII-XIV, 125-158.
- Priori Posada, G. (2024). El proceso y la tutela de los derechos (2.ª reimp. de la 1.ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Roca Martínez, J. (2023). Proceso laboral: Más procesal y menos laboral. *Jus-ticia*, 1, 107-146.

- Rodríguez Rescia, V. M. (1998). El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio (Vol. II, pp. 1295–1328). Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Rodríguez-Piñero, M. (1969). Sobre los Principios Inspiradores del Proceso del Trabajo. *Revista de Política Social*, 21(81), 21-82.
- Rodríguez-Piñero, M. (2002). Los principios informadores del proceso del trabajo. En HB Guzmán (Ed.), *Derecho Procesal del Trabajo* (pp. 69-104). Editora Dalis.
- Romero Seguel, A. (2015). *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento* (Vol. 3). Thomson Reuters.
- Ruay Sáez, F. (2024). El principio protector como fuente de protestades judiciales. Una aproximación crítica. *Revista Laborem*, (30), 53-93.
- Valdés Quinteros, D. (2025). El principio protector y el procedimiento laboral en los tribunales superiores. Una relectura. (Sentencia Rol N° 217.781-2023 de la Excm. Corte Suprema de Chile). *Revista De Derecho (Valdivia)*, 38(1), 257-264.
- Vázquez Vialard, A. (1982). Teoría general del derecho del trabajo. En A. Vázquez Vialard (Dir.), *Tratado de derecho del trabajo* (Tomo II, pp. 3–540). Astrea.
- Vidal Salazar, M. (2025). Derecho procesal del trabajo: cuestiones generales. Estudios sobre derecho procesal del trabajo. Editorial Palestra, 13-25.
- Zagrebel'sky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Trad. M. Gascón, 10ª ed.). Editorial Trotta.

Normativa citada

- Código Civil. Ley de 14 de diciembre de 1855. Diario Oficial de la República de Chile.
- Código del Trabajo. DFL N° 1 de 1994, con modificaciones posteriores. Diario Oficial de la República de Chile.

Constitución Política del Perú (29 de diciembre de 1993). Diario Oficial El Peruano.

Ley N° 18.572 de Uruguay. Ley de abreviación de los juicios laborales. (13 de septiembre de 2009). Diario Oficial No. 27832.

Ley N° 2.452 de Colombia. Por la cual se expide el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. (2 de abril de 2025). Diario Oficial No. 53077.

Ley N° 29.497 de Perú. Nueva ley procesal del trabajo. (15 de enero de 2010). Diario Oficial El Peruano.

Jurisprudencia analizada

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.° 137683-2022, Estay Torres, Juan con SEREMI de Salud del Maule; 8 de enero de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N° 186003-2023, Segura Vergara Juan Pablo (Fisco - CDE); 10 de enero de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.° 222843-2023, Leal Azua Jenifer con Correa; 11 de enero de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.° 243935-2023, Peña Sánchez Pedro con Díaz; 16 de enero de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.° 26155-2023, Navarro Bermúdez, Iván y otro con Transportes Díaz e Hijos S.A.; 16 de enero de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.° 74400-2023, Díaz Chaparro, Hugo con Transportes TAD SpA; 16 de enero de 2024.

Corte Suprema de Chile. (2024, enero 22). Miño Gallardo Domingo con Municipalidad de San Miguel (Sentencia Rol N.° 3516-2023).

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.° 39115-2023, Víctor Manuel Capurro Suanez con Sociedad Marítima y Comercial Somarco Ltda. y otro; 9 de febrero de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.° 246245-2023, Zúñiga con Corporación de Desarrollo Social de Buin; 13 de febrero de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 10704-2023, Aedo Zapata Daniel con Municipalidad de Chillán Viejo; 21 de febrero de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 252338-2023, Gallegos Soto Felipe con Corporación Administrativa del Poder Judicial; 13 de marzo de 2024.

Corte Suprema de Chile. (2024, marzo 14). Sentencia Rol N.º 52056-2023, Soto Olmedo María con Hospital de Carabineros; 14 de marzo de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 11463-2024, A.F.P. Cuprum S.A. con Jorge Tapia Contreras; 17 de abril de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 5703-2023, Ossandón Aguilera Perla Raquel y otros con Fisco de Chile; 3 de mayo de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 11911-2024, CID con Servicio de Salud Osorno; 10 de mayo de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 11930-2024, Osorio Osorio, Omar con Empresas Copec S.A.; 10 de mayo de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 1294-2024, Rojas Carrasco, Felipe con Fundación Educacional Protectora de la Infancia; 20 de mayo 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 26007-2023, Jaime Jorge Eduardo Barrientos Herrera con Bechtel Chile Construcción Ltda.; 24 de mayo de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 62061-2023, Sais Sais, Rafael con Ilustre Municipalidad de Temuco; 6 de junio de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 252356-2023, Silva Bravo Liliana con Carrillo; 7 de junio de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 16384-2024, Acuña con Codelco Chile; 12 de junio de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 182695-2023, Rodrigo Andrés Aguilera Kraemer con Banco Santander-Chile; 13 de junio de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 119286-2023, Fernando Javier Barrientos Herrera con Bechtel Chile Construcción Limitada; 25 de junio de 2024.

- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 10638-2024, Garrido Recabal, Camila con Lazen; 3 de junio de 2024.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 12456-2024, Contreras González Lillian c. Asociación Chilena de Municipalidades; 9 de julio de 2024.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 19263-2024, Katia Alexis Escobar López con Fisco de Chile – SEREMI de Salud del Biobío; 18 de julio de 2024.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 12187-2024, Padilla Arenas, Ricardo con Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta; 19 de julio de 2024.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 19492-2024, Rubilar Salas, David Feliz con Córdova; 22 de julio de 2024.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 14644-2024, Cuzmar Zamorano Adolfo con Banco Santander-Chile S.A.; 1 de agosto de 2024.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 243804-2023, Mario Rolando Morales Cea y otros con White - M SpA y otras; 2 de agosto de 2024.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 18165-2024, Gutiérrez Maturana, María con Claro Chile S.A.; 5 de agosto de 2024.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 17748-2024, Aguilar Castillo Constanza c. SGS Minerals S.A.; 8 de agosto de 2024.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 64571-2023, Hernández Valderrama Erardo con Corporación Nacional Forestal; 19 de agosto de 2024.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 182640-2023, Barrera Díaz, Fabiola con Ilustre Municipalidad de Concón; 20 de agosto de 2024.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 12110-2024, Confusam con Corporación Municipal de Desarrollo Social de Pudahuel; 21 de agosto de 2024.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 19340-2024, Nieto Vargas, Karol con Equans Back Office SpA; 28 de agosto de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 1628-2024, Guzmán Liberona, César con Automotores Gildemeister S.P.A.; 30 de agosto de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 30311-2024, Bordones Villalobos Víctor con Ponce; 2 de septiembre de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 27045-2024, Keren Jenifer Gómez Jorquera con Fundación Educacional Colegio Nuestra Señora del Carmen; 6 de septiembre de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 206616-2023, Valenzuela López, Germán con Ilustre Municipalidad de San Antonio; 10 de septiembre de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 6796-2024, Solari con Servicio de Salud Metropolitana Sur y otro; 25 de septiembre de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 208883-2023, Villegas Delgado con Ilustre Municipalidad de Villarrica; 7 de noviembre de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 62281-2023, Rodríguez Urrutia Leoncio con Servicios Inversub SpA; 12 de noviembre de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 39658-2024, García Gubelin Bernardo con Díaz; 19 de noviembre de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 53739-2024, Rojas Molina Milena con Duodécima Sala Corte de Apelaciones de Santiago; 4 de diciembre de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 56498-2024, Ruiz Hernández Elena con Orellana; 6 de diciembre de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 56498-2024, Ruiz Hernández, Elena con Orellana; 6 diciembre de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 252279-2023, Nilo Canales Michel con Corporación Municipal de San Fernando; 27 de diciembre de 2024.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 56318-2024, Quijada con Randstad Empresa de Servicios Transitorios Limitada; 31 de diciembre 2024.

- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 31981-2024, Berríos Jiménez Paulina con Nilo Muñoz Alejandro (Municipalidad de Paine); 3 de enero de 2025.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 28389-2024, Arteaga con Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa; 7 de enero de 2025
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 242324-2023, Escudero del Canto, Ronald con SEREMI de Salud Región de Antofagasta; 7 de enero de 2025.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 244961-2023, Allende Cristian con Banco Santander-Chile; 27 de enero de 2025.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 45295-2024, Seguel con Federación Chilena de Esgrima; 27 de enero de 2025.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 61108-2024, Márquez con Piera; 31 de enero de 2025.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 61688-2024, Sepúlveda Espinoza Raúl con BMC International Chile; 11 de febrero de 2025.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 184255-2023, A.F.P. Modelo S.A. con Valderrama Castro, María Eugenia; 13 de febrero de 2025.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 1233-2025, Pradenas Piñeiro Israel (/RT Logistics SPA.); 19 de febrero de 2025.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 4699-2024, Illanes Rojas, Mauricio con Servicios Integrales de Seguridad SIS Ltda. y otros; 24 de febrero de 2025.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 251641-2023, Arenas Matus Kose y otros con Transportes Santa María S.P.A.; 28 de febrero de 2025.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 61313-2024, Sepúlveda Zurita, Verónica con Corte de Apelaciones de Santiago, Cuarta Sala; 17 de marzo de 2025.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 159-2025, González Ravanal Miguel con Gesma S.P.A.; 18 de marzo de 2025.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 2212-2025, Silva Yáñez Jorge con Homecenter Sodimac S.A.; 26 de marzo de 2025.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 6898-2025, Solís González Juan con Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta; 15 de abril de 2025.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 8263-2025, Riquelme Ulloa José con Universidad Adolfo Ibáñez; 22 de abril de 2025.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 4527-2025, Administradora de Restaurantes y Franquicias Misaki SPA con Carrasco; 7 de mayo de 2025.

Corte Suprema de Chile. Sentencia Rol N.º 9101-2025, Aravena Ortiz Fernanda con Administradora de Supermercados Híper Limitada; 28 de mayo de 2025.

El principio protector y el alcance del *in dubio pro operario* en el proceso laboral

The protective principle and the scope of *in dubio pro operario* in the labor process

KARLA ZUTA PALACIOS*

Correo electrónico: kzuta@bv.u.pe
<https://orcid.org/0000-0002-6831-3842>.

El juez que interpreta una ley se esforzará siempre no sólo en juzgar “conforme a la ley”, sino, además, en juzgar “justamente”.

(Karl Larenz, 1960)

RESUMEN: El principio protector es el principio que rige al derecho del trabajo y encontramos su manifestación tanto en la teoría ampliamente recogida en la doctrina, como en las diversas normas que dirigen a esta disciplina. En nuestro país, es recogido en la constitución y en los dispositivos normativos de carácter sustantivo y procesal.

En este artículo revisamos los principales alcances de este principio, identificamos su alcance en el proceso laboral y, finalmente, analizamos la aplicación y el alcance de la manifestación del principio a través del *in dubio pro operario* y revisamos la utilización de éste en la solución de controversias laborales.

ABSTRACT: The protective principle constitutes a foundational tenet of labor law, whose manifestations can be observed both in legal doctrine and in the regulatory frameworks governing this field. Within the Peruvian legal system, it is expressly enshrined in the Constitution and further developed through substantive and procedural labor legislation.

This article seeks to examine the principal dimensions of this principle, to delineate its scope within labor adjudication, and, ultimately, to analyze the doctrinal and practical implications of its expression through the maxim *in dubio pro operario*. Particular

* Abogada asociada en Benites, Vargas & Ugaz Abogados. Egresada de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Nacional de Trujillo. Con especialidad en Gestión de Recursos Humanos por Centrum Católica y EADA Business School of Management y estudios de especialización en Derecho Social Avanzado por la Universidad de Salamanca y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Contacto:

attention is given to its role in the adjudication of labor disputes, where it functions as a hermeneutic tool aimed at safeguarding workers' rights.

PALABRAS CLAVE: Principios, principio protector, *in dubio pro operario*, trabajo, proceso laboral, interpretación

KEY WORDS: Principles, protective principle, *in dubio pro operario*, labor, employment, labor litigation, construction

Recibido: 18/08/2025

Aceptado: 09/09/2025

Publicado en línea: 03/11/2025

SUMARIO: I. Introducción II. Fundamento y naturaleza del principio protector. 1. Manifestaciones del principio protector en el derecho laboral. 1.1. *In dubio pro operario*. 2.1.2. *Norma más favorable*. 1.3. *Condición más beneficiosa*. III. El principio protector en el proceso laboral. 1. Manifestaciones del principio protector en el proceso laboral. 2. ¿Cuándo puede el juez acudir al principio *in dubio pro operario*? Conclusiones. Referencias.



I. INTRODUCCIÓN

Los principios generales del derecho inspiran y contribuyen con la función de interpretación normativa de los órganos jurisdiccionales y sirven como base para decidir ante distintas situaciones que requieren de un rol protagonista de parte de quienes ostentan activamente funciones de control de cumplimiento de las obligaciones propias de cada orden jurídico. Son el reflejo de los intereses y el valor que cada sociedad otorga a distintos ámbitos de su desarrollo.

Valverde (2011, p. 118) señala que la formulación de los principios generales del derecho corresponde en ocasiones al legislador. Ello puede apreciarse en la declaración expresa inicial de las normas más importantes y que enuncian la línea que seguirán las disposiciones contenidas en las mismas. En otros casos, como observaremos, la presencia de los principios se desprenderá con absoluta o mediana claridad de la regulación propia de circunstancias o situaciones muy concretas.

En el derecho del trabajo no es distinto, y podemos encontrar tanto el enunciado normativo expreso de sus principios, así como el entendimiento de éstos a partir de la regulación de distintas instituciones.

Nuestra Constitución Política declara al trabajo como deber y derecho y su atención prioritaria por parte de Estado; reconoce la especial protección de la madre, el menor de edad y de las personas con discapacidad que trabajan; garantiza la dignidad del trabajador y el derecho a la remuneración equitativa, la jornada máxima de trabajo, el descanso; y enuncia de manera expresa el respeto de tres principios:

- i) Igualdad de oportunidades sin discriminación
- ii) Carácter irrenunciable de los derechos, y
- iii) Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable.

La Constitución reconoce también la protección contra el despido arbitrario, es decir, que garantiza el derecho a la estabilidad laboral de salida - aquí encontramos otro principio rector. Además, pone especial énfasis en la protección de derechos sindicales, que incluyen al derecho a huelga en armonía social y promueve la negociación colectiva.

Por su parte, desde el aspecto adjetivo, la Ley Procesal de Trabajo señala que el proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad.

A través del presente artículo brindaremos algunos alcances teóricos sobre el principio protector como uno de los pilares del derecho del trabajo y analizaremos la oportunidad de su aplicación en la resolución de controversias con alcance judicial. Finalmente, no concentraremos en el *in dubio pro operario* y la oportunidad de su aplicación en la resolución de controversias laborales.

II. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DEL PRINCIPIO PROTECTOR

Diversos y reconocidos autores afirman – y coincidimos con ellos- que el principio protector es el esencial, la matriz de todos los principios del derecho del trabajo. Plá Rodríguez (1978, p.25) enfatiza que este principio responde a la necesidad de nivelar las desigualdades entre las partes de la relación laboral a partir de la creación de otras desigualdades para tal fin.

Rosenbaum (2019, p. 435) nos presenta al principio protector desde dos aristas; la primera, desde la condición tuitiva del derecho del trabajo que le genera una connotación suprajurídica que encuentra su fundamento en otros

principios más amplios, de carácter moral y justicia social. Desde otra mira, nos presenta a este principio, desde la ya explicada perspectiva de Plá: la necesidad de crear desigualdades jurídicas para contrarrestar los desiguales desniveles sustantivos, para obtener una igualdad más real y concreta de las partes de la relación de trabajo.

A través de la casación 574-2017-Lima¹, la Corte Suprema destaca que en la peculiar desigualdad existente entre las partes que conforman la relación de trabajo, es que el Estado, en busca de equiparar dicha relación, acude en auxilio del trabajador mediante una desigualdad jurídica, a fin de evitar abusos por parte del empleador.

1. Manifestaciones del principio protector en el derecho laboral

El principio protector se manifiesta a través de tres fórmulas:

1.1. *In dubio pro operario*

Se trata de una directiva para quien debe definir la aplicación de una norma. En forma concreta, señala que, ante la duda insalvable, la interpretación debe ser la que resulte favorable al trabajador. Así está expresamente dispuesto en el artículo 26º, inciso 3) de la Constitución.

Neves (2018, p. 153) nos proporciona una perspectiva más de detallada y amplia de este principio, en relación a cuándo resultaría pertinente y necesario recurrir al ejercicio interpretativo. Así, encontramos dos tesis:

- Tesis cognitiva. - Estamos ante un solo posible significado correcto que debe ser descubierto por el intérprete al indagar por la voluntad del productor.
- Tesis escéptica. - El producto puede tener tantos sentidos correctos como métodos de análisis válidos.

Como observaremos, existen diversos métodos de interpretación y, desde la tesis escéptica, la elección de cada uno de ellos, nos podrá dar resultados entre

1 <http://bit.ly/4o95IDL>

sí. Mientras tanto, la tesis cognitiva otorga un mayor valor a la interpretación teleológica.

En el caso del derecho laboral, el *in dubio pro operario* es una directiva de interpretación que no debe perder de vista dos condiciones: i) equipara la desigualdad de las partes y ii) rige únicamente para productos normativos. Estos productos normativos, pueden identificarse como los siguientes:

- Leyes o dispositivos legales
- Cláusulas normativas de los convenios colectivos
- Costumbres debidamente acreditadas

Otras situaciones o circunstancias serán discernidas a la luz de principios distintos.

En nuestro país no existe una disposición clara respecto a la tesis a emplearse, ni a la prelación de los métodos a implementar ante la necesidad de ejercer la tarea de interpretación. Sobre este punto regresaremos más adelante.

1.2. Norma más favorable

En este caso, a diferencia del *in dubio pro operario*, no nos encontramos ante una norma que debe ser interpretada, sino ante más de una norma. Estas normas se encuentran confrontadas de alguna manera y debe elegirse cuál de ellas resulta aplicable a la situación concreta bajo análisis. Esta regla propia del principio protector nos señala que la norma a elegir es aquella que resulta más favorable para el trabajador.

Eso sí, al momento de decidir sobre la aplicación de esta directriz, se deberá reparar previamente en las reglas generales del derecho que nos remiten a la jerarquía, a la especialidad y a la temporalidad de las normas. Luego de ello, identificaremos si, en efecto, nos encontramos ante un conflicto al que Neves denomina divergencia (2018, p.163), que requerirá de la implementación de la norma más favorable.

1.3. Condición más beneficiosa

Por esta regla se entiende que ninguna modificación normativa o no normativa (unilateral) puede dejar sin efecto o modificar de manera negativa a las condiciones que ya viene gozando el trabajador. Para su aplicación, será necesario verificar si el ordenamiento legal se rige bajo los derechos adquiridos o los hechos cumplidos.

En nuestro país, el orden constitucional está delimitado por los hechos cumplidos, por lo que, ante la emisión de una norma, no se podría implementar la aplicación retroactiva de derechos bajo la invocación de la condición más beneficiosa. Por lo tanto, esta regla es aplicable y busca garantizar a aquellos derechos que proceden de actos no normativos. Coincidimos con Toyama (1993, p. 45), quien señala que los derechos adquiridos por el trabajador, dentro del juego de la autonomía individual son inatacables por normas estatales o convencionales posteriores y es en esta situación en la que operará la condición más beneficiosa, por la cual se reconocerá el mejor derecho del trabajador, salvo pacto válido en contrario.

En esta ocasión, y a propósito de la reflexión que motiva a este ensayo, nos concentraremos en las próximas líneas en el principio in dubio pro operario.

172

III. EL PRINCIPIO PROTECTOR EN EL PROCESO LABORAL

Como hemos señalado previamente, el principio protector busca igualar a las partes desiguales en la relación de trabajo y ello no es ajeno al proceso laboral. Ello se manifiesta con claridad en la Ley 29497 – Ley Procesal de Trabajo (LPT), en cuyo título preliminar se señalan los fundamentos del proceso laboral de la manera siguiente:

“Artículo III.- Fundamentos del proceso laboral

En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.

(...)” (subrayado nuestro)

De esta forma, podemos observar que la búsqueda de la igualdad entre las partes es una misión encargada a los jueces para aspectos de forma como de fondo, tanto para impulsar el proceso, como para garantizar los resultados de éste.

Valverde (2011, p. 851) señala que el primer objetivo del proceso laboral es la adaptación de los mecanismos jurisdiccionales a los principios característicos de la normativa laboral, a través de la creación de un procedimiento que coadyuve a los fines de tutela y compensación del ordenamiento laboral y a la efectividad de los derechos laborales. De esta forma, si bien el proceso laboral cuenta con sus propios principios, éstos a su vez se rigen por los principios generales del derecho del trabajo, especialmente, por el principio protector.

La actual Ley Procesal de Trabajo, fue emitida hace ya quince años con la intención de garantizar la administración de justicia con mayor celeridad y cercanía a las partes, bajo las normas de oralidad y con el fin de acercarse más a la verificación de los hechos desde la asertividad. Así también, y a la luz del principio protector, estableció mayores responsabilidades a la parte empleadora y fijó reglas más estrictas sobre la carga de la prueba.

Así, por ejemplo, la anterior norma adjetiva, ante el pedido de declaración de la existencia de una relación laboral, requería que sea el trabajador quien demuestre que existió subordinación. Hoy, la Ley Procesal de Trabajo requiere que el trabajador únicamente demuestre la prestación personal de servicios, tras lo cual se presumirá el vínculo laboral, por lo que será el empleador quien acredite la no subordinación.

La actual norma es, además, más rigurosa con la oportunidad para presentar pruebas, la exigencia de la prueba exhibicional y, como hemos observado, se rige bajo la presunción legal en contra del empleador.

La LPT también ha previsto que los casos que son elevados en casación puedan ser ejecutados en tanto se resuelve el recurso impugnatorio y si bien es cierto, esto alcanza a ambas partes, también lo es que es sustancialmente mayor el número de situaciones que obedecen al cumplimiento de sentencias a favor de la parte trabajadora.

Otro claro ejemplo de la presencia del principio protector, heredado de su antecesora, es la posibilidad que tiene el trabajador para postular al proceso

bajo la exoneración del pago de aranceles o, en todo caso, con la posibilidad de pagar aranceles de menor costo en el caso de altas cuantías.

Observamos pues, que el proceso laboral en nuestro país tiene una clara consistencia relacionada con el principio protector.

1. Manifestaciones del principio protector en el proceso laboral

Bajo las premisas expuestas, podemos identificar que el principio protector se hará visible en el proceso en las siguientes circunstancias:

- Interpretación de normas:
 - Preferencia por la interpretación que permita acceso a la justicia, desde una posición más favorable al trabajador.
 - Reducción de formalismos en el proceso laboral.
- Valoración de pruebas
 - El juez laboral puede valorar los medios probatorios considerando la desigualdad en el acceso a la prueba.
 - Acudiendo al principio de primacía de la realidad.
- Distribución de la carga de la prueba
 - A través de las reglas especiales contenidas en la Ley Procesal de Trabajo.
 - La carga de la prueba es atribuible al empleador cuando tiene mejor posibilidad de acreditar los hechos.
- Control de la autonomía de la voluntad
 - Se evita el abuso en la aceptación de condiciones a través de pactos que trasgreden normas mínimas.

2. ¿Cuándo puede el juez acudir al principio in dubio pro operario?

Al resolver, la tarea jurisdiccional suele enfrentar algunos problemas que González (2022, p.36) concentra en dos aspectos. El primero, está referido a la prueba de los hechos y su calificación jurídica; el segundo, trata sobre los problemas relativos a la premisa normativa, esto es, a la selección de la norma

relevante para resolver el caso y su interpretación. Es esto último lo que interesa a la presente disertación.

Es así como llegamos a la utilización del principio protector por parte del juez laboral. Esto nos lleva a preguntarnos, casi intuitivamente, respecto a cuándo puede acudir al *in dubio pro operario*? Esta pregunta genera un debate interesante. Como hemos indicado previamente, en puridad, el principio *in dubio pro operario* es una de las manifestaciones del principio protector y se circunscribe a la interpretación de una norma, tarea especialmente delicada en el rol jurisdiccional, pues, como bien advierte Haack (2020, p.101) ningún aparato lógico-formal, por más poderoso que sea, podría decirnos cuál es la mejor manera de interpretar o extrapolar, en este caso a las disposiciones normativas, a efectos de gestionar las disputas que surgen en circunstancias nuevas, imprevistas y, tal vez, imprevisibles. Es precisamente este rol, uno de los desafíos principales para la administración de justicia.

Respecto a este punto, diversos autores, incluyendo a Plá Rodríguez (1978, p. 47) manifiestan que este principio sería aplicable a la carga de la prueba en el proceso laboral y ello se denotaría en la inversión de dicha carga de la prueba. Este caso se encontraría, por ejemplo, en el Artículo 23.2 de la Ley Procesal de Trabajo, que señala que, acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de un vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario. Esta prueba en contrario, lógicamente, estará a cargo de la parte empleadora.

Sin embargo, señala Herrera (1991, p.42) y coincidimos con él, en que esta distribución de la carga probatoria define, en realidad, lo que cada parte debe probar para tener éxito en el proceso y, de no ocurrir ello, se aplicarían las reglas del juicio que indican al juez cómo debe resolver ante tal situación. Las presunciones legales, por su parte, se enfrentan a hechos que deben probarse para que éstas puedan ser desvirtuadas. Observamos, por lo tanto, que no nos encontramos a una interpretación en sentido estricto, sino ante la concurrencia de una conclusión cuando no se satisface la carga probatoria impuesta normativamente. Sin bien, esta imposición surge del principio protector general, no calza en las reglas del *in dubio pro operario*.

Entonces, ¿cuándo es que un juez puede acudir a la regla del *in dubio pro operario*?

Como hemos precisado en líneas anteriores, existen dos posiciones respecto a la aplicación del *in dubio pro operario*. La primera, responde a la tesis cognitiva, que defiende que la regla es aplicable cuando estamos ante un solo posible significado correcto de la norma, que debe ser descubierto por el intérprete al indagar por la voluntad del productor. La segunda, es la tesis escéptica que señala que la norma puede tener tantos sentidos correctos como métodos de análisis válidos.

El Tribunal Constitucional, en el Exp. 008-2005-PI/TC², ha señalado que nuestra Constitución exige la interpretación favorable al trabajador sobre el sentido de una norma, cuando nos encontremos ante una duda insalvable. Es decir, es aplicable luego de que, pese a haber acudido a las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitadamente en un contenido incierto o indeterminado y, por lo tanto, su interpretación no puede ser resuelta.

La sentencia citada, agrega que la aplicación de este principio está sujeta a cuatro consideraciones:

- Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.
- Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional.
- Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador.
- Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador.

Por lo tanto, entendemos que la interpretación más favorable para el trabajador será aplicable sí y solo sí la hermenéutica no otorga claridad sobre el contenido, significado o aplicación de la norma. En esta situación, nos encontraremos ante una duda insalvable y podremos acceder a la actuación de este principio.

En este punto, surge un nuevo cuestionamiento que consiste en identificar cuándo estamos realmente ante la necesidad de interpretar una norma (pues esta decisión nos conducirá más tarde a la utilización del principio en análisis).

2 <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>

Atienza (2016, p. 177), citando a McCormick, nos explica que los jueces pueden enfrentar situaciones de *casos difíciles* que suponen cuatro problemas: de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación. Bajo esta explicación, existe un problema de interpretación cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable al caso, pero la norma en cuestión admite más de una lectura.

Siguiendo esta línea, encontramos consenso en que existen dos tesis. La primera, señala que las normas pueden tener una lectura fácil o difícil y solo sería necesaria su interpretación en el último caso. La otra tesis, sostiene que la interpretación es un paso necesario en el proceso de aplicación de toda norma a cada caso concreto. Bajo la primera tesis, no todas las normas deben ser interpretadas; bajo la segunda, toda norma debe interpretarse.

Si a un texto normativo corresponde un significado pacífico que no requiere de discusión, la actividad interpretativa no será necesaria. Wróblewski (2001, p. 76) señala que los casos en que no existen dudas en la interpretación de la norma jurídica, se encuentran en una situación de *isomorfía*, mientras que aquellos casos que generan controversias, generan una situación de *interpretación*.

Por lo tanto, resulta claro que, antes de implementar cualquier mecanismo de interpretación, deberá verificarse si estamos ante una situación de isomorfía, esto es, si la norma que pretendemos aplicar es clara y de fácil entendimiento. ¿Quién define esto? ¿Bastaría con una de las partes alegue que no comprende la redacción de la norma para solicitar que un juez de inicio a su rol interpretador? Consideramos que no, sino que, una vez planteada dicha alegación, será necesario que el juez, bajo el principio a favor del buen legislador, no solo busque extraer significados al texto normativo, sino que dé inicio a esta tarea, por la identificación de si estamos o no ante un texto que se deja entender con su sola lectura. Si ello no ocurre, se activará automáticamente su potestad interpretativa.

Para realizar la interpretación normativa existen distintos criterios, que guardan correspondencia con diferentes teorías del derecho. Los más conocidos y usados son el literal, lógico, sistemático, histórico, teleológico y el sociológico, acompañados de muchos otros de menos recurrencia. En nuestro ordenamiento no existe una norma que establezca el orden de aplicación de dichos criterios. La libertad del juez es, por tanto, muy amplia.

Ante esta situación, consideramos que el criterio literal es el primero que debería emplearse, por tratarse de la primera aproximación a una norma. Este método busca el significado de la norma dudosa en la letra del texto legal (Thorne, 1989, p. 19) y se remite a la lectura simple y el entendimiento de la norma a partir del propio uso del lenguaje y de la terminología usada en su redacción.

Si el método literal no permite entender la norma bajo lectura, se podrá recurrir a otros métodos, tales como:

- **Método lógico**, que descompone la norma jurídica en sus partes integrantes para determinar su sentido.
- **Método sistemático**, que identifica la concordancia de la norma con otras y la aprecia desde su ubicación en el universo jurídico.
- **Método histórico**, que busca el sentido de la norma jurídica a partir de la voluntad del legislador.
- **Método sociológico**, que considera distintas variables sociales y adapta la norma a la realidad que se encuentra en controversia.
- **Método teleológico**, que busca identificar el sentido de la norma entendiendo la finalidad que persigue.

Sobre las afirmaciones anteriores, no existe un consenso. Por una parte, existe la posición relativa a que, si uno de los sujetos de la relación laboral acude ante un juez para que interprete una norma que manifiesta no comprender, se activaría el rol interpretador del magistrado, con mayor razón si es el trabajador quien lo solicita. Contra ello, se afirma que es el juez quien debe identificar si la norma en cuestionamiento se encuentra o no en una situación de isomorfia.

Por otra parte, surge la pregunta relativa a si, ante el planteamiento anterior, el juez debe acudir preliminarmente a la interpretación literal de la norma y si, de no encontrar respuesta en este método, se habilitará la aplicación de otros distintos. Al respecto, existe posiciones distintas, por las que se afirma que los métodos de interpretación pueden ser usados de manera indistinta e, incluso, procurando la interpretación que más favorezca al trabajador. Disentimos de esto último.

Reparemos nuevamente en lo que señala el Tribunal Constitucional, como requisitos para la aplicación del *in dubio pro operario*:

- Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos. - En este supuesto, al no entenderse el significado de la norma desde su lectura más sencilla, se aplican mecanismos de interpretación que devienen en resultados distintos entre sí.
- Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional. - Aun cuando se haya aplicado todo método de interpretación, persisten las dudas sobre el significado de la norma.
- Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador. - Agotado lo anterior, si subsiste la duda, se interpreta necesariamente a favor del trabajador.

Observamos, entonces, que el Tribunal Constitucional permitiría la aplicación de cualquier criterio de interpretación, sin prelación, a discreción del juez. Sin embargo, esta inferencia nos lleva a la natural preocupación relacionada con el método que escogerá el intérprete y a preguntarnos sobre la idoneidad de dicha decisión, pues cada método, como bien lo advierte el Tribunal, puede generar resultados muy distintos. Ante una situación similar, consideramos que el método literal debe ser el primero en ser aplicado, sobre todo, cuando nos encontramos ante una redacción que denota claridad.

Ahora, si la letra o la redacción de un apartado entrara en colisión con el espíritu de la norma, o bien, la letra cambiara de significado con el tiempo, estaremos ante una situación distinta. En el primer caso, será idónea la primacía del espíritu sobre la letra. En la segunda situación, será preferible el nuevo significado, cuando el antiguo resulte impracticable.

No debe confundirse la interpretación más favorable al trabajador en este punto, pues, como hemos descrito, esta medida solo podrá implementarse cuando la hermenéutica haya fallado; solo entonces será aplicable el *in dubio pro operario*.

IV. A TÍTULO DE CONCLUSIONES

En la actualidad existe un amplio desafío dirigido a garantizar la igualdad entre las partes que constituyen el contrato de trabajo. Para ello, el principio

protector se encarga de equiparar las desigualdad social y económica en la que se encuentra el trabajador, a través de reglas que le permiten acceder o al menos procurar la consolidación de la anhelada igualdad.

Este principio protector tiene diversas manifestaciones, y en su forma más pura es encontrada en las reglas del *in dubio pro operario*, la norma más favorable y la condición más beneficiosa.

El proceso laboral no es ajeno al principio protector y se manifiesta tanto en sus propias reglas, como en aquellas consagradas para el derecho del trabajo en general. Ello, permite que el juez, pueda aplicar y ejecutar las distintas vertientes del principio protector.

Bajo estas premisas, el juez está habilitado para aplicar la regla del *in dubio pro operario*, luego de cumplir con los requisitos de interpretación normativa regulados por el Tribunal Constitucional y solo cuando se encuentre ante una duda insalvable.

En el marco de lo anterior, surgen dudas y propuestas relativos a cuándo nos encontramos realmente ante una duda insalvable. Para ello, es necesario que el juez evalúe de manera razonable el pedido de las partes respecto a dar inicio a su función interpretativa y a la posterior aplicación de la regla del *in dubio pro operario*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Atienza, Manuel (2016). *Las razones del Derecho*. Palestra Editores.

García, Juan y Atienza, Manuel (2016). *Un debate sobre la ponderación*. Palestra Editores y Editorial Temis.

González, Daniel (2022). *Quaestio facti - Volumen I*. Palestra Editores.

Haack, Susan (2020). *Filosofía del Derecho y de la Prueba*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Herrera, Ricardo (1991). La inversión de la carga de la prueba: ¿Manifestación del “In Dubio Pro Operario”? En *THEMIS Revista De Derecho* Nro. 18.

- Lifante, Isabel (2010). *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Palestra Editores.
- Martin, Antonio y otros (2011). *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos.
- Murano, Gustavo (2021). *Derechos fundamentales del trabajo. El principio protectorio y la no discriminación*. En Revista Derechos en Acción Nro. 06. Universidad de Buenos Aires.
- Neves, Javier (2018). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Cuarta edición. Fondo Editorial PUCP.
- Pasco, Mario (2008). *El Principio protector en el derecho laboral*. En Libro Homenaje a Luis Aparicio Valdez. SPDTSS
- Plá, Américo (1978). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Segunda edición, Ediciones Depalma.
- Plá, Américo (1998). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Tercera edición, Ediciones Depalma.
- Rosenbaum, Jorge (2019). *La determinación de la norma más favorable*. En: El derecho del Trabajo en la Actualidad: Problemática y Prospectiva. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Thorne, Carlos (1989). *La interpretación de la ley (cuestiones metodológicas)*. Cultural Cuzco.
- Toyama, Jorge (1993). *Principio de condición más beneficiosa: manifestaciones y límites en el ordenamiento peruano*. En Derecho & Sociedad Nro. 07.
- Tuzet, Giovanni y Canale, Damiano (2021). *La justificación de la decisión judicial*. Palestra Editores.
- Wróblewski, Jerzy (2001) *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Cuadernos Cívitas.

SECCIÓN: INTERNACIONAL

El futuro de la salud y la seguridad en el trabajo como principio y derecho fundamental: ¿cumplirá con los desafíos de la ISO y la ONU?*

The future of occupational health and safety as a fundamental principle and right: Will it meet the challenges of ISO and the ONU?

ISABELLE DAUGAREILH

Profesora de Derecho del Trabajo en la Universidad de Burdeos.
Correo electrónico: isabelle.daugareilh@u-bordeaux

RESUMEN: La Conferencia de la OIT de 2022 aprobó la Resolución que incorpora al entorno seguro y saludable en el listado de los principios y derechos fundamentales en el trabajo del organismo internacional, por lo que los Convenios 155 y 187 sobre seguridad y salud en el trabajo son elevados a la categoría de convenios fundamentales. Desde 1998, la OIT viene utilizando formas de regulación basadas en el derecho indicativo y combinando con la promoción de la ratificación de los convenios fundamentales, de modo que los Estados adquieren la obligación de adoptar las medidas necesarias que aseguran su cumplimiento en el ordenamiento nacional.

ABSTRACT: The 2022 ILO Conference approved the Resolution incorporating the safe and healthy environment into the international organization's list of fundamental principles and rights at work. Conventions 155 and 187 on occupational safety and health are therefore elevated to the rank of fundamental Conventions. Since 1998, the ILO has used forms of regulation based on soft law and combined them with the promotion of the ratification of fundamental Conventions, so that States acquire the obligation to adopt the necessary measures to ensure their compliance in their national legislation.

PALABRAS CLAVE: OIT, seguridad y salud en el trabajo, convenios fundamentales.

KEYWORDS: ILO, safety and health at work, fundamentals conventions.

Recibido: 13/09/2025

Aceptado: 24/09/2025

Publicado en línea: 03/11/2025

* Este artículo fue originalmente publicado como el capítulo 26. En: *Social Justice and World of Work: Possible Futures. Essays in Honour of Francis Maupain* de Brian Langille y Anne Trebilcock (eds.). Oxford: Hart Publishing.

SUMARIO: I. Introducción. II. La larga marcha del derecho fundamental a un lugar de trabajo seguro y saludable. A. Retrocesos con la Declaración de 2019. B. El compromiso sobre la Resolución de 2022. 1. *La cláusula de salvaguardia para los Estados miembros*. 2. *Las responsabilidades complementarias de los mandantes*. III. El reposicionamiento multilateral de la OIT sobre condiciones de trabajo seguras y saludables. A. El fantasma de la norma ISO 45001 sobre seguridad y salud en el lugar de trabajo. B. La construcción de las relaciones entre la OIT y las Naciones Unidas sobre el trabajo decente y las condiciones de trabajo seguras y saludables. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En junio de 2022, la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) adoptó una Resolución histórica sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT (en adelante “la Resolución”).¹ Tras la pandemia del COVID-19 y los efectos desastrosos que tuvo en los trabajadores, la OIT superó desafíos, crisis y conflictos para llegar a un consenso sobre el lugar del derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable en su sistema normativo. Esto ha fortalecido la posición de la OIT en un momento en que otras instituciones compiten por ocupar el espacio político.

Aunque un entorno de trabajo seguro y saludable ha sido una preocupación constitucional de la OIT desde 1919, ha pasado un siglo para que sea designado como un principio y un derecho fundamental. Ahora, integrados en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, los Estados Miembros de la OIT, independientemente de su nivel de desarrollo económico, se han comprometido a respetar y promover este principio y este derecho, hayan ratificado o no los convenios pertinentes. Con este gesto histórico, los mandantes de la OIT (gobiernos, empleadores y trabajadores) han añadido el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (n.º 155) y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud de los trabajadores, 2006 (n.º 187) a la lista de los otros ocho convenios fundamentales de la OIT.

1 Resolución aprobada en la 110.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 10 de junio de 2022, CIT.111/Resolución I.

Al mismo tiempo que continúa regulando mediante la adopción de convenios, la OIT está utilizando formas de regulación que se basan en el derecho indicativo (instrumentos distintos de los convenios).² De hecho, fue con la Declaración de 1998 y su seguimiento, ahora modificado por la Resolución, que la Organización inventó una combinación de los dos tipos de regulación.

La combinación consiste en crear una plataforma jurídicamente no vinculante para fomentar la ratificación de los convenios fundamentales. Que la OIT ha encontrado, con este tipo de acuerdo, una forma de hacer efectivas sus acciones normativas lo demuestra el indicador indiscutible del número de ratificaciones de los llamados convenios fundamentales. Esta combinación organiza *a continuum* entre los instrumentos convencionales y no convencionales. Esto permite experimentar con toda una gama de índices de normatividad (grado de fuerza vinculante/precisión de las reglas, etc.)³ que hacen redundante la distinción entre *derecho indicativo* y *derecho imperativo*. Desde la Declaración de 1998, la OIT ha experimentado lo que Prosper Weil ha llamado un “estiramiento de la normatividad internacional”,⁴ la Declaración del Centenario de la OIT (2019) y la Resolución que le siguió forman parte de esta tendencia normativa subyacente. Francis Maupain fue uno de los principales impulsores de esta tendencia normativa, que ha demostrado ser un impulso transformador para la OIT.

Después de lo que ha sido una larga marcha, el derecho a la seguridad y la salud en el trabajo se ha convertido en el derecho fundamental a un entorno de trabajo seguro y saludable (Parte II). Este nuevo gesto normativo de la OIT es también un ejemplo de la “venerable anciana” que demuestra que todavía tiene la capacidad de ponerse de pie y ser contada en un contexto normativo internacional en el que la competencia es generalizada en este tema (Parte III).

2 Cfr. Maupain, Francis (2000). «L'OIT devant le défi de la mondialisation – de la réglementation à la régulation internationale du travail?» en P de Senarclens, *Maîtriser la mondialisation – La régulation sociale internationale*. Paris : Presses de Sciences Po, collection Académique, p.147.

3 Cfr. Thibierge, Catherine (2013). «La densification normative: découverte d'un processus». En: *La densification normative, Découverte d'un processus*. Paris: Mare et Marin.

4 Cfr. Weil, Prosper (1992). «Le droit international en quête de son identité», La Haya: *Récueil des Cours de l'Académie de droit international*. Martinus Nijhoff Publishers, No. 237, p. 227.

II. LA LARGA MARCHA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UN LUGAR DE TRABAJO SEGURO Y SALUDABLE

Tras un largo proceso compuesto por avances, aplazamientos y cambios en la programación, la OIT logró llegar a un consenso que condujo a la adopción el 10 de junio de 2022 de la Resolución (A). Esto se logró al precio de un compromiso que anuncia otro cuyo resultado está claramente en manos de los mandantes y, es, por lo tanto, su responsabilidad (B).

A. Retrocesos con la Declaración de 2019

El derecho a un lugar de trabajo seguro y saludable se evoca en la Constitución de la OIT (1919), que se refiere en su Preámbulo a que “se requiere urgentemente la protección del trabajador contra las enfermedades y lesiones derivadas de su empleo”. La Declaración de Filadelfia (1944), anexa a la Constitución, considera que la promoción de la “protección adecuada de la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones” es una de las “obligaciones solemnes” de la OIT. Y, sin embargo, no se incluyó en los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la Declaración de 1998. En la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008, se incluyó en el objetivo estratégico sobre protección social. Por lo tanto, la cuestión es algo más que un simple tema de interés para la OIT, que ahora tiene 43 documentos diferentes que se refieren a ella.

Las condiciones de trabajo seguras y saludables fueron una de las cuestiones planteadas en el proyecto de texto de la Declaración del Centenario. La muy clara propuesta inicial de incluir el derecho a condiciones de trabajo seguras y saludables en los derechos fundamentales de la Declaración de 1998⁵ dio paso a una frase más ambigua, menos audaz, más vaga y menos restrictiva: “las condiciones de trabajo seguras y saludables son fundamentales para el trabajo decente”. Esta declaración utilizó parte de la redacción de la enmienda propuesta por los gobiernos de la Unión Europea (UE) y parte de la enmienda de los empleadores. La reformulación del texto de la Declaración del Centenario reveló que había una fuerte resistencia a

5 Proyecto: I.L.C. “Las condiciones de trabajo seguras y saludables constituyen un principio y un derecho fundamental en el trabajo, a los que se suman los contenidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998”.

ampliar el contenido sustantivo de la Declaración de 1998.⁶ Sin embargo, la Declaración del Centenario fue acompañada por la Resolución sobre la Declaración del Centenario, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo del 21 de junio de 2019, en la que se pedía al Consejo de Administración que “examinara, lo antes posible, propuestas para incluir condiciones de trabajo seguras y saludables en el marco de los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT”.

La adopción de la Resolución de 2022 es el resultado de un proceso de debates celebrado en el Consejo de Administración⁷ (en adelante GB) y en la Comisión de Asuntos Generales de la Conferencia (en adelante la Comisión). Esta última se encargó de decidir sobre los puntos relativos a la forma: ¿la inclusión del nuevo principio-derecho en la Declaración de 1998 debería ser una enmienda a la Declaración o debería adoptarse una nueva Declaración, posiblemente con su propio mecanismo de seguimiento? Al optar por la primera solución, la Comisión y luego la Conferencia Internacional del Trabajo (en adelante CIT) optaron por preservar la unidad, la autoridad, el alcance, la visibilidad y la eficacia de la Declaración de 1998 y su mecanismo de seguimiento, que han asegurado su éxito, y que ahora serían aplicables al derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable. Al igual que la Declaración de 1998, la Resolución es declarativa y no pretende establecer el carácter fundamental de los derechos, ya que “los derechos fundamentales no son fundamentales porque la Declaración lo diga; la Declaración dice que son fundamentales porque lo son”.⁸ En cuanto a la elección del Convenio No. 155 y el Convenio No. 187 como los dos Convenios para sustentar el derecho fundamental a un entorno de trabajo seguro y saludable,⁹ esto está lógicamente en consonancia con

6 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2019a). *Actas Provisionales* núm. 6B (Rev). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, Cuarto punto del orden del día: Documento final del centenario de la OIT, Informe de la Comisión Plenaria.

7 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2019b). *Actas de la 337.ª reunión del Consejo de Administración*, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, GB.337/PV, §116. Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2021a). *Actas de la 341.ª reunión del Consejo de Administración*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2021b). *Actas de la 343.ª reunión del Consejo de Administración*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, GB.341/PV, §198.

8 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (1998). *Examen de una posible declaración de principios de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los derechos fundamentales y su mecanismo de seguimiento adecuado*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Informe VII de la 86.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, p. 1.

9 Cfr. Brakenhielm, Catherine y Obadia, Jacques (2013). «Sécurité et santé au travail». En: *Droit international social* de Jean-Marc Thouvenin y Anne Trebilcock (eds.). Bruselas: Bruylant, Annuaire Français de Droit International, Tomo 2, Brussels, p. 995. El Convenio No. 171 de 1985 sobre los

las conclusiones de los dos Estudios Generales de la OIT, respectivamente los de 2009¹⁰ y 2017¹¹ y su referencia fuera de la OIT en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales, y Culturales (Art.7), la Carta Social Europea (Art 3), la Declaración de Seúl de 2008 y luego la Declaración de Estambul de 2011. Esta elección corresponde a la preocupación por tener una visión global, incluso sistémica, de este derecho y, al hacerlo, justificar la elección de la redacción, que no se refiere a un derecho a la salud sino a un medio ambiente seguro y saludable, como se menciona en el artículo 1, letra d), y en el artículo 2, apartado 1 del Convenio No. 187. En cuanto a las discusiones sobre el fondo, se referían a los efectos jurídicos de la Resolución, que condujeron a un compromiso.

B. El compromiso sobre la Resolución de 2022

“El derecho internacional es un instrumento creativo y flexible que puede regular cualquier cosa y hacer cualquier cosa siempre que los Estados quieran y sepan cómo usarlo”.¹² La normativa de la OIT no es una excepción a esta regla y parece haber inspirado los dos elementos del compromiso que figuran expresamente en la Resolución. Se trata de la cláusula de salvaguardia para los Estados (1) y del principio de responsabilidad complementaria, que concierne a los mandantes (2).

servicios de salud en el trabajo fue sugerido por el grupo de los trabajadores, mientras que el grupo de los empleadores solo deseaba utilizar el Convenio No. 187. Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2022). *Actas de la 110ª. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, ILC.110/Acta núm. 1D, 17 de junio de 2022.

- 10 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2009). *Estudio general relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), a la Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 164) y al Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. ILC.98/III(1B), §294 y 295.
- 11 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2017). *Trabajar juntos para promover un medio ambiente de trabajo seguro y saludable. Estudio general relativo a los instrumentos de seguridad y salud en el trabajo sobre el marco promocional, la construcción, las minas y la agricultura*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. ILC.106/III(1B), §573, 579, 580.
- 12 Serge Sur, cita traducida de «Le droit international au cœur des relations internationales», Dossier A quoi sert le droit international, *Questions internationales*, n. 49, 2011, p. 4, sp.p.11.

1. La cláusula de salvaguardia para los Estados miembros

Históricamente, la OIT se ha distinguido de otras organizaciones internacionales debido a su naturaleza tripartita, que atraviesa todos los procesos involucrados en la producción y el control de normas. Además, el considerando de la Constitución de 1919 que se refiere a que “el hecho de que una nación no adopte condiciones humanas de trabajo es un obstáculo para otras naciones que desean mejorar las condiciones en sus propios países”, sigue siendo una preocupación central de la OIT. Por estas razones, el derecho de la OIT difiere del derecho internacional público en muchos aspectos.

Por lo tanto, rechaza las ratificaciones acompañadas de reservas por dos razones. En primer lugar, el Tratado por el que se creó la OIT no prevé ningún sistema de aprobación general de las reservas después de la clausura de la Conferencia Internacional. En segundo lugar, sobre todo, porque iría en contra del tripartismo en virtud del cual las organizaciones de empleadores y de trabajadores tienen la misma posición que los gobiernos en el proceso de adopción de un convenio y en los mecanismos para aplicarlo.¹³

Sin embargo, algunos convenios de la OIT contienen cláusulas de flexibilidad, que permiten a los Estados acompañar su ratificación con una declaración. Estas adaptaciones pueden tomar diversas formas: exclusión autorizada de determinadas ramas o tipos de empresas, excepciones permitidas para determinadas categorías de trabajadores, posibilidad de ratificar determinadas partes del instrumento, utilización de expresiones que dejan margen de interpretación por parte de los Estados («si es necesario, a la luz de las condiciones y prácticas nacionales», etc.).¹⁴ Las opciones deben estar abiertas y previstas en el texto del convenio correspondiente.¹⁵ En el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo, el Convenio No. 155, por ejemplo,

13 Cfr. Jenks, C. Wilfred (1957). *The International Protection of Trade Union Freedom*. Londres: Stevens, p. 542–47, 547. United Nations. *Statement in the Committee of the Whole of Vienna Conference on the Law of Treaties*. Geneva: United Nations. Doc. NU A/CONF 39/C1/ SR; §11 citado por Imbert, PH (1979). *Les réserves aux traités multilatéraux*. Paris: Pedone, p. 28; Organización Internacional del Trabajo (1951). *Code international du travail* (ILO, International Labour Code, Vol. I. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, CV–CX; Dupuy, Pierre-Marie y Kerbrat, Yann (2014). *Droit international public*, 12th. Edn, Paris: Dalloz, p. 286.

14 Servais, Jean-Michel (2015). *Droit international du travail*. Bruselas : Larcier, p. 234 y ss., p. 380 y ss.

15 Este es el caso del Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973 (n.º 138) y del Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (n.º 121).

preveía cláusulas de flexibilidad para el Estado ratificador, que incluso puede hacer ciertas exclusiones del ámbito de aplicación.¹⁶

La Resolución de 2022 contiene una cláusula muy diferente conocida como cláusula de salvaguardia, que está redactada de la siguiente manera: “nada de lo dispuesto en la presente Resolución se interpretará en el sentido de que afecta en modo alguno a los derechos y obligaciones de un Miembro derivados de los acuerdos comerciales y de inversión existentes entre Estados”.¹⁷ Los efectos jurídicos sobre los acuerdos económicos multilaterales y bilaterales de libre comercio fueron el centro de gran parte de los debates entre los mandantes, a pesar de que, al tratarse de una resolución no vinculante, no había absolutamente ninguna necesidad de tal cláusula. Esto da una idea de lo delicado que es este tema.¹⁸ La secretaría de la OIT se expresó en términos algo diferentes:

la Declaración, al igual que no crea nuevas obligaciones constitucionales para los Estados miembros, no los exime de las obligaciones jurídicas que puedan tener en virtud del derecho internacional (...). La Declaración, dado que ni siquiera es un tratado, no proporcionaría ninguna base jurídica para las derogaciones de estos tratados entre ellos. Tampoco permitiría a la OIT emitir ningún tipo de instrucciones sobre un asunto que no es de su competencia.¹⁹

Al igual que la Declaración de 1998, la enmienda de 2022 no crea ninguna nueva obligación jurídica, directa o indirecta, para los Estados parte en los acuerdos económicos de libre comercio. Su incorporación sólo puede ser explícita y, por lo tanto, depende enteramente de la voluntad de los Estados, que tampoco están obligados a considerar su inserción en los tratados vigentes. Cabe destacar que sólo el 65 por ciento de los acuerdos de libre comercio mencionan expresamente la Declaración de 1998 y el 9 por ciento los Convenios Fundamentales, y que la fuerza vinculante de las cláusulas relativas a ellos varía

- 16 Artículos 1, apartados 2 y 3, 2, apartado 1, y 3 del Convenio. El Convenio C161 y la Recomendación sobre los servicios de salud en el trabajo (n.º 171) que lo acompañan establecen un compromiso progresivo para que los Estados introduzcan servicios de salud para todos los trabajadores en todas las ramas.
- 17 Inicialmente se incluyeron incentivos unilaterales.
- 18 La cláusula fue defendida, entre otros, por Bangladesh y Estados Unidos.
- 19 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2021). *Examen de una eventual Declaración de Principios de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los derechos fundamentales*, citado en la 343.ª reunión del Consejo de Representantes, GB.343/INS/6, 14 de octubre de 2021.

considerablemente.²⁰ Esto demuestra lo mucho que aún queda por hacer para que la Declaración de 1998 en su versión inicial, sin importar la versión modificada por la Resolución de 2022, penetre verdaderamente en el comercio internacional y el derecho económico internacional. La cláusula de salvaguardia de la Resolución protege a los Estados contra cualquier interpretación demasiado audaz o cualquier intento de darle un alcance que en principio no tiene. Tal como está, la cláusula debilita potencialmente el derecho recién calificado como fundamental, restringiendo su alcance y dejando el derecho internacional del trabajo a merced de la globalización de la economía y de un derecho económico internacional que en gran medida hace oídos sordos a las cuestiones sociales.²¹ El segundo elemento del compromiso, el principio de responsabilidad complementaria,²² podría, si los mandantes lo tomaran en serio, tener el efecto de atenuar la cláusula de salvaguardia. Sin embargo, desde un punto de vista formal, los autores de la Declaración no la incluyeron en el cuerpo del texto de la Resolución, sino en su preámbulo.

2. Las responsabilidades complementarias de los mandantes

El preámbulo también establece que: “Un entorno de trabajo seguro y saludable requiere la participación activa de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores a través de un sistema de derechos y responsabilidades definidos, así como a través del diálogo social y la cooperación”. El uso del diálogo social a nivel mundial en cuestiones relacionadas con condiciones de trabajo seguras y saludables ya es una práctica establecida, ya sea como parte de los Acuerdos Marco Internacionales (en adelante, los AMI) o de los acuerdos multilaterales (como en los Acuerdos de Bangladesh).

Las condiciones de trabajo seguras y saludables se encuentran entre los temas tratados con mayor frecuencia en los AMI, aunque no formaban parte de los derechos consagrados en la Declaración de 1998. Además, es en este tema donde

20 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2017). *Manual de evaluación de las disposiciones laborales en acuerdos comerciales y de inversión*, 2017. Citado en el documento GB.343/INS/6.

21 Véase LeClercq, Desirée (2021). “A Tale of Tripartism, a Tribunal, and Trade”. En: *Social Justice and World of Work: Possible Futures. Essays in Honour of Francis Maupain* de Brian Langille y Anne Trebilcock (eds.). Oxford: Hart Publishing.

22 En lugar de responsabilidad compartida. De hecho, el Grupo de los Trabajadores sostuvo que las responsabilidades y deberes de los empleadores y los gobiernos eran muy diferentes de los de los trabajadores que tienen “poco o ningún poder real para influir en su entorno laboral”, ILC.110/Acta 1 D, 17 de junio de 2022.

los AMI son más innovadores y exigentes. De hecho, estos acuerdos²³ incluyen obligaciones de medios, entre ellas: la introducción de un diálogo con los órganos de representantes del personal para elaborar una política de calidad, salud, seguridad y medio ambiente, la introducción de indicadores relativos a la seguridad de los puestos de trabajo²⁴ y mecanismos de control en los sistemas de gestión interna que se dan a conocer a los representantes del personal, el reconocimiento a nivel mundial del derecho de los trabajadores a abandonar condiciones de trabajo inseguras,²⁵ la creación de un comité mixto de seguimiento mundial y de un sistema de información sobre riesgos y formación en seguridad.²⁶ Estos compromisos son a veces objeto de una cascada de contratos que atraviesan la cadena de valor mundial, lo que les confiere el potencial de ser jurídicamente eficaces.²⁷ La adopción de la Resolución debería impulsar la inclusión del derecho a condiciones de trabajo seguras y saludables en los futuros AMIs o en los que se renueven.

Además, tras el derrumbe del edificio Rana Plaza el 24 de abril de 2013, se llevaron a cabo tres iniciativas en Bangladesh en las que participaron partes interesadas públicas y privadas, incluido el Acuerdo sobre Seguridad de los Edificios y contra Incendios en Bangladesh (en adelante, el Acuerdo) firmado el 13 de mayo de 2013 por dos federaciones sindicales internacionales, IndustriAll Global Union y UNI Global Union, y por empresas transnacionales. El Acuerdo introdujo un programa de seguridad contra incendios y de edificios en la industria de la confección en Bangladesh. Se aplica a todos los proveedores de productos fabricados para las empresas firmantes, comprometiéndose estas últimas a garantizar que los proveedores acepten ser inspeccionados y a aplicar las medidas correctivas y de formación establecidas de mutuo acuerdo entre la marca y la empresa local.

23 Cfr. Daugareilh, Isabelle (2017). "Enjeux et limites des accords cadre internationaux: l'exemple des entreprises françaises". En : *La RSE, vecteur d'un droit de la mondialisation ?* de Isabelle Daugareilh. Bruselas: Bruylant.

24 Indicadores introducidos por primera vez en el Acuerdo de EDF, de 25 de enero de 2009, sobre la responsabilidad social del grupo EDF. Disponible en: www.industriall-union.org. Los indicadores también aparecen en los AMI de empresas como Solvay (ex-Rhodia), Lafarge, Peugeot y France Telecom.

25 Acuerdo total firmado en 2015 con IndustriALL. Disponible en: www.industriall-union.org.

26 En el acuerdo Danone, los beneficiarios de la obligación de seguridad son los empleados de las agencias de trabajo temporal y los subcontratistas y, en general, cualquier persona presente en el sitio, esté o no allí para trabajar y cualquiera que sea su condición jurídica.

27 Cfr. Boy, L (2017). "Les apports de la certification, de la normalisation, et de la labellisation à l'effectivité ou l'efficacité des normes juridiques". En : *La RSE, vecteur d'un droit de la mondialisation ?* de Isabelle Daugareilh. Bruselas: Bruylant.

El Acuerdo jurídicamente vinculante ha establecido un comité ejecutivo tripartito que tiene la facultad de contratar inspectores y expulsar a las empresas que no cumplan. El texto otorga a las partes en una disputa el derecho a acudir al arbitraje.²⁸ Los signatarios asignaron a la OIT un papel de «fideicomisario» de la aplicación del Acuerdo.

El Acuerdo destaca la responsabilidad del Estado receptor frente a las cadenas de valor globales.²⁹ Los resultados de su aplicación³⁰ demuestran que el territorio nacional es el nivel adecuado para pasar de una situación de malas condiciones de trabajo a un estado satisfactorio. Sin la presión externa, el Estado de Bangladesh no habría aceptado tales iniciativas; a la inversa, no es posible avanzar en estos contextos sin la participación plena y voluntaria del Estado receptor, así como de los agentes económicos y sociales. Ahora, las dificultades encontradas a la hora de renovar el Acuerdo de 2013 en 2018 debido a la resistencia organizada de los empleadores exportadores en Bangladesh (que tenían partidarios en el gobierno) y la toma de la Corte Suprema por parte del propietario de una fábrica local de prendas de vestir llevaron al gobierno de Bangladesh a adoptar una línea más dura frente a lo que consideraba una interferencia en sus asuntos internos por parte de la OIT y los socios en el Acuerdo. En este contexto, la firma de un nuevo Acuerdo el 1 de septiembre de 2021 por un período de dos años puede verse como una victoria en dos frentes. En primer lugar, el Acuerdo sigue siendo multipartito, vinculante e incluye un proceso simplificado para ir al arbitraje. En segundo lugar, su alcance temático se ha ampliado de condiciones

- 28 En 2016, los sindicatos IndustriAll Global Union y Uni Global Union interpusieron dos procedimientos de arbitraje ante la Corte Permanente de Arbitraje contra dos marcas. El tribunal arbitral emitió una orden de rescisión el 17 de julio de 2018 tras un acuerdo financiero alcanzado por las partes, cuya identidad ha permanecido en secreto. Corte Permanente de Arbitraje, Arbitrajes en virtud del Acuerdo sobre Seguridad contra Incendios y de los Edificios en Bangladesh entre IndustriALL Global Union y UNI Global Union y dos marcas mundiales de moda, Comunicado de prensa de la CPA, 17 de julio de 2018, La Haya. Ver www.pca-cpa.org/cases/152/. Véase Yiannabis, Katerina (2021). “The Use of Arbitration to Resolve Transnational Labour Disputes En: *Social Justice and World of Work: Possible Futures. Essays in Honour of Francis Maupain* de Brian Langille y Anne Trebilcock (eds.). Oxford: Hart Publishing.
- 29 Véase Martin-Ortega, Olga y Trusgnach, Martina (2021). “Buying Beyond Our Borders: Public Procurement and Labor Rights in Global Supply Chains”. En: *Social Justice and World of Work: Possible Futures. Essays in Honour of Francis Maupain* de Brian Langille y Anne Trebilcock (eds.). Oxford: Hart Publishing.
- 30 Cfr. Kang, Youbin (2021). “El surgimiento, el fin y la sustitución del experimento de reglamentación laboral transnacional en Bangladesh”. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 140, No. 3, p. 407–30; Trebilcock, Anne (2020). “El desastre del Rana Plaza siete años después: Iniciativas transnacionales y Proyecto del tratado”. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 139, No. 4, p. 545–68.

de trabajo seguras y saludables para incluir la diligencia debida en materia de derechos humanos en toda la cadena de suministro, y se ha asumido el compromiso de ampliar el alcance del Acuerdo a otros países también. La consagración del derecho a un lugar de trabajo seguro y saludable como derecho fundamental en la Resolución de 2022 refuerza la aplicación del nuevo Acuerdo.

Lejos de poner fin al debate sobre condiciones de trabajo seguras y saludables, la Resolución de 2022 abre de hecho un nuevo capítulo cuya eficacia dependerá en parte del compromiso de los mandantes en el contexto de los acuerdos de libre comercio, así como de los acuerdos que surjan del diálogo social transnacional. Dado que las condiciones de trabajo seguras y saludables han sido una fuente de tensión en las relaciones internacionales, la adopción de la Resolución debería permitir a la OIT reposicionarse más favorablemente.

III. EL REPOSICIONAMIENTO MULTILATERAL DE LA OIT SOBRE CONDICIONES DE TRABAJO SEGURAS Y SALUDABLES

Reafirmar el multilateralismo³¹ es una cosa, mientras que implementarlo y mantenerlo es otra. Como organismo especializado de las Naciones Unidas (ONU), la OIT se enfrenta a menudo a iniciativas de regulación internacional en competencia. Este es el caso, en particular, de la Organización Internacional de Normalización (ISO), que ha adoptado una norma sobre salud y seguridad en el trabajo, la ISO 45001³² (A). La OIT también tiene que defender su liderazgo en cuestiones laborales y de protección social en la esfera diplomática internacional, dentro del propio sistema de las Naciones Unidas (B).

A. El fantasma de la norma ISO 45001 sobre seguridad y salud en el lugar de trabajo

Después de que la OIT y la ISO firmaran un primer Memorando de Entendimiento (en adelante MoU) en 2005 cuando se publicó la norma ISO 26000

31 Véase Badie, Bertrand y Devin, Guillaume (2007). *Le multilatéralisme. Nouvelles formes de l'action internationale*. Paris: La Découverte.

32 Norma internacional ISO 45001, Sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo – Requisitos con orientación para su uso, Referencia n.º ISO 45001:2018 (F).

sobre la responsabilidad social de las organizaciones,³³ firmaron un segundo MoU en marzo de 2013.³⁴ Este último se refería a la colaboración de ambas organizaciones en el ámbito de los sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo. Este acuerdo fue rescindido por la OIT el 8 de marzo de 2018. El objetivo del Memorando de Entendimiento de 2013 era, en primer lugar, evitar que las normas ISO contradijeran las de la OIT y, en segundo lugar, reforzar la complementariedad entre los mandatos de las dos organizaciones. En este memorando de entendimiento se estipuló que “dado el amplio mandato y la acción de la OIT para promover la justicia social y el trabajo decente, y la amplia misión de la ISO, las normas de la ISO que se relacionan con cuestiones comprendidas en el mandato de la OIT (materias de la OIT) deben respetar y apoyar las disposiciones de las NIT y las medidas conexas de la OIT, incluso utilizando las NIT como fuente de referencia con respecto a las cuestiones de la OIT en caso de conflicto”.³⁵ En caso de conflicto, el Memorandum de Entendimiento especificó que debía darse prioridad a las normas de la OIT sobre las de la ISO.

El conflicto entre las dos organizaciones se refería al contenido de la norma ISO sobre seguridad y salud en el trabajo publicada en abril de 2018. Antes de esto, la OIT había participado en cuatro años de discusiones con ISO. Sin embargo, a pesar de las observaciones de la OIT, la norma ISO contiene requisitos de protección que son menos exigentes que las normas de la OIT. No contiene garantías para los trabajadores, como el derecho a retirarse en caso de peligro grave e inminente para su seguridad y salud sin temor a represalias, el derecho a equipos de protección personal gratuitos, el derecho a la formación gratuita, etc.

La norma ISO 45001 presenta varios riesgos: poner en peligro el progreso de la legislación nacional hacia la norma internacional de la OIT, impedir la eficacia

33 Cfr. Daugareilh, Isabelle (2010). “L’ISO à l’assaut du social: risques et limites d’un exercice de normalisation sociale”. En : *Responsabilité sociale de l’entreprise transnationale et globalisation de l’économie* de Isabelle Daugareilh (dir.). Bruselas : Bruylant. De la misma autora, “La norme ISO 26000 sur la responsabilité sociale des organisations: observations sur un exercice d’inter-normativité”. En: “ISO 26000, une norme ‘hors norme?’” de M Capron, F Quaisnel-Lanoizelée, M.F. (dir.). Paris: Économica, p. 147.

34 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2013). *Actas del Consejo de Administración del 16 al 31 de octubre de 2013*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 319.^a reunión del Consejo de Administración, GB.319/INS/INF/1.

35 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2017). *Actas del Consejo de Administración del 26 de octubre al 9 de noviembre de 2017*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, GB.331/INS/10, Apéndice I, p 11 y la Decisión de 7 de noviembre de 2017.

de las normas propias de un Estado adoptadas de conformidad con los instrumentos jurídicos de la OIT y dar a las empresas que participan en el comercio internacional carta blanca para frustrar los esfuerzos de la OIT por establecer el derecho fundamental a un entorno de trabajo seguro y saludable. Esto ilustra hasta qué punto el principio de coherencia movilizado en la Declaración del Centenario es una condición para la OIT manteniendo su posición en el plano institucional y normativo internacional. Este ejemplo muestra también hasta qué punto las organizaciones internacionales cuyas normas se dirigen directamente a las empresas, especialmente las que participan en el comercio internacional, ejercen indirectamente influencia sobre los Estados miembros de la OIT, al permitir que dichas empresas afirmen que cumplen una norma sobre salud y seguridad en el trabajo, aunque sea menos exigente que las de la OIT.

A este respecto, la confirmación de condiciones de trabajo seguras y saludables como derecho fundamental en la 110ª reunión de la CIT es un acto político eminentemente poderoso que ayudará a abordar las normas (técnicas) internacionales de “mejor postor”, siempre que los mandantes asuman en serio el principio de responsabilidad complementaria establecido por la Resolución de 2022. El interés de este principio se hace tangible aquí en el sentido de que cada certificación ISO 45001 solicitada por una empresa sobre la base de dicho texto podría verse como un socavamiento del alcance de la Resolución de 2022.

La extensión progresiva de las normas técnicas internacionales privadas es un arma formidable en manos de las empresas transnacionales, que podrían representar un riesgo importante (para la democracia y la justicia social) en ausencia de una regulación legal de las actividades de las empresas transnacionales. El poder de estos actores económicos y su irresponsabilidad legal sigue siendo uno de los problemas a los que nos enfrentamos en este siglo, si no el principal. El hecho de que la Declaración del Centenario no diga nada sobre este tema puede verse sin duda como una de las debilidades del texto. Incluso si, desde 2013, la ONU ha emprendido³⁶ el desarrollo de un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular las actividades transnacionales de las empresas,³⁷ la cues-

36 Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/RES/26/9. Véase Decaux, Emmanuelle (2007). “La sous-commission des droits de l’homme des Nations Unies, de 1947 à nos jours”. En: *Relations internationales*, Vol. 132, No. 4, p. 59. Del mismo autor (ed.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l’homme*. Bruselas: Bruylant.

37 Cfr. Grosbon, Sophie (2019). “Projet de traité international sur les sociétés transnationales et les droits de l’homme”. En: *Revue des droits de l’homme*, Varia 16/2019; véase también Trebilcock,

tión de la regulación de las cadenas de valor globales ciertamente merecería una contribución más significativa de la OIT.³⁸

B. La construcción de las relaciones entre la OIT y las Naciones Unidas sobre el trabajo decente y las condiciones de trabajo seguras y saludables

El liderazgo en temas sociales en los objetivos globales de la ONU no es evidente. El acercamiento de la OIT a las Naciones Unidas comenzó con una iniciativa de Juan Somavia durante la preparación de la cumbre de Copenhague de 1995 (que Somavia presidió antes de convertirse en Director General de la OIT).³⁹ Se suponía que la iniciativa del Programa de Trabajo Decente lanzada en la CIT de 1999 serviría de base para una reflexión sobre el desarrollo dentro de las Naciones Unidas. Y, sin embargo, el trabajo decente solo figuraría al margen de la Cumbre del Milenio de septiembre de 2000, ya que la ONU recurrió a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y a las instituciones de Bretton Wood para elaborar un informe en el que no se invitó a participar a la OIT.⁴⁰ La OIT reaccionó convocando una Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, que elaboraría un informe que recomendaría que el trabajo decente “debería convertirse en un objetivo global, no solo en un objetivo de la OIT”.⁴¹ Gracias a este informe, el Programa de Trabajo Decente se retomaría en gran medida en la Cumbre del Milenio de 2005.

Este fue el “comienzo del reconocimiento”,⁴² que en la última Cumbre del Milenio sobre el desarrollo sostenible en 2015 condujo a la integración del pleno

supra n 32, 556–63.

38 Después de que este artículo fue escrito, un grupo de trabajo tripartito de la OIT acordó una estrategia para el trabajo decente y las cadenas de suministro, con recomendaciones a ser revisadas por el Consejo de Administración de la OIT en noviembre de 2022. Disponible en: www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_850378/lang-en/index.htm.

39 Cfr. Louis, Marieke (2011). “*L’Organisation internationale du travail et le travail décent, Un agenda pour le multilatéralisme*”. En: *L’Harmattan, coll. Questions contemporaines*, p. 89.

40 *Ibid.*, p. 94; Cfr. Percher, C. (2017) *Le concept de travail décent à l’épreuve de l’Union européenne*. Lyon: Université de Lyon 2, Tesis Doctoral.

41 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2004). *Una globalización justa: crear oportunidades para todos*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización.

42 Cfr. Louis, supra n 41, p. 96.

empleo y el trabajo decente en el Objetivo de Desarrollo Sostenible 8 (Meta 5). La promoción de entornos de trabajo seguros y protegidos forma parte de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas: como “derecho de los trabajadores” es necesario “proteger los derechos laborales y promover entornos de trabajo seguros y protegidos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes, y los que tienen empleos precarios”.⁴³ En el marco del Programa, la OIT se encarga de proporcionar indicadores sobre la frecuencia de las lesiones profesionales mortales y no mortales, por género y situación migratoria. La Agenda incluye otras metas sobre salud mental y enfermedades causadas por productos químicos peligrosos.

Aunque la asunción de las estrategias de la OIT por parte de las instituciones internacionales implica esfuerzos constantes, se ve facilitada por los vínculos institucionales en el sistema de las Naciones Unidas, mientras que no existe tal conexión con la ISO, lo que hace que la reanudación del diálogo interrumpido en 2018 sea aún más compleja.

IV. CONCLUSIÓN

200

La universalización de los derechos consagrados en la legislación de la OIT ofrece sin duda la mejor forma de reforzar, de manera indiscutible, el papel de la OIT en la regulación de las relaciones laborales a nivel mundial. La integración de condiciones de trabajo seguras y saludables en la Declaración de 1998 los coloca en ese camino. Aunque la OIT nunca ha estado tan cerca de su objetivo desde la caída del Muro de Berlín, la institución, como ha dicho a menudo Francis Maupain,⁴⁴ se enfrenta al desafío de una economía globalizada que aún carece de regulación de las cuestiones sociales de manera formal y vinculante, de la misma manera que regula las cuestiones económicas. ¡Solo se puede esperar que el derecho fundamental a un entorno de trabajo seguro y saludable no pague el precio!

43 Véase Novitz, Tonia (2021). “Sustainability as a Guide for the Future Development of International Labour Law? En: *Social Justice and World of Work: Possible Futures. Essays in Honour of Francis Maupain* de Brian Langille y Anne Trebilcock (eds.). Oxford: Hart Publishing.

44 Maupain, Francis (2000), supra n 4.

La jurisdicción universal del juez en derecho del trabajo

The universal jurisdiction of the judge in labor law

BAPTISTE DELMAS¹

Doctor en Derecho por la Universidad de Burdeos
Correo electrónico: baptiste.delmas@univ-paris1.fr

RESUMEN: La jurisdicción universal es un concepto procedente del derecho penal internacional que permite a los tribunales nacionales conocer de un asunto en ausencia de todo vínculo entre los hechos y un elemento de la soberanía del Estado: el territorio, la nacionalidad o los intereses políticos del Estado. Se ha utilizado históricamente, y se sigue utilizando hoy en día, para luchar contra la impunidad de los delincuentes y criminales que consiguen ignorar las fronteras nacionales. El uso de esta técnica en el Derecho laboral podría permitir compensar eficazmente las lagunas existentes en el acceso de los trabajadores a la justicia en un contexto de globalización económica. Dondequiera que se encuentre la filial o subcontratista de una empresa transnacional o de una empresa de red, garantizaría a los trabajadores la disponibilidad de un tercero independiente e imparcial capaz de dictar decisiones vinculantes que concedan una indemnización por los daños sufridos.

ABSTRACT: Universal jurisdiction is a concept derived from international criminal law that allows national courts to hear a case in the absence of any connection between the facts and an element of state sovereignty: territory, nationality, or the state's political interests. It has been used historically, and continues to be used today, to combat the impunity of criminals and offenders who manage to ignore national borders. The use of this technique in labor law could effectively compensate for existing gaps in workers' access to justice in a context of economic globalization. Wherever a subsidiary or subcontractor of a transnational corporation or network company is located, it would guarantee workers the access to an independent and impartial third party capable of issuing binding decisions granting compensation for the damages suffered.

PALABRAS CLAVE: jurisdicción universal, derecho laboral, globalización de la economía, empresas transnacionales, acceso a los tribunales, justicia social internacional.

KEYWORDS: Universal jurisdiction, labor law, economic globalization, transnational corporations, access to the courts, international social justice.

Recibido: 18/08/2025

Aceptado: 16/09/2025

Publicado en línea: 03/11/2025

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Burdeos, Francia, y la Universidad Laval, Canadá (LL.D). Profesor ("maître de conférences") de Derecho privado en la Universidad de París 1-Panthéon Sorbonne, Institut de Recherches Juridiques de la Sorbonne (IRJS). Investigador asociado en el Centre de recherche en droit comparé du travail et de la sécurité sociale (COMPTRASEC), Universidad de Burdeos-CNRS, Francia.

SUMARIO : I. Razones de la jurisdicción universal en Derecho del Trabajo. A. La utilidad de la jurisdicción universal en el derecho del trabajo. 1. *La impotencia de los jueces del trabajo*. 2. *La incompetencia de la mayoría de los jueces de otros Estados*. B. La relevancia de la jurisdicción universal en el derecho del trabajo. 1. *Las lecciones de la historia de la jurisdicción universal*. 2. *Lecciones del derecho de la jurisdicción universal*. II. Medios de la jurisdicción universal en el derecho del trabajo. A. El fundamento de la jurisdicción universal en el derecho del trabajo. 1. *No es el foro de necesidad*. 2. *La jurisdicción universal adaptada a los litigios laborales transnacionales*. B. La aplicación de la jurisdicción universal en el derecho del trabajo. 1. *El contenido*. 2. *La aplicación*.



Desde hace varias décadas, la globalización de la economía pone a prueba la eficacia de las normas nacionales e internacionales del Derecho del Trabajo. En particular, el acceso a la justicia de las personas que trabajan para las llamadas empresas transnacionales se ha vuelto particularmente complejo y, muy a menudo, muy incierto debido a la configuración económica y jurídica de estas empresas. Son innumerables los litigios transnacionales en los que decenas o centenares de trabajadores pasan años intentando obtener una indemnización por los daños sufridos en el desempeño de su trabajo, ante los tribunales de diversos países. Por poner sólo un ejemplo, los trabajadores de las plantaciones bananeras de América Central que estuvieron expuestos al DBCP -un plaguicida conocido por su nocividad- en la década de 1990 siguen luchando en los tribunales contra las empresas que comercializaron el producto en aquella época (Delmas, 2023).

El uso ahora intenso de una mano de obra mundial para impulsar los servicios de inteligencia artificial muestra que este modelo -y las dificultades de acceso a la justicia que conlleva- está lejos de ser cosa del pasado. Las investigaciones empíricas sobre el tema demuestran que el sector de la inteligencia artificial se basa, como en el pasado para el textil o la agricultura, en una cadena de valor global en la que se emplea a millones de trabajadores de datos, a veces con contratos de trabajo, a veces a través de plataformas, a veces todavía de manera informal, para crear y/o clasificar los datos necesarios para entrenar y mejorar continuamente los servicios de inteligencia artificial (Tubaro y al., 2025). Se están siguiendo los mismos caminos heredados de la colonización y la globalización de la economía. Los mismos obstáculos al acceso a la justicia se interponen inevitablemente en el camino de estos trabajadores, a menudo vulnerables e inseguros, como los trabajadores migrantes de un país del Sur a otro.

A este respecto, es interesante señalar que, por una parte, no existe ningún convenio internacional del trabajo que trate del acceso a un mecanismo de solución de conflictos. Los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo tratan del derecho laboral sustantivo y menos de la dimensión procesal en el contexto internacional. Por otra parte, por lo que sabemos, el procedimiento actual de adopción de una norma sobre los trabajadores de plataformas se refiere a la inclusión de cláusulas sobre la ley aplicable y el tribunal competente para que estos trabajadores puedan hacer respetar sus derechos. Seguro que los debates sobre este tema serán muy animados en la próxima Conferencia Internacional del Trabajo, que se celebrará en junio de 2026.

Podemos tener todos los mejores catálogos jurídicos del mundo. Pero en ausencia de una tercera parte independiente e imparcial, capaz de tomar decisiones vinculantes para quienes tienen el poder económico, estos catálogos corren el riesgo de no ser más que ilusorios, alimentar el resentimiento y, en última instancia, poner en peligro la paz duradera que la OIT no puede concebir sin justicia social.

Por ello, es más necesario que nunca reflexionar sobre los medios que permitan a los trabajadores un acceso garantizado, simplificado, seguro y duradero a la justicia en un contexto de globalización económica. La jurisdicción universal, técnica judicial derivada del derecho penal internacional, podría ayudar a los laboristas a reflexionar sobre este tema. En efecto, esta jurisdicción universal fue precisamente forjada por los penalistas para responder a los riesgos de impunidad creados a lo largo de la historia por la dilatación de las fronteras y, mecánicamente, el debilitamiento de los poderes centrales cada vez menos capaces de hacer valer su autoridad sobre las relaciones que huían con la ayuda de las nuevas tecnologías de comunicación y transporte. Al atribuir a los tribunales nacionales la competencia para conocer de un asunto cuando no existe ningún vínculo entre éste y los ciudadanos de ese Estado, o su territorio, o incluso el Estado al que pertenece, el derecho penal ha creado una herramienta potencialmente muy eficaz para permitir a las víctimas encontrar un lugar en el que se pueda investigar un caso y escuchar su denuncia. La proliferación de casos de jurisdicción penal universal en los últimos años, incluso en antiguos países colonizados, da fe del dinamismo de esta técnica centenaria.

Así que llevemos esta propuesta a su conclusión lógica y contemplemos la jurisdicción universal para los jueces en materia laboral.

A modo de advertencia, pedimos disculpas por centrarnos en el Derecho francés. Las limitaciones de este artículo, así como el conocimiento que el autor tiene de la legislación nacional de otros países, nos obligan a ceñirnos a este marco jurídico nacional. Sin embargo, los numerosos informes y estudios realizados sobre el tema sugieren que las conclusiones basadas en la legislación francesa podrían aplicarse fácilmente a muchas otras legislaciones nacionales.

Por ejemplo, la legislación francesa no prevé la jurisdicción penal universal en materia laboral. En el Derecho francés, sólo el artículo 689-12 del Código de Procedimiento Penal ofrece un ejemplo expreso:

«Para la aplicación del Reglamento (CE) nº 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera, toda persona culpable de infracciones de las normas relativas a los tiempos de conducción y de descanso en el sentido del capítulo II de dicho Reglamento cometidas en un Estado miembro de la Unión Europea podrá ser perseguida y juzgada en las condiciones previstas en el artículo 689-1».

El artículo 689-11 del Código de Procedimiento Penal, que establece la jurisdicción universal para los crímenes contra la humanidad, también podría aplicarse a determinados casos de vulneración de los derechos de los trabajadores. Siempre que pueda probarse la existencia de un plan concertado para atacar a un grupo de población civil como parte de un ataque generalizado o sistemático, esclavización o persecución, definida por el Estatuto de Roma como «la negación intencional y grave de los derechos fundamentales en violación del derecho internacional, por razones relacionadas con la identidad del grupo o colectividad sometidos a dicha negación», podría justificar perfectamente la jurisdicción de los tribunales franceses. Pensemos, por ejemplo, en la prohibición de que un grupo determinado acceda a la función pública o cree un sindicato, o en su sometimiento a un sistema despectivo de salarios especialmente bajos (estos ejemplos están tomados de la legislación nazi: Lemkin, 1944), o en la esclavización de personas por su pertenencia real o supuesta a un grupo determinado, como los yezidíes en Oriente Próximo o los inmigrantes subsaharianos en Libia.

Sin embargo, estas situaciones, aunque no son raras en el mundo actual, no abarcan todos los casos de violación de los derechos de los trabajadores.

En cuanto al Derecho internacional, no proporciona mucha más base para la jurisdicción penal universal en materia laboral. A nivel de tratados, la Convención sobre la abolición de la esclavitud de 1956, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de 1966 y la Convención sobre los derechos del niño de 1989 sólo prevén obligaciones de legislar y no de establecer una alternativa entre la extradición o el juicio - *aut dedere aut judicare*. En el plano consuetudinario, podría argumentarse que las violaciones más graves de los derechos laborales, como la esclavitud, pueden estar sujetas a la jurisdicción universal. Esta es, por otra parte, la posición defendida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)². Sin embargo, se trata de un ejercicio especialmente prospectivo, y no es seguro que haya muchos casos de práctica general aceptada como ley en los que se faculte a los tribunales nacionales para enjuiciar a los autores de infracciones del Derecho laboral en ausencia de cualquier conexión con el Estado del tribunal que conoce del asunto.

Por lo tanto, hay que convenir en que la competencia penal universal de los tribunales en materia de derecho del trabajo está circunscrita y reservada a casos muy concretos, tanto en derecho francés como en derecho internacional. Sin embargo, esta afirmación no agota el tema, ya que son numerosas las acciones civiles que llegan a los tribunales nacionales por supuestas violaciones de los derechos de los trabajadores que realizan su trabajo en el extranjero, cometidas en el extranjero por personas extranjeras. Es decir, *a priori*, todos los ingredientes de la jurisdicción universal.

El debate sobre la existencia y, en su caso, los contornos de la jurisdicción *civil* universal es animado (entre las numerosas referencias, véase Donovan & Roberts, 2006). Esto se debe, en particular, al resurgimiento, a principios de los años ochenta, de una ley estadounidense olvidada llamada *Alien Tort Statute* (ATS), que desde 1789 otorga a los tribunales federales competencia sobre cualquier acción civil entablada por un extranjero en relación con un agravio cometido en violación del derecho de gentes o de un tratado que vincule a

2 Doc. ONU A/66/93 du 20 de junio de 2011, par. 114s.

los Estados Unidos³. Sobre esta base se han interpuesto ante los tribunales estadounidenses numerosas acciones judiciales para obtener la reparación de los daños sufridos por particulares como consecuencia de supuestas violaciones de sus derechos fundamentales cometidas por personas físicas o jurídicas en los cuatro puntos cardinales. Este fue el caso, por ejemplo, de las víctimas del Holocausto⁴, de las dictaduras sudamericanas⁵, del régimen del Apartheid sudafricano⁶ o de los trabajos forzados en Myanmar⁷. El ATS corrió la misma suerte que las disposiciones belgas y españolas sobre jurisdicción penal universal. Ante las dificultades diplomáticas provocadas por la proliferación de este tipo de litigios, por definición extraterritoriales, el Tribunal Supremo estadounidense decidió restringir considerablemente el ámbito de aplicación de esta ley. En consecuencia, ya no es la base preferida para los litigios que no tienen relación con los tribunales estadounidenses, ni constituye un modelo de jurisdicción civil universal. No obstante, se han elaborado propuestas de jurisdicción civil universal teniendo en cuenta este texto.

Se mantienen dos tesis principales. Para algunos, la jurisdicción civil universal debería considerarse como siguiendo los contornos de la jurisdicción penal universal. Por tanto, no sería ni más ni menos que permitir a los tribunales nacionales perseguir a los autores de crímenes internacionales⁸. Para otros, por el contrario, la jurisdicción civil universal debería entenderse como la oferta a los demandantes de acceso a un juez en cualquier caso en el que exista un riesgo continuado de denegación de justicia (ver recientemente Alaa El Sayed El Ghadban, 2023). Esta oposición es sin duda demasiado radical por al menos dos razones. En primer lugar, porque un estudio cuidadoso tanto de la historia como de las normas actuales que rigen la jurisdicción penal universal relativiza la afirmación de que esta técnica judicial está reservada a los «peores» crímenes

3 Judiciary Act of 1789, ch. 20, par. 9, 1 Stat. 73, pp. 76 – 77, codifié tel que 28 U.S.C. par. 1350 (2006).

4 Société Nationale des Chemins de Fer Français, 389 F.3d 61, 62 (2d Cir. 2004) ; Freund v. Société Nationale des Chemins de Fer Français, 391 F. App'x 939, 940 (2d Cir. 2010).

5 Doe v. Chiquita Brands Int'l, Inc., 285 F. Supp. 3d 228 (D.D.C. 2018).

6 Re S. African Apartheid Litig., 346 F. Supp. 2d 538, 542 (S.D.N.Y. 2004).

7 Doe I v. Unocal Corp., 395 F.3d 932, 962–63 (9th Cir. 2002).

8 Por ejemplo, la resolución de Tallin adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en 2015, cuyo ponente fue Andreas BUCHER. Prueba de que el tema no cuenta con el consenso general, la votación de esta resolución se obtuvo in extremis.

internacionales, como los contemplados en el Estatuto de Roma. En segundo lugar, porque la referencia a la jurisdicción «civil» es probablemente demasiado amplia y, por tanto, demasiado vaga. Es cierto que se trata de indicar que se hace referencia a los tribunales civiles y no a los penales. Pero, ¿es posible agrupar bajo el mismo epígrafe asuntos tan diferentes, al menos en apariencia, como los delitos internacionales, el estatuto personal de las personas, los conflictos laborales, las infracciones medioambientales, la violación de las libertades fundamentales o incluso, por qué no, el derecho del transporte o el derecho aduanero? Las circunstancias respectivas de cada uno de estos tipos de litigios pueden diferir, empezando por los actores implicados, las cuestiones en juego, los obstáculos para acceder a los tribunales -ya sean locales o de un tercer país- y las normas procesales. Por lo tanto, parece más prudente considerar la jurisdicción universal no penal no en términos generales, sino para cada rama del Derecho afectada.

En el ámbito del Derecho laboral, los juristas - y los procesalistas, como veremos - se han mostrado muy activos al respecto, examinando la posibilidad y pertinencia de importar este concepto a la materia social (Bright, 2013; He, 2017; Muir-Watt, 2010). La razón de este interés es la constatación de que, en caso de litigio, en determinadas circunstancias, los trabajadores de una empresa transnacional experimentan muchas dificultades para acceder a un juez independiente, imparcial y capaz de dictar resoluciones vinculantes y eficaces. En materia penal, la jurisdicción universal ofrece a las víctimas un foro alternativo en el que llevar ante los tribunales a acusados que se han emancipado del poder de las autoridades del Estado en cuyo territorio se produjeron los hechos. Es, pues, esta observación inicial la que justifica, *a priori*, tal analogía. No obstante, la cuestión sigue siendo la siguiente: ¿hasta qué punto es posible hablar de competencia universal - civil - del juez en materia laboral con respecto a las normas de derecho positivo?

Intentar responder a esta pregunta implica tener claras tanto las razones (I) como los medios (II) de dicha competencia. En otras palabras, primero el por qué y luego el cómo.

I. LAS RAZONES DE UNA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN DERECHO DEL TRABAJO

La jurisdicción penal universal sólo puede movilizarse allí donde no existen los motivos tradicionales de competencia, asociados a los elementos de soberanía de un Estado: competencia territorial, personal o real. Intentar una comparación

con el Derecho laboral requiere, por tanto, en primer lugar, constatar la indisponibilidad de las cabezas de la jurisdicción internacional en este ámbito. Pero incluso si se demostrara la utilidad de dicha jurisdicción en el Derecho laboral (**A**), seguiría sin ser relevante. Será necesario asegurarse de que la jurisdicción universal se corresponde con el contexto específico de los litigios laborales (**B**).

A. La utilidad de una jurisdicción universal en derecho del trabajo

La particularidad de las relaciones laborales contemporáneas es que a menudo pueden desarrollarse dentro del perímetro de una empresa denominada transnacional. Esta expresión hace referencia a dos realidades. La primera es corporativa: una empresa matriz tiene filiales registradas en varios territorios nacionales. Actualmente existen decenas de miles de empresas de este tipo en todo el mundo, que dan empleo a casi 100 millones de personas (World Investment Report 2008 - Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge, 2008)). La segunda es contractual: una empresa principal subcontrata parte de su producción o comercialización a otras empresas, que también están registradas en distintos territorios nacionales. El número de personas empleadas en estas cadenas de valor se estima en 500 millones (El trabajo decente en las cadenas de suministro mundiales, 2016, n° 2).

En ambas situaciones, los trabajadores son empleados únicamente de la empresa que los emplea, que es, por definición, independiente de las demás empresas que componen la empresa transnacional, incluida y especialmente la empresa matriz o principal. De ahí el carácter especialmente fragmentario, desde el punto de vista jurídico, de este tipo de empresas, aunque exista una cierta unidad económica, al menos en lo que se refiere al flujo de beneficios y a la redistribución de las inversiones.

Esta configuración jurídica de la estructura empleadora da lugar a dos series de obstáculos al acceso a los tribunales: por una parte, los principios de autonomía de las personas jurídicas y de efecto relativo de los convenios, que limitan, por principio, todo litigio relativo a la ejecución de un contrato de trabajo a la persona jurídica empleadora; y, por otra parte, el principio de soberanía de los Estados, que prohíbe imponer una medida a las empresas registradas en un tercer país.

Por ejemplo, en caso de litigio, los trabajadores de la filial peruana de una empresa francesa de fabricación textil sólo podrán emprender acciones legales contra su empleador contractual, que es el único deudor de las obligaciones derivadas del Derecho laboral, y no contra la empresa matriz, que 1) no tiene ningún vínculo jurídico con ellos y 2) está situada en el territorio de un Estado sobre el que el juez del lugar de trabajo no tiene ningún poder. La misma dificultad se aplica, por ejemplo, a los empleados de un subcontratista de nivel 2 en el sector agrícola.

La utilidad de la jurisdicción universal se justifica entonces tanto por la incompetencia del juez del lugar de trabajo (1) como por la incompetencia de cualquier otro juez (2).

1. La incompetencia de los tribunales locales

No cabe duda de que los tribunales del lugar de trabajo son competentes para conocer de una demanda presentada por los trabajadores locales. En nuestro ejemplo: el juez peruano. Sin embargo, el ejercicio de esta competencia es poco realista por dos razones. En primer lugar, desde un punto de vista fáctico, el juez tendría que condenar a una empresa creada por o en nombre de un inversor extranjero, cuando el país de acogida ha hecho todo lo posible para convencer al inversor de que se instale allí. El poder económico de ciertos grupos, que a veces supera al del Estado, puede por tanto disuadir a los jueces locales de ejercer su jurisdicción o ensombrecer su capacidad para dictar una resolución con total independencia. Aunque esta observación no puede generalizarse, sigue siendo un riesgo importante. En segundo lugar, desde un punto de vista jurídico, incluso si el juez local no encontrara ninguna de estas dificultades, su papel estaría limitado tanto por el derecho mercantil o el derecho de obligaciones, cuyos principios estructuradores, como hemos visto, impiden por principio atribuir cualquier obligación debida a los trabajadores a una empresa distinta de la que los emplea directamente, como por el derecho económico internacional. De hecho, las inversiones directas en el extranjero se rigen la mayoría de las veces por tratados bilaterales de inversión celebrados entre Estados que, por una parte, prohíben a su signatario adoptar cualquier medida desfavorable para los inversores y, por otra, los exponen a la condena de un órgano de arbitraje. En consecuencia, los jueces locales pueden ver limitado su poder por un compromiso internacional contraído por «su» Estado. Este contexto jurídico y político, poco propicio para

garantizar a los trabajadores el acceso a un juez independiente, imparcial y capaz de dictar decisiones vinculantes y eficaces, explica que muchos de ellos hayan optado por recurrir a los tribunales de países distintos de aquel en el que trabajan.

2. La incompetencia de la mayoría de los jueces de otros países

Las normas que regulan la competencia judicial internacional de los tribunales en materia civil ofrecen, al menos en apariencia, una elección de jurisdicción favorable a los trabajadores. Por ejemplo, la mayoría de los Estados aceptan la competencia de sus tribunales siempre que el demandado haya elegido domicilio en su territorio. Para los Estados miembros de la Unión Europea, este es el caso en virtud del artículo 4 del Reglamento Bruselas I bis⁹. Sin embargo, la admisibilidad de las acciones suele estar sujeta a una serie de condiciones, entre ellas la prueba de un vínculo entre las partes del procedimiento. Los tribunales franceses, por ejemplo, exigen que se demuestre que el demandado es real y serio, es decir, que tiene un interés personal en el litigio. El objetivo es garantizar que el demandado no sea un simple «punto de anclaje» en suelo francés, que permita a los demandantes explotar las normas de competencia con el único fin de disponer de un juez para decidir un litigio que inicialmente les enfrenta a otro demandado domiciliado en un tercer país. En los ejemplos citados, esto significaría que 1) los empleados peruanos podrían presentar su demanda ante los tribunales franceses siempre que 2) pudieran probar la existencia de un vínculo entre ellos y la empresa matriz domiciliada en Francia. Esto no es nada sencillo, aunque la ley francesa sobre el deber de diligencia de las empresas matrices y los mandantes ha simplificado sin duda esta prueba (Boskovic, 2018) del mismo modo que es probable que lo haga la directiva europea CSDD¹⁰. Una observación similar puede hacerse en otros ordenamientos jurídicos, con el resultado de que el acceso de los trabajadores a los tribunales de Estados distintos del del lugar de trabajo es, en el mejor de los casos, incierto, dependiendo de la interpretación que hagan los tribunales de las normas de competencia y admisibilidad (Delmas, 2022, n° 267).

9 Reglamento (UE) No 1215/2012 del parlamento europeo y del consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, J.O.U.E. del 20 de dic. 2012, L 351/1.

10 Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento europeo y del consejo de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.

Rechazados por los tribunales locales y por los de otros Estados, los trabajadores de las empresas transnacionales se exponen así al riesgo de una denegación de justicia, que la jurisdicción universal podría combatir útilmente. Sin embargo, este concepto debe adaptarse al contexto específico de los conflictos laborales transnacionales.

B. La pertinencia de una jurisdicción universal en el derecho del trabajo

Tanto la historia (1) como el derecho positivo (2) enseñan que la jurisdicción penal universal no deriva su razón de ser del deseo de castigar a los peores criminales, sino de garantizar la solidaridad judicial internacional a través de las fronteras en contextos de transnacionalización de la actividad humana con el fin de luchar contra la impunidad.

1. Lecciones de la historia de la jurisdicción universal

La investigación histórica sobre la jurisdicción penal universal indica que sus primeras formas se referían a situaciones «transnacionales» y no «universales». La competencia atribuida al juez del lugar de detención (*judex deprehensionis*) fue inicialmente aceptada por el derecho romano con respecto a ciertos delincuentes que tenían la especificidad de poder ignorar las fronteras de las ciudades lombardas: vagabundos, asesinos, ciudadanos desterrados y salteadores de caminos (Donnedieu de Vabres, 1922; Guillaume, 1992). Más tarde, la represión de la piratería también se justificó por la dificultad de aprehender comportamientos que eran por definición extraterritoriales (Kontorovich, 2004; Rebut, 2022, n° 201). En resumen, la necesidad de la jurisdicción universal empieza a hacerse sentir en cuanto una autoridad central pierde su poder y ya no está en condiciones de incautarse de un acto ilícito (Henzelin, 2000).

Entonces, ¿de dónde surgió 1) la propia noción de jurisdicción universal, y 2) la idea de que estaba concebida únicamente para castigar los peores crímenes contra la humanidad? Sin duda, la influencia de los escritos de Grocio, uno de los fundadores del Derecho Internacional moderno, y posteriormente de Lauterpacht y Lemkin, autores respectivos de los conceptos de crímenes contra la humanidad y genocidio, tuvo mucho que ver. El autor holandés fue el primero en formalizar la noción misma de jurisdicción universal y en vincularla a los crímenes contra la humanidad. Según él, ciertos delitos podían ser castigados

en cualquier Estado porque «*violan excesivamente la ley de la naturaleza o de las naciones con respecto a cualquier persona*» (Grotius, Libro II, Cap. XX, § XL). Eminentes autores polacos, por su parte, continuaron esta asociación en el contexto particular de la Segunda Guerra Mundial (Lauterpacht, 1947; Sands, 2017). En definitiva, el positivismo inicial ha sido sustituido por el iusnaturalismo. Debe convenirse, por tanto, que la concepción contemporánea de la jurisdicción universal hereda una doble fundamentación teórica (Fernandez, 2016).

2. Lecciones del derecho positivo de la jurisdicción universal

El Derecho positivo confirma que el recurso a la jurisdicción universal es preferible para garantizar conjuntamente el enjuiciamiento de los acusados que no respetan las fronteras estatales. Desde este punto de vista, basta con releer los artículos 689-2 y siguientes del Código de Procedimiento Penal francés: tortura, terrorismo, protección física de materiales nucleares, seguridad de la navegación marítima, apoderamiento ilícito de aeronaves, actos de violencia en los aeropuertos, perjuicio a los intereses financieros de la UE, atentados terroristas, financiación del terrorismo, períodos de descanso de los camioneros, desapariciones forzadas y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado. Estos casos de jurisdicción universal están consagrados en multitud de convenios internacionales que se han ido adoptando progresivamente desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Por el contrario, los «peores crímenes» -genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra- sólo están sujetos a la jurisdicción universal en la mayoría de las legislaciones nacionales desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma en 2002. Antes de eso, podría argumentarse con dificultad que la costumbre internacional obligaba a los Estados a prever dicha jurisdicción.

De ello se desprende que la jurisdicción universal permite, en derecho penal, compensar las insuficiencias de los fundamentos tradicionales de la jurisdicción en un contexto en el que las fronteras jurisdiccionales son cada vez más frágiles debido al desarrollo de nuevos canales de circulación y con el objetivo de luchar contra el riesgo de impunidad que de ello se deriva. Sin embargo, es exactamente el mismo contexto y los mismos riesgos a los que se enfrenta hoy en día el Derecho laboral en un contexto de globalización de la economía. Los trabajadores de las empresas transnacionales están expuestos a un riesgo sistémico de denegación de justicia debido a la doble fragmentación mundial de las orga-

nizaciones productivas y judiciales. Pero, a diferencia del Derecho penal, todavía no se ha ideado ninguna solución para garantizar la disponibilidad de un juez más allá de las fronteras. Y sin embargo, el carácter transnacional de la relación laboral corresponde a las dimensiones espaciales y políticas que históricamente condujeron a la adopción de la jurisdicción penal universal.

Por lo tanto, tiene sentido hablar de la jurisdicción universal del juez en derecho laboral. Ahora queda por ver cómo.

II. LOS MEDIOS DE UNA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN DERECHO DEL TRABAJO

El desarrollo de una competencia universal del juez en derecho del trabajo implica determinar su fundamento (**A**) y las condiciones de su aplicación (**B**).

A. El fundamento de una competencia judicial universal en derecho del trabajo

Existen dos figuras tutelares para pensar en una jurisdicción universal del juez en derecho del trabajo. Por un lado, la jurisdicción penal universal; por otro, el foro de necesidad, que autoriza a los tribunales civiles a conocer de un asunto cuando no puede movilizarse ningún motivo de competencia y el demandante corre el riesgo de una denegación de justicia. La observación de los litigios laborales transnacionales en Francia, Reino Unido, Canadá y Estados Unidos nos lleva a descartar el foro de necesidad (1) y a favorecer la jurisdicción penal universal, siempre que se adapte a la materia (2).

1. No es el foro de necesidad

El foro de necesidad - o *forum necessitatis* - es un motivo excepcional de competencia que existe en muchos países, ya sea consagrado por la ley o aceptado por la jurisprudencia. Establece la competencia del tribunal civil bajo dos condiciones: 1) que exista un riesgo de denegación de justicia y 2) que exista un vínculo entre los hechos y el tribunal que conoce del asunto (Retornaz & Volders, 2008). Estas condiciones se interpretan actualmente de forma bastante restrictiva, especialmente en Francia. Una interpretación más flexible bastaría,

por tanto, para garantizar el acceso a los tribunales. Aunque esto supondría un paso adelante para los trabajadores de las empresas transnacionales, no es seguro que una solución de este tipo se adapte perfectamente a las características específicas de los conflictos laborales transnacionales y, por tanto, sea sostenible.

En primer lugar, por las condiciones de su aplicación. En primer lugar, los trabajadores tendrían que poder demostrar la imposibilidad de hecho o de derecho de acceder a la justicia. Hasta la fecha, la jurisprudencia ha sido bastante exigente, aunque una reciente decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea podría cambiar esta situación¹¹. Lo cierto es que, en esencia, la dimensión colectiva y sistémica de las dificultades de acceso a la justicia que revelan los conflictos laborales transnacionales parece corresponder más a la idea de una «red de Estados» (Currie, 2010, p. 306) que hoy da cuerpo a la jurisdicción universal que a las pruebas aducidas individualmente de un riesgo de denegación de justicia. En segundo lugar, sería necesario probar un vínculo de conexión *en el momento de los hechos* (Lafontaine, 2012). Pero, por un lado, no es lo que suelen hacer las resoluciones dictadas en esta materia, en las que el vínculo se aprecia en el momento de la interposición de la demanda; y, por otro, tampoco es la solución que mejor se adapta a los litigios laborales transnacionales, en los que la exigencia de un vínculo en el momento de la demanda será probablemente más adecuada para obtener la ejecución de la sentencia -ya que presumiblemente los bienes estarán presentes y disponibles-.

En segundo lugar, por la razón de ser del *forum necessitatis*. Tanto históricamente como en la actualidad, esta técnica judicial se utiliza principalmente para cuestiones de estatuto personal. En Europa, es el caso de las obligaciones alimentarias, las sucesiones y los regímenes matrimoniales¹². ¿Qué ocurre con la tramitación de una demanda masiva presentada contra un poder privado mundial? No es seguro que esta técnica tenga las espaldas suficientemente anchas para responder a la falta estructural de justicia que afecta a las relaciones laborales internacionales.

11 Corte de Justicia de la Unión europea, 1^{er} de agosto de 2022, aff. C-501/20.

12 Respectivamente, los Reglamentos n.º 4/2009, 650/2012 y 2016/1103.

2. Una jurisdicción universal adaptada a los conflictos laborales transnacionales

Dado que una jurisdicción universal del tribunal en materia laboral se alejaría de las condiciones de movilización del foro de necesidad, es en el lado de la jurisdicción penal universal donde convendría buscar el fundamento de su homóloga en materia social.

Algunos penalistas aceptan que los Estados tienen *derecho*, en virtud de la costumbre internacional, a conferir jurisdicción universal a sus jueces para un cierto número de crímenes considerados odiosos: crímenes de guerra, genocidio, crímenes contra la humanidad y tortura, y que están *obligados*, en virtud de convenios internacionales específicos, a establecer o incluso aplicar dicha jurisdicción cuando el acusado se encuentre en su territorio. Se trata de la alternativa *aut dedere aut judicare*: el Estado puede elegir entre extraditar al acusado o procesarlo (Currie, 2010, p. 97). Es concebible una analogía con el Derecho laboral, con algunas adaptaciones.

En primer lugar, los jueces nacionales estarían *autorizados*, sobre la base de la costumbre internacional, a conocer de un asunto siempre que se trate de infracciones del orden público social transnacional. Se trataría de los derechos laborales fundamentales reconocidos por la OIT: libertad de asociación, prohibición de discriminación, prohibición del trabajo infantil y del trabajo forzado, y derecho a trabajar en un entorno sano y seguro¹³. Por una parte, esta solución es consensuada, ya que se trata de imponer el cumplimiento de convenios internacionales que han sido ampliamente ratificados y elaborados conjuntamente por los mandantes de la OIT, es decir, sindicatos, organizaciones patronales y gobiernos. Las referencias a estos derechos fundamentales se han convertido en habituales en los códigos de conducta de las empresas transnacionales, en los acuerdos marco internacionales y en los acuerdos comerciales regionales. Existe, pues, un lenguaje común, por no decir universal. En segundo lugar, esta solución permitiría dar sentido a las decisiones dictadas aquí y allá en las que los jueces han mantenido la competencia para actos graves como la esclavitud¹⁴.

13 Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada en 1998 y modificada en 2022.

14 Soc., 10 de mayo de 2006, n° 03-46593, esposos Moukarim; Araya v. Nevsun Resources Ltd., 2016 BCSC 1856.

En segundo lugar, los tribunales civiles estarían *obligados*, sobre la base de un convenio internacional, a conocer de los conflictos laborales transnacionales. A diferencia de la hipótesis anterior, el ámbito material de aplicación sería aquí más amplio, lo que plantea la cuestión de su aplicación.

B. Aplicación de una jurisdicción universal en derecho del Trabajo

Se plantean dos cuestiones: ¿cuál sería el contenido (1) y las condiciones concretas de aplicación (2) de una competencia universal del juez en derecho del trabajo establecida convencionalmente?

1. El contenido

El primer paso consistiría en determinar el ámbito material de dicha jurisdicción. Una solución segura, porque sería la más previsible y también la más legítima para todas las partes, consistiría en determinar, con carácter previo, los derechos que corresponderían a los trabajadores ante los órganos jurisdiccionales designados como competentes, como se hace, por cierto, en Derecho penal. Desde este punto de vista, los trabajos realizados por la llamada Comisión Decaux en 2003 en las Naciones Unidas son especialmente inspiradores. En su proyecto de tratado internacional sobre el respeto de los derechos humanos por las empresas transnacionales, no sólo se indicaban las normas que debían respetarse, sino que también se hacía referencia a los comentarios oficiales elaborados por las organizaciones especializadas¹⁵. Es el caso, en particular, de los convenios internacionales del trabajo y de la Comisión de Expertos de la OIT. Es cierto que este ejercicio correría el riesgo de dar lugar a un contenido limitado, pero tendría la fuerza inigualable de disponer de un texto indiscutible sobre el acceso de los trabajadores a la justicia.

Queda por definir la naturaleza de los vínculos de conexión. En primer lugar, la exigencia de estos vínculos sigue siendo, en nuestra opinión, necesaria, tanto por consideraciones de previsibilidad como de legitimidad de la acción judicial. En segundo lugar, estos vínculos deben corresponder a la naturaleza específica de los conflictos laborales transnacionales. En este ámbito, lo que hoy constituye un obstáculo para el acceso a la justicia podría mañana, por el con-

15 Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 et Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2.

trario, constituir otros tantos puntos de conexión: la presencia de una empresa miembro del grupo, la presencia de un proveedor o subcontratista, la circulación de mercancías, etc. (Delmas, 2022, n° 611s.). En definitiva, se trata de recomponer judicialmente una entidad económica global. A la ubicuidad económica le correspondería una ubicuidad judicial, para garantizar a los trabajadores el acceso a la justicia local.

2. La aplicación

La OIT, que aún no ha establecido ninguna norma sobre el acceso a los tribunales, sería sin duda el foro ideal para acordar una red judicial de este tipo en materia social. No sólo tiene una composición ideal, sino que además cuenta con una experiencia inigualable a través de la «jurisprudencia» de sus Comisiones. Por último, si una norma internacional de este tipo viera la luz, surgiría inevitablemente una dificultad: ¿cómo garantizar una interpretación uniforme de estas reglas de competencia y, en su caso, de las disposiciones que se utilizarían para resolver el litigio? En un discurso pronunciado ante la OIT en 2009, el antiguo presidente de Francia, Nicolas Sarkozy, hizo una propuesta muy astuta: crear un mecanismo de resolución prejudicial de litigios comerciales en beneficio de la OIT. Esta idea podría retomarse, pero esta vez en un entorno más conocido y legítimo para la OIT: el de los conflictos sociales transnacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Alaa El Sayed El Ghadban, T. (2023). *La compétence universelle en matière civile* [Tesis doctoral mecanografiada]. Université Paris 1-Panthéon Sorbonne.
- Boskovic, O. (2018). *La compétence des juridictions des pays source pour connaître des actions intentées à l'encontre des entreprises multinationales*, Recueil Dalloz, n° 14, p. 732.
- Bright, C. (2013). *L'accès à la justice civile en cas de violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales* [Tesis doctoral mecanografiada]. European University Institute.
- Currie, R. J. (2010). *International & transnational criminal law*. Irwin Law.

- Delmas, B. (2022). *La compétence universelle du juge en droit de travail : Analyse de la transnationalisation du contentieux du travail*. Bruylant.
- Delmas, B. (2023). *L'émergence d'actions en exequatur dans le contentieux transnational du travail. Réflexions à partir de l'affaire Herrera Ríos, TJ Paris 11 mai 2022*. Revue critique de droit international privé, n° 1, p. 85.
- Donnedieu de Vabres, H. (1922). *Le système de la répression universelle. Ses origines historiques, ses formes contemporaines*. Revue de droit international privé, Vol. XVIII, p. 533.
- Donovan, D. F., & Roberts, A. (2006). *The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction*. American Journal of International Law, vol. 100, n° 1, p. 142.
- Fernandez, S. (2016). *Essai sur la distribution des compétences en droit pénal international: Vol. 124*. Institut Universitaire Varenne.
- Grotius, H. *Le droit de la guerre et de la paix*.
- Guillaume, G. (1992). La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles. In *Mélanges offerts à Georges Levasseur : Droit pénal, droit européen*. Gazette du Palais.
- He, L. (2017). *Droits sociaux fondamentaux et Droit de l'Union européenne*. Université Paris 1-Panthéon-Sorbonne.
- Henzelin, M. (2000). *Le principe de l'universalité en droit pénal international*. Bruylant.
- Kontorovich, E. (2004). *The Piracy analogy : Modern universal jurisdiction's hollow foundation*. Harvard International Law Journal. Vol. 45(n° 1), p. 183.
- Lafontaine, F. (2012). *Universal jurisdiction—The realistic utopia*. Journal of International Criminal Justice, Vol. 10, p. 1277.
- Lauterpacht, H. (1947). *Allegiance, diplomatic protection and criminal jurisdiction over aliens*. Cambridge Law Journal, Vol. 9(n° 3), p. 330.
- Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales* (No. ILC.105/IV). (2016). OIT.

- Lemkin, R. (1944). *Axis Rule in Occupied Europe. Laws of occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*. Carnegie Endowment for International Peace.
- Muir-Watt, H. (2010). L'esclavage moderne et la compétence universelle : Réflexions sur l'Alien Tort Statute. In *Justice et mondialisation en droit du travail : Du rôle du juge aux conflits alternatifs* (p. 99). Dalloz.
- Rebut, D. (2022). *Droit pénal international*. Dalloz.
- Retornaz, V., & Volders, B. (2008). Revue critique de droit international privé, n° 2, *Le for de nécessité : Tableau comparatif et évolutif*.
- Sands, P. (2017). *Retour à Lemberg*. Albin Michel.
- Tubaro, P., Casilli, A. A., Fernández Massi, M., Longo, J., Torres Cierpe, J., & Viana Braz, M. (2025). The digital labour of artificial intelligence in Latin America : A comparison of Argentina, Brazil, and Venezuela. *Globalizations*, 1-16.
- World Investment Report 2008—Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge* (No. UNCTAD/WIR/2008). (2008). CNUCED.

Justicia social para una reconfiguración teórica (ya en proceso) del Derecho del Trabajo*

Social justice for a theoretical reconfiguration (already in process) of Labor Law

ADRIÁN GOLDIN

Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires (UBA).
Correo electrónico: adriangoldin@derecho.uba.ar

RESUMEN: El Derecho del Trabajo pasa por una coyuntura de reconstrucción jurídica donde la justicia social sigue siendo el parámetro jurídico que guía dicho proceso. El Derecho del Trabajo se constituyó sobre la base de la subordinación laboral, pero este elemento resulta insuficiente para abordar las transformaciones en el mundo del trabajo y lo viene debilitando en su plano subjetivo -quiénes están protegidos por su ámbito de aplicación. Por lo que el artículo se plantea buscar un centro de imputación más amplio que responda a estas transformaciones.

ABSTRACT: Labour law is undergoing a period of legal reconstruction, where social justice remains the legal parameter guiding this process. Labor law was established on the basis of labour subordination, but this element is insufficient to address the transformations in the world of work and is weakening it on the subjective level—who is protected by its scope of application. Therefore, this article proposes to seek a broader focus of imputation that responds to these transformations.

PALABRAS CLAVE: Subordinación laboral, justicia social, mundo del trabajo.

KEYWORDS: Labour subordination, social justice, world of work.

Recibido: 23/02/2025

Aceptado: 24/03/2025

Publicado en línea: 31/03/2025

SUMARIO: I. Desde la inadecuada inclusividad de la idea de subordinación laboral al debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo. II. En busca de un centro de imputación más amplio para el Derecho del Trabajo. A. La hipótesis de la segmentación y la pluralización del régimen jurídico. B. Una nueva morfología del régimen y una nueva tendencia expansiva de Derecho del Trabajo. C. Por lo tanto, una nueva tendencia

* Este artículo fue publicado como el Capítulo 31 del libro: *Social Justice and World of Work: Possible Futures. Essays in Honour of Francis Maupain* de Brian Langille y Anne Trebilcock (eds.). Oxford: Hart Publishing, 2021. Agradecemos al profesor Adrián Goldin por autorizarnos su traducción y publicación.

expansiva en el Derecho del Trabajo. III. Una pluralidad de regímenes complementada por un conjunto de normas comunes. IV. Además, protección social universal no relacionada con la situación profesional. V. Un sentido laboralista de la justicia social

I. DESDE LA INADECUADA INCLUSIVIDAD DE LA IDEA DE SUBORDINACIÓN LABORAL AL DEBILITAMIENTO SUBJETIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Cualquier futuro posible para la contribución del Derecho del Trabajo a la justicia social está profundamente ligado a la propia autodefinición y autocomprensión normativa del Derecho del Trabajo. El Derecho del Trabajo ha estado luchando con este problema interno y este artículo pretende seguir avanzando en la causa de que la inevitable reconfiguración del Derecho del Trabajo confirme su plena inserción en el campo de la justicia social. Echemos un vistazo a ese proceso.

222

Construido en torno a la idea dominante de “subordinación laboral”, el régimen jurídico de protección del trabajo respondía a la unicidad de la categoría protegida (es decir, a su propia atribución normativa) mediante una lógica correlativa de unicidad normativa. En otras palabras, si existe una única categoría de sujetos protegidos -los que son parte de un contrato de trabajo- todos ellos deberían compartir un único régimen de protección.¹

Este único centro normativo de imputación había sido concebido como una contrapartida lógica de un tipo contractual dominante² dentro del cual el proceso de categorización de la relación *era sencillo, evidente y casi intuitivo*; en

- 1 Como en muchos otros países, en Argentina existieron (y aún existen) algunos regímenes especiales que regulan a los trabajadores en ciertos sectores profesionales particulares (sólo a modo de ejemplo en el derecho argentino, entre varios otros, los de trabajadores de la construcción, periodistas profesionales, trabajadores agrarios, empleadas domésticas, porteros, etc.). Pero su existencia no alteró el predominio de la subordinación laboral como principal y prácticamente único término laboral genérico con amplísimo alcance.
- 2 Véase Montoya Melgar, Antonio (1999). “El futuro de la subordinación en la evolución del Derecho del Trabajo”. En: *Le trasformazioni del lavoro. La crisi della subordinazione e l'avvento de nuove forme di lavoro*. Roma: Fondazione Giulio Pastore, Diritto e politiche del lavoro - 1 Franco Angeli.

la mayoría de los casos, por tanto, no era necesaria la formulación de una operación lógica, volitiva y compleja³ mediante indicios. La idea de dependencia o subordinación actuaba en ese contexto como criterio de calificación; su presencia definía la existencia de un contrato de trabajo, y su ausencia la excluía.

Hoy podría decirse que, debido a las profundas transformaciones ocasionadas por el progreso, aquel planteamiento *sencillo, evidente y casi intuitivo* está perdiendo su prevalencia histórica; la exploración de las fronteras de la relación laboral se hace cada vez más común, y la técnica de referirse a un conjunto de indicios desvela -con motivo de su creciente uso- su debilidad congénita.

Junto con otros fenómenos que no pueden considerarse aquí de forma más detallada, los límites entre el trabajo autónomo y el contrato de trabajo se difuminan, provocando lo que podría denominarse una inadecuada inclusividad de la subordinación laboral y, por tanto, del contrato de trabajo. Esa inadecuada inclusividad de la idea de subordinación laboral ha contribuido significativamente a la producción de un cierto *debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo*⁴, un proceso que, he argumentado, fue también el resultado de otros fenómenos que han convergido en su producción. Entre ellos: los altos niveles de desempleo, la creciente incidencia de la informalidad, los procesos de desintegración vertical de las empresas y de descentralización de los métodos de organización de la producción, el fraude y otras formas de escapar al alcance del derecho del trabajo (la llamada “huida del derecho del trabajo”)⁵ y las políticas legislativas que consideran ciertas relaciones laborales subordinadas como si no fueran tales. Además, las relaciones ambiguas, es decir, aquellas que -aun mostrando una fuerte sujeción económica del trabajador- no parecen incluir el rasgo de subordinación laboral. En definitiva, una *pérdida de ámbito personal del derecho social*.

3 Ibid.

4 Cfr. Goldin, Adrián (2006). “Labour Subordination and the Subjective Weakening of Labor Law”. En: *Boundaries and Frontiers of Labor Law* de Guy Davidov y Brian Langille (eds). Oxford: Hart Publishing, p. 109- 31.

5 En la misma línea, véase Rodríguez Piñero, Miguel (1992). “La huida del Derecho del Trabajo”. En: *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*. También Freedland, Mark R. y Kountouris, Nicola (2011). *The Legal Construction of Personal Work Relations*. Oxford: University Press., en el que los autores se refieren a la “huida del derecho del trabajo ... lamentada por varios de nuestros colegas europeos continentales ...” mencionando, en particular, la noción italiana de “fuga dal diritto del lavoro” en Ichino, Pietro (1990). “La fuga dal diritto del lavoro”. En: *Democrazia e diritto*. No. 69 y Liso, Franco (1992) “La fuga dal diritto del lavoro”. En: *Industria e sindacato*. No. 28, p. 1 - 9. Véase también Hepple, Bob y Veneziani, Bruno (2009). *The Transformation of Labor Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries: 1945-2004*. Oxford: Hart Publishing.

En este marco, las fronteras entre empleo por cuenta ajena y por cuenta propia se difuminan, provocando cierta incertidumbre sobre la inclusión de los trabajadores no dependientes en el sistema de protección. Además, se plantea la cuestión de la validez de persistir en una ecuación histórica que sólo reconoce estas dos condiciones -*contrato de trabajo por cuenta ajena/trabajo por cuenta propia*- como puntos terminales del esquema taxonómico así concebido.⁶

Formulando la pregunta de otro modo, *¿se trata de la pertinencia de mantener ese esquema binario como punto de referencia determinante para establecer el acceso o la exclusión del régimen jurídico de protección laboral* o, por el contrario, de rediseñarlo para incluir (o excluir) a otras personas que trabajan en el ámbito subjetivo de ese régimen? De hecho, es este dilema no resuelto el que propicia la creación de terceras categorías -protegidas o no- asimilables a uno u otro de los términos de esa ecuación; a la vista de este modo de concepción, estas categorías adicionales responden ineludiblemente a ese esquema binario que hoy se encuentra en una especie de estado fluido o, al menos, fuertemente cuestionado.

II. EN BUSCA DE UN CENTRO DE IMPUTACIÓN MÁS AMPLIO PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

A la vista de este proceso, cabe preguntarse si existe en el sistema -o será necesario concebir- otro tipo de lógica distinta de la que aplica la ecuación de contrato de “empleo/autoempleo” para determinar quién estará incluido en el régimen de protección laboral. ¿Sigue siendo la subordinación (o su ausencia) lo que define la entrada en ese sistema o se está generando un modo de acceso diferente? Me inclino por la hipótesis de que el sistema se está orientando hacia la alternativa de posibilitar la inclusión de todas las personas que trabajan y que están “*en necesidad de protección*” con el fin de asignar a cada categoría el

6 Por cierto, la respuesta al desafío de los hechos dista mucho de ser unánime. En algunos países, como Italia y Alemania, la estrategia ha consistido en trazar los contornos de algunos grupos de trabajadores autónomos que trabajan en condiciones contractuales desiguales y someterlos a una legislación protectora (el trabajador para-subordinado en Italia y el cuasi-empleado en la legislación alemana). Sin embargo, dicho movimiento, que se inició en hace algunas décadas, seguía sin reconocer la “insuficiente inclusividad” más reciente del aspecto jurídico-personal de la subordinación, pero sí reconocía la insatisfacción con el criterio dicotómico -contrato de trabajo/trabajo autónomo- que había surgido a lo largo del tiempo, y que dejaba sin protección determinadas situaciones que siempre habían incluido la desigualdad contractual. Cfr. Grandi, Mario (1999), “El problema della subordinazione tra attualità e storia”. En: *Le trasformazioni del lavoro*, supra n 4, 11.

nivel de protección adecuado y pertinente en términos de valores y principios constitucionales y legales.⁷

Este proceso de inclusión no implicaría -como ha sido hasta ahora- una inferencia extensiva basada en el esquema binario de subordinación y autonomía, sino el acceso al sistema de protección para aquellas categorías particulares que se consideren “necesitadas de protección” mediante un estatuto especial en cada caso. Ello permitiría evitar una cierta sobreutilización del contrato de trabajo, como se ha criticado en la doctrina.⁸ Dicha sobreutilización ha implicado un estiramiento y distorsión de dicho concepto para permitir la inclusión en el sistema de protección de algunas categorías para las que este marco no resulta adecuado.

En el seguimiento de este proceso, no parece necesario cuestionar la persistencia de la distinción binaria histórica, ya que parece pertinente seguir haciendo uso de ella allí donde la propia realidad lo justifique, pero no aplicarla allí donde esa distinción no logre explicar determinadas conexiones con el trabajo. *Lo que sí parece necesario admitir, en cambio, es que la distinción binaria ya no es autosuficiente para discernir el alcance del sistema de protección laboral.*

225

A. La hipótesis de la segmentación y la pluralización del régimen jurídico

En este marco, otra posible respuesta a este dilema podría reconocer señales de alerta temprana en los casos de determinadas categorías profesionales que son objeto de -o requieren- una legislación específica de protección porque, si bien no cumplen claramente la condición funcional-jurídica de subordinación, sí evidencian, desde una perspectiva económica, una clara situación de sujeción y una consiguiente *necesidad de protección*.⁹

7 Como señala Freedland, Mark (2007). “Aplicación del derecho laboral más allá del contrato de trabajo”. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, No. 146, Vol. 1- 2, p. 3- 20. No obstante, conviene subrayar que la categoría de contratos de trabajo personales, aunque significativamente más amplia que la del contrato de trabajo, sigue estando confinada a los contratos total o principalmente destinados a ser ejecutados por el trabajador por sí mismo.

8 “Sobreutilizado en el sentido de que algunos de los derechos que actualmente sólo se aplican a los empleados deberían ser disfrutados por grupos más amplios”. Véase Davidov, Guy (2006). “The Reports of My Death are Greatly Exaggerated: Employee as a Viable (Though Over-used) Legal Concept.” En: Davidov et al (eds), *supra*, n 6, p. 133-136.

9 En Argentina, es el caso de los contratistas e intermediarios de frutas y viñedos y de los jefes de taller,

Según esta hipótesis, la ya mencionada segmentación del tipo dominante, la creciente heterogeneidad de los procesos de trabajo y su desestandarización y correlativa fragmentación de las categorías tradicionales¹⁰ han producido una asignación generalizada de regímenes de protección diferenciados -rompiendo también la lógica de un régimen único como históricamente correspondía a ese tipo dominante.¹¹ Es probable, por tanto, que la construcción de centros de imputación más amplios para la legislación laboral se materialice “ex post” mediante la reagrupación de las categorías resultantes de dicha fragmentación en razón de necesidades comunes y de la disponibilidad de recursos para la protección. La definición de unas nuevas categorías -con nuevos centros de imputación del Derecho del trabajo- sería, en ese caso, la expresión compleja de esas tendencias simultáneas de diversificación y convergencia.

Dicho esto, el fenómeno moderno del trabajo humano tiende a demostrar que ya no es posible incluir en el contrato de trabajo -dominante hasta ahora- a todos aquellos que trabajan y que, por lo tanto, son “necesitados de protección”. Tampoco, al menos por el momento, existe otra categoría correlativamente amplia que permita a todos ellos ser destinatarios de un nuevo régimen de protección ampliamente comprensivo. Percibo más cercano a los hechos la hipótesis de que se está produciendo *una cierta segmentación o pluralización de la protección*, una especie de desmoronamiento de la unicidad normativa histórica articulada en torno a la idea de subordinación o dependencia y de su régimen jurídico. Y que, en este trance contemporáneo, el sistema busca una nueva configuración mediante la incorporación de distintas categorías, cada una de las cuales reclama su propio régimen de protección. Es lo que parece estar ocurriendo con el llamado “renacimiento del autoempleo”¹² (incluyendo no sólo a los autónomos

según la ley sobre el trabajo a domicilio. En Francia, tal y como se recoge en el Libro VII del Código del Trabajo, sería el caso de determinados trabajadores a domicilio, trabajadores itinerantes, agentes y vigilantes de parques (VRP), reporteros, artistas y modelos, asistentes de guardería, directores de sucursal, etc. Cfr. Lyon-Caen, Gérard (1990). *Le droit du travail non salarié*. Paris : Sirey, p. 42.

10 Cfr. Baylos, Antonio (1998). “Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo”. En: *Revista de Derecho Social*. Albacete: Editorial Bomarzo, No. 1, p. 11–38.

11 La fragmentación de la legislación de protección, que antes se consideraba un fenómeno patológico, debería verse ahora como un fenómeno natural e incluso como una condición para permitir la integración de situaciones que antes eran difíciles de incorporar. Cfr. Cruz Villalón, Jesús (1999). “El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado”. En: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*. Madrid: Editorial Tecnos y Junta de Andalucía.

12 De hecho, este es el caso de los trabajadores autónomos, que la pandemia reveló como uno de los

económicamente dependientes), en el caso de los teletrabajadores o, más ampliamente, de los trabajadores “a distancia”, y en la amplia variedad de *trabajadores de plataforma*. En las actividades de tipo centro de llamadas, incluso desde los domicilios de los trabajadores, ya se han identificado varias “terceras categorías” en las que se sumarán otras en el futuro.

B. Una nueva morfología del régimen y una nueva tendencia expansiva de Derecho del Trabajo

Esta pluralización o segmentación de la protección laboral supondría la incorporación al sistema de protección de nuevos regímenes jurídicos que, en muchos casos, serían distintos de los tradicionales estatutos sectoriales que complementaban el otrora régimen prácticamente exclusivo del contrato de trabajo.

En efecto, *la mayoría de estos nuevos regímenes pertenecen a una nueva morfología de regímenes*, que reconoce la mediación de las tecnologías de la comunicación, las formas de tratamiento de la información, los modos de contratación

más urgentes en “necesidad de protección” y sujetos al régimen amenazador en virtud del cual, si no trabajas, pierdes tus ingresos. Para nosotros, los autónomos que prestan servicios personales sin ningún tipo de asistencia constituyen una de las categorías -ciertamente, no la menos importante- que necesitan protección, por lo que también podrían requerir un régimen especial. Véase, entre otros, Bögenhold; Dieter y Fachinger, Uwe (2007). “Renaissance of self-employment - Renaissance of Entrepreneurship? Some remarks and empirical evidence for Germany.” *Working Paper of the Centre for Social Policy Research*, No. 2. Véase también Conen, Wieteke S. y Schippers, Joop (eds.) *Self-Employment as Precarious Work: A European Perspective* (Cheltenham: Edward Elgar 2019). En este último, los colaboradores consideran la forma en que la disminución a largo plazo del trabajo por cuenta propia desde la década de 1970 se ha ralentizado e incluso invertido en algunos países, emergiendo como una manifestación del trabajo precario. Se trata entonces de trabajo “necesitado de protección” y ya no directamente clasificable en los términos de la norma de subordinación laboral. Véase también Kountouris Nicola; De Stefano, Valerio; Ewing, K.D.; y Freedland, Mark (2020). “Covid-19 crisis makes clear a new concept of «worker» is overdue”. En: *Social Europe*, 9 de abril de 2020. Disponible en: www.socialeurope.eu/covid-19-crisis-makes-clear-a-new-concept-of-worker-is-overdue. Desde la perspectiva de estos autores, “esta nueva definición debe incluir no sólo a los trabajadores por cuenta ajena tradicionales, sino también a todos aquellos autónomos que no constituyen «empresas» (no emplean personal y no contabilizan una cantidad sustancial de activos para llevar a cabo lo que es claramente personal). Ha llegado el momento de que todos los derechos laborales y de seguridad social se apliquen a todos los trabajadores de que prestan trabajos o servicios de forma predominantemente personal y no lo hacen explotando realmente una empresa comercial por cuenta propia”. Son precisamente los hechos a los que hoy nos enfrentamos los que nos permiten ver en la apertura de una “dirección” en la que el sistema de protección podría ir incorporando un régimen para los autónomos, con la singularidad de que la tendencia a la segmentación posibilita su entrada en el sistema de protección laboral, ahora no menoscabado como una especie de “trabajadores dependientes por adscripción” -y de hecho menos protegidos- sino con cada uno de ellos en una categoría que tenga en cuenta su propia condición.

o de prestación de trabajo. El régimen tradicional de unicidad normativa tiende a ser sustituido por un esquema de segmentación o pluralidad de regímenes de protección, *uno de los cuales, por supuesto, sigue siendo el régimen histórico del contrato de trabajo*. Este último debería aún desarrollarse y actualizar sus criterios de inclusión ya que, como me parece obvio, el debate sobre el contenido y alcance de la noción de subordinación laboral aún no ha concluido en modo alguno. Como ya se ha dicho, la tradicional distinción binaria seguirá vigente allí donde siga siendo útil y no donde ya no lo sea, aunque cada uno de sus términos -contrato de trabajo/autoempleo- se incluyera en el sistema de protección jurídica, sometiendo a cada uno de ellos a un esquema normativo distinto.

Ya no es obvio que la ecuación binaria tradicional -contrato de trabajo/trabajo por cuenta propia- siga siendo suficiente para definir la incorporación o la exclusión del sistema de protección. Aunque durante mucho tiempo sólo los trabajadores subordinados fueron objeto del derecho laboral -había otros, pero el ámbito del contrato de trabajo era suficientemente amplio y expansivo y respondía a las necesidades sociales más acuciantes-, hoy esa categoría parece contraerse, al tiempo que se producen diversas manifestaciones de *segmentación y pluralización* de los regímenes de protección. Sin remontarnos a la etiología de estos fenómenos,¹³ desde una perspectiva más elemental es necesario establecer si estos planteamientos implican cambios relevantes en la idea básica del Derecho del Trabajo.

Si en el plano del trabajo personal se produce un incremento de la desigualdad de las partes, deberán ampliarse correlativamente los instrumentos técnicos de protección y añadirse los necesarios para dar respuestas adecuadas. De ahí la eventual necesidad de sustituir la fórmula histórica de “trabajo + subordinación personal” por otra más amplia cuyos términos podrían ser “trabajo personal + desigualdad contractual”.

Pero *esta última sería una fórmula externa y conceptual que no serviría -al menos por el momento- para atribuir un régimen genérico de protección, sino que se limitaría a explicar y fundamentar en cada caso la construcción de un régimen específico de protección para cada resultado alcanzado utilizando esa fórmula. Se trataría, por tanto, de un factor de desarrollo legislativo y no de inclusión directa en un régimen preexistente como el del contrato de trabajo.* Los regímenes

13 Véase Goldin supra n 6.

nuevos y especiales acentuarían, entre otras características, las singularidades específicas de las categorías y, en ese marco, liberarían al trabajador (por ejemplo, a los *trabajadores de plataforma*¹⁴) de la necesidad de reclamar judicialmente su inclusión en uno de los estatutos generalizados de protección (actualmente, el del *contrato de trabajo*). Por ello, si -como es de esperar- se profundiza el proceso de heterogenización y “desestandarización” del sistema de protección laboral, es altamente probable que se produzca una correlativa confirmación de la quiebra de aquel sistema de unicidad normativa. En este contexto, categorías mutuamente inasimilables requerirían correlativamente regímenes de protección diferentes.

C. Por lo tanto, una nueva tendencia expansiva en el Derecho del Trabajo

Si un proceso, como el que acabamos de describir estuviera en marcha e implicara la relajación de los límites que la idea de subordinación laboral impone para la determinación del ámbito subjetivo del derecho del trabajo, estaríamos en presencia de *una nueva tendencia expansiva del derecho del trabajo*. Este régimen jurídico -contrariamente a la contracción resultante de la inadecuada inclusividad de la *subordinación*- no perdería nada de lo que ya tiene. En efecto, el tradicional contrato de trabajo seguiría presente, pero el sistema de protección incorporaría nuevas categorías, la mayoría de ellas reguladas por su respectivo régimen o regulación legal. En ese marco, la cuestión ya establecida de definir el alcance del *contrato de trabajo* seguiría siendo válida, pero ahora se situaría dentro de una más amplia: la de un sistema de protección que alcanza a otras categorías más allá del contrato de trabajo en su formulación histórica.

De esta forma, el derecho del trabajo, si bien no prescindiría del concepto de *subordinación laboral* como factor de inclusión (es esta categoría la que hasta ahora definía la inclusión en el sistema de protección), estaría deshaciéndose de ella como determinante de exclusión (la ausencia de dependencia excluía a un trabajador del sistema). La subordinación laboral conformaría una de las categorías y dejaría de ser el único o el central indicador definitorio de la inclusión en el sistema de protección. *Este último, hasta ahora encorsetado en el concepto de*

14 A menudo, la reclamación legal no es la respuesta adecuada: los litigios llevan mucho tiempo y son demasiado caros. Las situaciones individuales, que se resuelven caso por caso, son un vehículo imperfecto para abordar consideraciones más amplias de distribución y equidad social, y a menudo se traducen en meros cambios formales en los acuerdos contractuales en lugar de avances concretos en la situación jurídica de los trabajadores. Véase Goldin, Adrián (2020). “Los Trabajadores de Plataforma y su regulación en Argentina”. LC/TS.2020/44 Naciones Unidas/ CEPAL.

dependencia laboral, no parece renunciar a la subordinación, pero tampoco acepta ya ser confinado a esa caracterización. Otros regímenes ya forman y formarán parte también de tal sistema de protección, aunque no incluyan el vínculo de subordinación.

Me parece que este tipo de reconfiguración en marcha del régimen jurídico de protección se está desarrollando como un fenómeno *autopoietico*.¹⁵ En él, el sistema busca su propio rediseño al margen de cualquier “voluntarismo creativo”. Esta apreciación se basa en la idea de que al igual que nadie programó la construcción teórica del concepto de contrato de trabajo, nadie podrá definir “ex ante” las categorías que tienden a sustituirlo.

III. UNA PLURALIDAD DE RÉGIMENES COMPLEMENTADA POR UN CONJUNTO DE NORMAS COMUNES

Estaríamos entonces ante un esquema de protección segmentado y pluralizado compuesto por una serie de estatutos especiales. Probablemente irá acompañado de un conjunto de normas comunes que podrían ser al menos -y las cito sólo como ejemplos- las del *Programa de Trabajo Decente* de la Declaración del Centenario de la OIT¹⁶ o la *Garantía Universal del Trabajo* propuesta en el informe de la Comisión Global para el Futuro del Trabajo.¹⁷ Junto con esa pluralidad de categorías protegidas incluidas en el sistema de protección jurídica -para Freedland y Kountouris, *una familia de contratos*¹⁸- encontraríamos un conjunto de reglas comunes en una construcción que parece análoga a aquella en la que se ha concebido el derecho mercantil.

Por lo tanto, en los términos propuestos por dichos documentos, ese conjunto de normas comunes incluiría, al menos, la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores incluidos en la Declaración de la OIT relativa

15 “Autopoiesis” es un neologismo que designa la cualidad de un sistema capaz de reproducirse y mantenerse por sí mismo.

16 Véase <https://www.ilo.org/es/acerca-de-la-oit/mision-e-impacto-de-la-oit/declaracion-del-centenario-de-la-oit-para-el-futuro-del-trabajo-2019>

17 Véase <https://www.ilo.org/es/publications/trabajar-para-un-futuro-m%C3%A1s-prometedor-0>

18 Cfr. Freedland, Mark R. y Kountouris, Nicola (2011). *The Legal Construction of Personal Work Relations*. Oxford: University Press.

a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada en 1998,¹⁹ un “salario vital adecuado” y límites máximos de horas de trabajo. Asimismo, la garantía de la seguridad y la salud en el trabajo, cuyo reconocimiento como uno de los derechos fundamentales en el trabajo ya se está debatiendo activamente.²⁰ Los convenios colectivos o la legislación nacional pueden añadir derechos a este piso de protección laboral común.

Todo ello, unido a los derechos personalísimos de las personas en el trabajo,²¹ esto último un producto de la jurisprudencia y también de la legislación definitivamente incorporada al ordenamiento jurídico (sólo para ilustrar este concepto, permítanme mencionar *el derecho a la propia imagen, los derechos a la intimidad y a la privacidad, la libertad de elección de orientación sexual, la libertad de expresión y opinión, la libertad ideológica y religiosa*, entre muchos otros).

IV. ADEMÁS, PROTECCIÓN SOCIAL UNIVERSAL NO RELACIONADA CON LA SITUACIÓN PROFESIONAL

Mientras tanto, los fenómenos antes mencionados de *desestandarización contractual*, de la inadecuada inclusividad *del contrato de trabajo* y del *debilitamiento subjetivo de la legislación laboral*, junto con la tan extendida preferencia de los empresarios por el autoempleo y también la introducción de tecnologías disruptivas, son factores altamente incidentales en la creciente dificultad para la financiación de los sistemas contributivos de protección social. La base im-

231

19 Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Disponible en: <https://www.ilo.org/es/resource/otro/declaracion-de-1998-de-la-oit-relativa-los-principios-y-derechos>

20 En una resolución adoptada junto con la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo (2019) (supra, n 17) se solicitaba al Consejo de Administración «que considere, lo antes posible, propuestas para incluir condiciones de trabajo seguras y saludables en el marco de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT», del mismo modo que para los ocho convenios fundamentales de la OIT. Este punto se incluyó en el orden del día de la 110ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), que el 10 de junio de 2022 adoptó una resolución por la que se modifica la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 para añadir el principio de un entorno de trabajo seguro y saludable. Los nuevos Convenios fundamentales son el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud de los trabajadores, 2006 (núm. 187).

21 He examinado el reflejo de estos derechos personalísimos de las personas en el trabajo en Argentina. Cfr. Goldin, Adrián (2011). “Droits fondamentaux de la personne et relations du travail en Argentine”. En : Auvergnon, Phillipe (ed). *Libertés individuelles et relations de travail : le possible, le permis et l'interdit*. Bordeaux : University Press.

sitiva se erosiona a medida que disminuye la mano de obra formal y aumenta el gasto en pensiones y servicios asistenciales, producto del envejecimiento de la población. Por ello, surge la necesidad de concebir, junto con el tradicional sistema contributivo de seguridad social de carácter claramente ocupacional, un componente del sistema de cobertura social ajeno a la cada vez más esquivada situación ocupacional. En este último, los recursos contributivos del sistema tradicional, que deberían ser preservados en la medida de lo posible, tendrán que integrarse con recursos que ya no podrán depender -al menos, no centralmente- de la situación ocupacional de los beneficiarios.

De este modo, como se propone en la Declaración del Centenario de la OIT, los regímenes de protección laboral deberían ir acompañados de un sistema de protección social “completo y ... universal” y de un sistema de cobertura de las transiciones. *Según, este último, esa cobertura no sólo alcanzaría simultáneamente a todos los que la necesitan, sino también, desde una perspectiva diacrónica, a cada uno de ellos todo el tiempo.* En este caso, el problema es garantizar la continuidad de la protección durante los intervalos entre el empleo remunerado -o como diríamos ahora, la ocupación remunerada- y en otras situaciones de la vida del sujeto. En otras palabras, se trata de cómo llenar los intersticios de la necesidad.²²

232

V. UN SENTIDO LABORALISTA DE LA JUSTICIA SOCIAL

Como se sugiere en las primeras líneas de este artículo, si esta transformación -esta *segmentación y pluralización del sistema de protección laboral*- estuviera en marcha, la realización del *principio de justicia social* también debería buscarse en el marco de este esquema. Si se cambia la forma de regular el trabajo, inevitablemente *tendrá que mutar la idea de justicia social en su conexión con el trabajo.*

22 Alain Supiot sostiene que los derechos de las personas en el trabajo deben extenderse a todas las formas de actividad personal al servicio de otra, formas que pueden tener lugar en la vida de cualquiera de ellas. Esto incluye, por ejemplo, el trabajo voluntario que, en opinión del autor, es esencial para la supervivencia de la sociedad (como el trabajo en el seno de la familia para la reproducción de la mano de obra). En la medida en que la ocupación sea útil para la sociedad, sería apropiado asignarle una serie de derechos sociales y un estatuto de protección (de su introducción a “Le Travail en perspective”. París: LGDJ, 1998, p.1. Cfr. RITTICH, Kerry (2021). “Two Institutional Paths Toward the Future of Work -A View from the Edge of the Field.” En: *Social Justice and World of Work: Possible Futures. Essays in Honour of Francis Maupain* de Brian Langille y Anne Trebilcock (eds.). Oxford: Hart Publishing.

La ampliación de la justicia social más allá del empleo asalariado es, por tanto, necesaria, y ya está en marcha en el propio concepto de “Trabajo Decente”. Esta idea -propuesta por la OIT desde principios de siglo²³- se refiere a “un trabajo que sea productivo y proporcione unos ingresos justos, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que las personas expresen sus preocupaciones, se organicen y participen en las decisiones que afectan a sus vidas e igualdad de oportunidades y de trato para todas las mujeres y todos los hombres”. Se trata claramente de una formulación más conceptual y menos casuística (en términos de derechos) de la justicia social, que no sólo está vinculada a los asalariados, sino a todas las personas que trabajan y a todas las empresas en las que lo hacen.²⁴ Desde esta perspectiva, promover la justicia social no sólo significa aumentar los ingresos y crear puestos de trabajo; también es una cuestión de derechos, dignidad y libertad de expresión de los trabajadores, así como de autonomía económica, social y política.²⁵ De este modo, es el estándar del Trabajo Decente que se alcanza cuando su régimen de protección no se limita al trabajo y sus condiciones, sino que permite la conexión con otros valores de la vida.

Por lo tanto, no basta con garantizar las políticas, actividades e instituciones directamente vinculadas a los mercados de trabajo. Por el contrario, es necesario que a nivel global y nacional se refuerce la convergencia de políticas en toda una serie de ámbitos que inciden en la producción, las empresas y los trabajadores, es decir, a nivel social, financiero, fiscal y económico. En definitiva,

23 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (1999). *Trabajo decente*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión.

24 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2008). *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 97ª reunión, Artículo I.A.

25 Un concepto amplio de justicia social, no sólo como un intercambio adecuado de cantidades (de trabajo por salario) sino también de un acceso adecuado al trabajo, y de un reconocimiento justo de las personas, ya recogido en el Preámbulo de la Constitución de la OIT y en la Declaración de Filadelfia, exige unas condiciones de trabajo verdaderamente humanas. Se trata del justo reconocimiento de las personas centrado en la dicotomía entre el tener y el ser para que tengan la satisfacción de dar la medida plena de sus capacidades y hacer la mayor contribución al bien común, lo que facilita la posibilidad de desarrollo de los individuos, la integración personal y social, la libertad de expresar sus preocupaciones, organizarse y participar en las decisiones que afectan a sus vidas. Cfr. Supiot, Alan (2018). “¿Cuál es la justicia social internacional para el siglo XXI?”. En: *Laborem*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.spdts.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem18.pdf>

podría decirse que *la idea de Trabajo Decente es la expresión laboral moderna de la justicia social*, que se enriquece explícitamente con otros componentes. *En la tendencia hacia la ampliación del ámbito subjetivo del sistema de protección, la superación del marco restringido de la dependencia es, por tanto, sólo uno de los ejes del proceso de ampliación.*

El derecho de defensa previa del trabajador frente al despido

The employee's right to prior defense against dismissal

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND*

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca
Correo electrónico: wsr@usal.es

RESUMEN: El artículo analiza el derecho del trabajador a ser oído antes de su despido, consagrado en el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT. Aunque España ratificó este tratado en 1985, durante décadas se negó a aplicarlo alegando que no tenía efecto directo (*non-self-executing*) y que bastaba con las garantías post-despido. El autor revisa los orígenes del derecho en el Derecho internacional y comparado (especialmente el *Statuto dei Lavoratori* italiano), denuncia la resistencia normativa y jurisprudencial española a reconocerlo y expone cómo esta posición comenzó a cambiar en los últimos años. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2024 marca un giro al declarar directamente aplicable el artículo 7 del Convenio, reconociendo por fin este derecho para todos los trabajadores. El texto aboga por una reconstrucción jurisprudencial y normativa de su contenido, subrayando su conexión con valores constitucionales como el derecho a la defensa y la dignidad del trabajador.

ABSTRACT: The article examines the worker's right to be heard before being dismissed, as established in Article 7 of ILO Convention No. 158. Although Spain ratified this treaty in 1985, for decades it refused to apply it, arguing that it lacked direct effect (*non-self-executing*) and that post-dismissal guarantees were sufficient. The author reviews the origins of this right in international and comparative law (especially the Italian *Statuto dei Lavoratori*), denounces the legal and judicial resistance in Spain, and explains how this stance began to shift in recent years. A landmark ruling by the Spanish Supreme Court on November 18, 2024, reversed its previous position by declaring Article 7 directly applicable, thereby recognizing the right for all workers. The article calls for a judicial and legislative reconstruction of this right, highlighting its connection with constitutional values such as the right to defense and the dignity of workers.

PALABRAS CLAVE: defensa previa frente al despido, aplicación directa de los tratados internacionales, control de convencionalidad, Convenio 158 OIT

KEY WORDS: previous defense against dismissal, direct application of international treaties, conventionality control, ILO Convention N.º 158

Recibido: 18/08/2025

Aceptado: 24/09/2025

Publicado en línea: 03/11/2025

* La primera versión de este artículo, anterior a la Sentencia del Tribunal Supremo español de 18 de noviembre de 2024, fue publicada en la *Revista de Derecho Social*, 2024, núm. 105, págs. 41-74.

SUMARIO: I. Advertencia preliminar. II. El renacer de un debate “enterrado” tres décadas atrás. III. La génesis del derecho a la defensa previa del trabajador frente al despido: la Recomendación 119 de la OIT y el *Statuto dei Lavoratori* italiano de 1970. IV. La proclamación del derecho por las fuentes internacionales: el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT. V. La tenaz resistencia de España al cumplimiento del Convenio 158. VI. La demanda de un replanteamiento de la tesis negativa. VII. Los términos actuales del debate: la prevalencia de la cuestión de la aplicación directa ante el notorio incumplimiento del Convenio 158 por España. VIII. ¿Contiene realmente el artículo 7 un mandato *non-self-executing*? IX. Elementos clave para la reconstrucción jurisprudencial y el reconocimiento normativo del derecho a la defensa previa del trabajador frente al despido. X. Epílogo: el reconocimiento de la aplicabilidad directa del artículo 7 del Convenio 158 por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2024.

I. ADVERTENCIA PRELIMINAR

A diferencia del Perú, España optó por adherirse muy tempranamente al Convenio 158 de la OIT, nada menos que en el año 1985. Esta adhesión no dio lugar, sin embargo, cambio alguno de importancia en su legislación en materia de despido, contenida en el Estatuto de los Trabajadores. Esta se mantuvo, así, sin alteraciones dignas de mención hasta la década siguiente, en buena medida debido a que esta cumplía en lo fundamental con los mandatos de la norma internacional a la que España había decidido someterse. De hecho, la “flexibilización” del régimen de extinción del contrato de trabajo no se produjo en España a lo largo de dicho período mediante la alteración de su regulación, sino a través de la generalizada aceptación de la contratación temporal sin causa, por medio de la cual se aceptaba la válida imposición de un término inicial para el contrato de trabajo no sujeto a ningún requisito asociado a la duración del trabajo a realizar por la persona que ocupaba la posición de trabajador. Una forma de hacer pasar “por la ventana” algo que no podía ser admitido de manera directa.

Aun así, hubo entonces un aspecto del contenido del Convenio 158 que no se encontraba debidamente recogido por la legislación española. Se trata del derecho del trabajador a defenderse de los cargos formulados contra él con carácter previo a la efectividad de su despido, consagrado por su artículo 7. Ríos de tinta corrieron, a partir de este hecho, con el fin de justificar la no aplicación de esta previsión, que fue vista por entonces como una exigencia innecesaria que complicaba sin fundamento un acto que se venía solventando a través de

la mera comunicación al trabajador del despido con indicación de la causa que lo motivaba, sin más posibilidad por parte de este que la de impugnarlo posteriormente ante los tribunales. Yo mismo fui testigo, dado que mi llegada a Salamanca se produjo en el año 1987, de este debate. O, más bien, de esta concertada emisión de opiniones casi unánimemente encaminadas a demostrar que España no estaba obligada a cumplir con el mandato claro del convenio por ser este uno no aplicable directamente. Sin que nadie abogase, además, por la aprobación de una norma que recogiese la previsión cuya exigibilidad directa se negaba, pero que comprometía igualmente al país debido a la ratificación del convenio.

Siempre me pareció que esta era más una posición interesada que interesante, en buena medida motivada por la ideología entonces muy extendida dentro del laboralismo, que veía en las garantías frente al despido una forma de poner trabas a la creación de empleo. Aun así, recibió un claro refrendo de la jurisprudencia, que recogió sin matices la tesis negativa. Afortunadamente, muchos años después, con el retorno de la preocupación por las personas como elemento clave para la construcción del Derecho del Trabajo del siglo XXI, empezarán a sumarse fuerzas y opiniones coincidentes en demandar la necesidad de revisar ese consenso, así como pronunciamientos jurisdiccionales de instancias inferiores que empezaron a desafiarlo. Yo mismo publiqué por entonces una Opinión en la revista *Trabajo y Derecho*, titulada “La reforma del despido y el derecho de defensa previa del trabajador”, abogando por ello.

El artículo que comparto en esta ocasión con los lectores de *Laborem* se inscribe en este contexto. Fue escrito en el momento en que, existiendo pronunciamientos judiciales de distintos tribunales superiores de justicia, era cuestión de tiempo la emisión de una sentencia en unificación de doctrina del Tribunal Supremo que procediese, bien a confirmar la tesis negativa precedente, o bien a apartarse de ella para afirmar la aplicación directa del artículo 7 del Convenio 158, con el consiguiente reconocimiento del derecho de todos los trabajadores a ser oídos y defenderse de los cargos formulados contra ellos antes de la materialización de su despido. Su propósito es, por ello, realizar un estudio detenido de la génesis de este derecho, sus antecedentes de Derecho comparado, más relevantes de lo que suele creerse, las razones de fondo que fundamentan su existencia y los motivos en virtud de los cuales su regulación internacional debe ser considerada de aplicación directa por los Estados que hayan ratificado dicho convenio. A lo

que se suma, en su parte final, una reconstrucción de los elementos centrales que deberán tenerse en cuenta para su adecuada aplicación. Todo ello con el fin de aportar, desde fuera del proceso en vez de dentro de él, argumentos de fondo en respalden la tesis favorable a dicha aplicación.

El desenlace se producirá, finalmente, el 18 de noviembre de 2024, mediante la emisión por el pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de su Sentencia 1250/2024, a través de la cual, rectificando su doctrina precedente, optó por declarar inmediatamente aplicable el artículo 7 del Convenio 158. A diferencia de “las estirpes condenadas a cien años de soledad”, para las cuales no existe “una segunda oportunidad sobre la tierra”, de acuerdo con el magistral epílogo de la novela que recrea el universo real maravilloso de Macondo, el derecho a la defensa previa frente al despido terminó por encontrar de este modo la suya en España, nada menos que treinta y ocho años después del momento de su incorporación formal al ordenamiento jurídico de este país.

El texto que se reproduce a continuación respeta en su integridad el contenido del artículo publicado entonces, en realidad no solo un alegato en favor de la aplicación directa del mandato del convenio en cuestión, sino también de la importancia del reconocimiento de este derecho en cualquier ordenamiento, con la sola adición de un breve epílogo en su parte final, en el que se da cuenta de la expedición de la decisión de la máxima instancia judicial española que zanja la cuestión.

II. EL RENACER DE UN DEBATE “ENTERRADO” TRES DÉCADAS ATRÁS

El derecho de todo trabajador, y no solo de aquellos que forman parte de colectivos especialmente protegidos, a no ver terminada su relación de trabajo “por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él”, reconocido por el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, forma parte del ordenamiento jurídico español, de acuerdo con el mandato de los artículos 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil, desde el 26 de abril de 1986, fecha en la que se cumplieron los doce meses desde su ratificación requeridos por su artículo 16.3 para su entrada en vigor. Aun así, y transcurridos casi treinta y ocho años desde entonces, el reconocimiento unívoco e incontestable de un derecho de semejantes características en cabeza

de los trabajadores en general sigue constituyendo una asignatura pendiente dentro del Derecho del Trabajo español. Y, por supuesto, dentro de la práctica de los despidos en España, que se produce en la inmensa mayoría de los casos con un absoluto desconocimiento de esta garantía.

Las razones hay que buscarlas no solo en la falta de interés del legislador por recoger dentro de la regulación estatutaria la necesidad de una defensa del trabajador antes de la materialización de cualquier despido, pese a que ocasiones no le han faltado a lo largo de estos años, en los que se han sucedido hasta ocho reformas laborales, así como varias decenas de modificaciones menores del Estatuto de los Trabajadores. Como es evidente, esta desidia no hubiese sido tal de haber existido una demanda unánime de reconocimiento del derecho por parte de los operadores jurídicos y la sociedad. No fue esto lo que ocurrió, sin embargo, más allá del espacio de las organizaciones sindicales. Muy por el contrario, como habrá ocasión de explicar más adelante, los años que siguieron a la entrada en vigor del Convenio 158 se caracterizaron por una muy rara coincidencia entre las autoridades gubernamentales, los tribunales y e incluso la doctrina en torno a la necesidad, no ya solo de no aplicar su artículo 7 en ausencia de una norma que desarrolle su contenido, sino de no demandar la aprobación de esta última. Al extremo de resultar casi imposible encontrar una sola voz favorable a ello en esos años. No solo la cuestión de la eventual aplicación directa del artículo 7 del Convenio 158, posible ya entonces de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo,¹ sino incluso el obligado reconocimiento a nivel legislativo del derecho a la defensa previa frente al despido, en cumplimiento del compromiso internacionalmente asumido por España a través de su ratificación, terminaron de tal modo por quedar “enterrados”, como se ha dicho gráficamente,² desde finales de los años noventa, bajo una montaña de alegaciones gubernamentales, opiniones doctrinales y pronunciamientos judiciales contrarios.

- 1 En aplicación de lo previsto desde 1974 por el artículo 1.5 del Código Civil. Véase, J. Díez-Hochleitner, “Artículo 30.1 Ejecución”, en P. Andrés Sáenz de Santa María, J. Díez-Hochleitner y J. Martín y Pérez de Nacclares, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Civitas Tomsom Reuters, 2015, págs. 533-534.
- 2 Así, J. B. Vivero Serrano, “El principio *iura novis curia* y los recursos en el orden social. A propósito de una mediática sentencia (TSJ de las Islas Baleares) sobre la defensa previa del trabajador despedido y la OIT”, *Briefs AEDTSS*, 2024, número 76, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.

Si algo llama la atención dentro de este debate, con la distancia que da el paso de un período tan prolongado de tiempo, no es tanto el resultado por el que terminó decantándose como la rapidez con la que este fue alcanzado, la casi total ausencia de opiniones disidentes y, sobre todo, la naturaleza exquisitamente formal de los argumentos utilizados para llegar a él, centrados de manera casi exclusiva, según se podrá comprobar, en la negación del carácter *self-executing* del mandato del artículo 7 del citado convenio. Ningún estudio o reflexión hubo, en cambio, sobre el derecho de defensa del trabajador ante los cargos del despido en sí mismo y las razones que se encuentran en la base de su inclusión en una norma de vocación universal como la indicada. Antes bien, lo que da la impresión de estar presente como elemento de juicio subyacente a la mayor parte de las opiniones vertidas es la consideración de este derecho como un mecanismo disfuncional, cuya introducción puede ser capaz de complicar innecesariamente una regulación adecuada de la materia, no necesitada de complemento alguno de esa naturaleza.

Esta es una visión negativa del derecho de defensa previa que a duras penas puede ser desligada de la orientación de política legislativa que por aquellos años informaba la construcción de los ordenamientos laborales en la mayor parte de los países occidentales. Una orientación de acuerdo con la cual el despido era visto esencialmente un coste que debía ser valorado “en función de sus repercusiones sobre el mercado de trabajo y la voluntad performativa del empresario” y para el cual “la situación personal del trabajador despedido no tiene ninguna relevancia”.³ De allí que las cosas no empezasen a cambiar hasta que esta visión del despido, y del dogma que la sustenta, según el cual es necesario limitar las garantías frente a él y moderar sus costes para no afectar a la creación de empleo, no empezasen a ser cuestionados, ya durante la presente década, de la mano de la emergencia de una nueva manera de enfrentar los problemas sociales, basada en valores y estrategias por completo distintos, dentro de los cuales ocupa un papel central la protección de las personas.⁴ Este importante cambio cultural, cuya gestación se produjo durante la pandemia, al calor de las medidas sociales puestas en práctica para hacer frente a sus devastadoras consecuencias, ha tenido

3 Dicho con palabras de A. BAYLOS GRAU y J. PÉREZ REY, *El despido o la violencia del poder privado*, Ed. Trotta, Madrid, 2009, págs. 30 y 31.

4 Un mayor desarrollo de esta tesis en mis estudios “Lectura y relectura de la reforma laboral de 2021” y “La reforma del despido y el derecho de defensa previa del trabajador”, publicados en *Trabajo y Derecho*, 2022, núm. 88, y 2023, núm. 101, respectivamente.

como uno de su efectos más relevantes la recuperación de la preocupación por la dimensión del despido como un acto capaz afectar derechos, frente al cual es preciso ofrecer al trabajador garantías apropiadas. Entre estas, el derecho a defenderse de los cargos que se le imputan con carácter previo a su plena efectividad, cuya necesidad y aplicabilidad directa han empezado a suscitar en la última etapa cada vez más opiniones favorables.

El debate sobre esta garantía no solo ha revivido, así pues, emergiendo de las profundidades en las que pareció haberlo sumido su negación casi unánime en la etapa precedente, sino que lo ha hecho con particular vigor y partiendo de una apreciación de los mecanismos de protección frente al despido muy distinta de la de entonces. En estas condiciones, resulta de mayor interés llevar a cabo una aproximación integral a este controvertido derecho, que preste atención a sus antecedentes, su razón de ser y los valores que a través de él se trata de proteger, así como a la función que está en condiciones de cumplir dentro de la regulación del despido vigente en España. Todo esto como punto de partida para el análisis de su exigibilidad dentro de nuestro ordenamiento y los extremos que cabría atribuir a su régimen jurídico, de ofrecerse una respuesta positiva a esta cuestión. A este cometido están dedicados de manera sucesiva los apartados siguientes.

III. LA GÉNESIS DEL DERECHO A LA DEFENSA PREVIA DEL TRABAJADOR FRENTE AL DESPIDO: LA RECOMENDACIÓN 119 DE LA OIT Y EL *STATUTO DEI LAVORATORI ITALIANO* DE 1970

El derecho del trabajador a defenderse de los cargos formulados contra él antes de que el despido surta efectos no constituye una creación por completo original del Convenio 158, sino que cuenta con antecedentes dignos de ser mencionados.

Entre estos se encuentra la Recomendación 119 sobre la terminación de la relación de trabajo, aprobada en 1966, a la que remplazarían en 1982 dicho convenio y la Recomendación 166, en la medida en que esta optó por incluir en su apartado 11.5 la indicación, dirigida a orientar la actuación de los Estados miembros y los agentes sociales, de que “antes de que pase a ser definitivamente efectiva una decisión de despido por falta grave, el trabajador interesado debería tener la posibilidad de exponer inmediatamente su caso, asistido, cuando fuere oportuno, por una persona que lo represente”. La terminología utilizada se pa-

rece poco a la recogida catorce años después por el Convenio 158. No obstante, los rasgos de lo que luego vendría formulado en términos de una posibilidad defensa previa del trabajador frente al despido se asoman ya en este precepto. Lo que habría hecho el convenio sería, así, recoger el espíritu de esta disposición, dándole una redacción distinta y más clara y operativa, sin alterar la *ratio* que la caracteriza.⁵

El referente por excelencia del artículo 7 del Convenio 158 se encuentra representado, sin embargo, al menos desde el punto de vista de su formulación y configuración interna, por el artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori* italiano de 1970. De acuerdo con este artículo, “el empresario no podrá adoptar ninguna medida disciplinaria contra el trabajador sin haberle notificado previamente la acusación y sin haber oído su defensa”. Añadiendo que “el trabajador podrá ser asistido” a tal efecto “por un representante de la asociación sindical a la que pertenezca o a la que haya conferido mandato” y que “las medidas disciplinarias de mayor gravedad que la amonestación verbal no podrán aplicarse hasta que hayan transcurrido cinco días desde que se notificó por escrito el hecho que les dio causa”.⁶ Como salta a la vista, esta es una disposición prevista para el ejercicio de la potestad disciplinaria del empresario en general, y no específicamente en relación con el despido. No obstante, aunque no sin cierto debate, desde un inicio se sustentó con firmeza desde la doctrina su aplicación también a los supuestos de despido por razones disciplinarias.⁷ Un punto de vista que sería luego corroborado por la Corte Constitucional.⁸

5 Esta relación entre la Recomendación 119 y el Convenio 158 es destacada especialmente por J. I. GARCÍA NINET, “La negociación colectiva española como instrumento para cumplir con lo previsto por el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, núm. 36, págs. 394-395, quien la considera “su antecedente más inmediato”.

6 Con todo, es importante destacar que, poco antes de la aprobación del estatuto italiano, el Decreto-Ley núm. 49408, de 24 de noviembre de 1969, por el que se introdujo en Portugal un nuevo régimen para el contrato de trabajo, dispuso en su artículo 31.3, de manera en esencia coincidente, que “la sanción disciplinaria no podrá ser aplicada sin audiencia previa al trabajador”. Mi gratitud a la profesora Ana Isabel Lambelho Costa por haberme proporcionado la información sobre este relevante antecedente.

7 Por todos, G. PERA, “Art. 7 (Sanzioni disciplinari)”, en C. ASSANTI y G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti del lavoratore*, Cedam, Padova, 1972, especialmente págs. 96-99; y R. BORTONE, “Art. 7 (Sanzioni disciplinari)”, en AA.VV., *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario diretto da Gino Giugni*, Giuffrè Ed., Milano, págs. 70-80. En contra, L. MENGONI, “Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei Lavoratori”, en AA.VV., *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori. Tendenze ed orientamenti*, Milan, F. Angeli Ed., 1973, pág. 25.

8 La Corte Constitucional italiana, en su Sentencia de 30 de noviembre de 1982, núm. 204, declaró

La extraordinaria trascendencia de esta previsión, y en particular su conexión con “la idea madre del Estatuto” de que “la organización debe modelarse a partir del hombre y no a la inversa”,⁹ no pasó desapercibida para sus primeros intérpretes. La bondad de la norma fue apreciada entonces desde una doble óptica. En primer lugar, en atención a la “procedimentalización del ejercicio del poder disciplinario” que introduce,¹⁰ la cual constituye, a la vez, “realización del derecho fundamental de defensa” y “principio civilizatorio”.¹¹ El artículo 7 “modifica”, desde esta perspectiva, “la estructura de la empresa”, adecuándola “a los principios constitucionales”, de forma que el poder disciplinario “es separado del poder directivo” y “despojado de la inmediatez” que dentro del Código Civil “lo caracterizaba como un poder autocrático”, para verse “sujeto a formas de ejercicio y de control dirigidas a garantizar la posición contractual del trabajador”.¹² Lo cual supone “desconocer la imparcialidad de un juez doméstico que era, tras la puerta, árbitro para imponer sanciones a veces incluso *inaudita altera parte* o sin una previa indicación de las específicas normas de conducta inobservadas”.¹³ Argumentos a los que se suma, como segunda virtud de la norma, esta vez desde la perspectiva aplicativa, la ruptura que impone “de los hábitos y las prácticas de mando, en especial a nivel de la jerarquía inmediata sobre el trabajador”, que “puede y debe resultar, a la larga, beneficiosa para las relaciones entre las direcciones y el personal”, al estar en condiciones de “determinar un nuevo clima responsable”, dentro del cual el empleador se verá inducido “a proceder con conocimiento de causa en la imposición de sanciones”, que “serán tanto o más aceptadas por el trabajador cuando más escrupulosamente se haya respetado el orden procedimental”.¹⁴

“la ilegitimidad constitucional de los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 7 de la ley de 20 de mayo de 1970, número 300, interpretados en el sentido de que sean inaplicables a los despidos disciplinarios”. Véase, con referencias jurisprudenciales más recientes, que extienden la protección al personal directivo, L. NOGLER, “La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i ‘principi’ costituzionali”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2007, núm. 116, pág. 606.

9 En palabras de L. MENGONI, op. cit., pág. 23.

10 G. PERA, op. cit., pág. 74. En la misma dirección, L. MONTUSCHI, “Il potere disciplinare e l’art. 7 dello ‘statuto’ dei lavoratori”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1971, pág. 77.

11 G. PERA, loc. cit. La exigencia de adecuar el ejercicio del poder disciplinario a los principios constitucionales es destacada también por A. FRENI y G. GIUGNI, *Lo Statuto dei Lavoratori. Commento alla legge 20 maggio 1970, n. 300*, Giuffrè Ed., Milano, 1971.

12 L. MENGONI, op. cit., pág. 24.

13 L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè Ed., Milano, 1973, pág. 162.

14 Una vez más, G. PERA, loc. cit.

Con todo, tampoco se trata de una institución creada *ex novo* por el legislador de 1970, que lo que hizo fue generalizar las experiencias existentes en el empleo público y, sobre todo, la negociación colectiva, donde el principio contradictorio era objeto de un amplio desarrollo.¹⁵ Su recepción normativa es, de este modo, expresión de la particular consideración que dentro del sistema italiano de relaciones laborales merecía, ya entonces, la tutela de la posición del trabajador dentro de los procedimientos disciplinarios.

El resultado es un sistema de protección que se expresa a través de la creación de un “procedimiento interno”, cuyo objeto es tanto a asegurar al trabajador una posibilidad real de defensa con anterioridad a la imposición de la sanción como permitir al empresario una adopción meditada de las decisiones correspondientes, luego de haber llevado un esclarecimiento de los hechos.¹⁶ Este procedimiento se inicia con la notificación de la infracción al trabajador, que deberá realizarse por escrito siempre que la falta no merezca una mera amonestación verbal. Esta es una notificación que, aunque la norma no lo indique expresamente, deberá identificar de manera precisa los hechos y las circunstancias que fundamentan la acusación, de manera que el trabajador esté en condiciones de defenderse de los cargos que le son formulados.¹⁷ Luego de lo cual este deberá ser “oído” por el empresario en su defensa, lo cual remite en principio a la realización de una audiencia, dentro de la cual el mismo, asistido en su caso por un representante sindical, podrá clarificar los hechos, presentar medios alternativos de prueba e incluso solicitar que se proceda a realizar indagaciones.¹⁸ Por lo demás, la obligación de respetar el plazo mínimo de cinco días entre la notificación de la falta y la imposición de la sanción, determina que el empresario deba conceder esa audiencia al trabajador dentro de este breve término.

El hasta aquí presentado constituye un sistema de garantías que ha permanecido inalterado desde su introducción hace más de cincuenta años, pese a los retrocesos y recortes que ha experimentado en Italia la regulación del despido a lo largo de tan extenso período. Quizá esto se deba al hecho de que la Corte Constitucional haya declarado en más de una ocasión que “el despido por mo-

15 Como destacan L. MONTUSCHI, op. ult. cit., pág. 159; y R. BORTONE, op. cit., pág. 65.

16 Véase, coincidentemente, A. FRENI y G. GIUGNI, op. cit., pág. 25, y G. PERA, op. cit., pág. 80.

17 Por todos, R. BORTONE, op. cit., pág. 67.

18 G. PERA, op. cit., pág. 86.

tivos disciplinarios, sin la observancia de las garantías indicadas, puede incidir sobre la esfera moral y profesional del trabajador y crear obstáculos o incluso impedimentos para las nuevas oportunidades de trabajo que el despedido debe después necesariamente encontrar”.¹⁹ Tratándose, en consecuencia, de decisiones capaces de repercutir sobre la “personalidad misma del trabajador”, resulta necesario que el legislador prevea específicas precauciones procedimentales que deben ser absueltas antes del ejercicio de los poderes mismos.²⁰

IV. LA PROCLAMACIÓN DEL DERECHO POR LAS FUENTES INTERNACIONALES: EL ARTÍCULO 7 DEL CONVENIO 158 DE LA OIT

Contando con los referidos antecedentes, el derecho de defensa previa del trabajador frente a los cargos del despido terminará por ser objeto de reconocimiento internacional a través del Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, aprobado por su Conferencia Internacional el 22 de junio de 1982. Este convenio fue entonces –y sigue siéndolo hoy– un convenio de una enorme trascendencia jurídico-cultural,²¹ no solo debido a la centralidad de la materia que aborda, sino por la línea de política del Derecho que le sirve de inspiración. Aprobado en un contexto abiertamente desfavorable para la adopción de normas de tutela de la posición jurídica de los trabajadores, como es el marcado por la cronificación de la crisis económica iniciada la década anterior y el auge de los postulados del neoliberalismo, 22 el mismo busca introducir una base mínima de garantías que pueda servir de límite a la aplicación de las políticas de desregulación que amenazaban con poner entre paréntesis los elementos más básicos del tratamiento del régimen extintivo del contrato de

19 Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 25 de julio de 1989, núm. 427. En la misma dirección, véase también las Sentencias de 30 de noviembre de 1982, núm. 204, y de 23 de julio de 1991, núm. 364, todas citadas por L. NOGLER, op. cit., pág. 603.

20 Así, a modo de síntesis, L. NOGLER, op. cit., págs. 604-605.

21 Conforme indica C. MOLINA NAVARRETE, “Actualidades y críticas del Convenio OIT n. 158 en los derechos europeos: ¿el renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo)?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2019, Vol. 7, pág. 127.

22 N. PUMAR BELTRÁN, “La incidencia del Convenio núm. 158 OIT sobre la protección del despido en el Derecho español”, J. LÓPEZ et. alt., *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2011, pág. 133, calificándolo de “rara avis” por esta circunstancia.

trabajo consolidados en la etapa precedente en muchos países.²³ Entre aquellas principalmente el carácter causal y recurrible ante un organismo neutral de las decisiones de terminación adoptadas por el empleador, que se tratan de preservar a través de sus artículos 4 y 8.

El 158 constituye, pues, un convenio de vocación “contra cíclica”, cuyo propósito es fijar una serie de límites infranqueables a la liberalización de este aspecto crucial de las relaciones de trabajo. Y, en particular, poner coto al despido libre. Esos límites, sin embargo, tienen un notorio carácter “defensivo”, en la medida en que no buscan incrementar las garantías existentes sino “cristalizarlas” a través de su inclusión en una norma de vocación universal. Un objetivo que no puede ser considerado fallido, pese al no excesivo número de ratificaciones alcanzadas por este convenio,²⁴ en la medida en que los principios sobre los que se sustenta, a despecho de los avatares de las últimas décadas, siguen integrando la regulación del despido en la mayor parte de países.²⁵ Incluyendo dentro de estos los europeos.²⁶ Solo hay, de hecho, un componente de este convenio que se aleja de esa función defensiva con el fin de acrecentar los niveles de protección previstos en la mayor parte de los países. Se trata, precisamente, del derecho a la defensa previa del trabajador frente al despido introducido por su artículo 7.

Este derecho es mencionado reiteradamente en los trabajos preparatorios del convenio.²⁷ En ellos se indica que “en muchos países, los empleadores tienen que sujetarse obligatoriamente a una o varias clases de procedimientos antes de

23 Así se deja entender en la parte considerativa del convenio, al indicar que resulta “oportuno adoptar nuevas normas internacionales en la materia, habida cuenta de los graves problemas que se plantean en esta esfera como consecuencia de las dificultades económicas y de los cambios tecnológicos sobrevenidos en durante los últimos años en gran número de países”.

24 A la fecha este convenio ha sido ratificado por 36 países. Entre los europeos, por España, Francia, Portugal, Luxemburgo, Eslovenia, Eslovaquia, Letonia, Suecia y Finlandia.

25 Así lo indicará la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, al señalar que “en la mayoría de los países, sean o no Estados ratificadores, las disposiciones vigentes a escala nacional son congruentes con algunos o todos los requisitos básicos del Convenio”. Véase, OIT, *Nota sobre Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 156 sobre la terminación de la relación de trabajo*, Ginebra, 2009, pág. 20.

26 De hecho, “el principal valor/derecho inspirador (seguridad en el empleo)” de este convenio “y su modelo de garantías (‘justo equilibrio’ de derechos e intereses entre trabajador y empleador), están en el corazón de todos los ordenamientos jurídico-laborales nacionales europeos”, como afirma C. MOLINA NAVARRETE, op. cit., pág. 127.

27 Véase OIT, *Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*, Conferencia Internacional del Trabajo, 67ª reunión, Informe VIII (1), Ginebra, 1981, págs. 31 y 32.

adoptar la decisión definitiva de despedir a un trabajador” y que estos “tienen por principal objeto garantizar que la decisión esté bien fundada y que las partes interesadas tengan la oportunidad de exponer sus argumentos en relación con el despido”. El establecimiento de estos procedimientos, se indica a continuación, “se basa en principios elementales de justicia”, partiendo de “la hipótesis de que el despido disciplinario” representa “la más grave de las sanciones” y que esta “no debe aplicarse sin respetar procedimientos que garanticen en derecho de defensa y la proporcionalidad de la sanción”. Añadiéndose que los procedimientos, previstos entre otros países en Italia, Portugal o el Reino Unido,²⁸ abarcan al menos la segunda y la tercera de estas fases: a) “investigación de los hechos”, b) “notificación por escrito al trabajador de las alegaciones que se formulen en contra de él” y c) derecho de este “a una audiencia para exponer su defensa”, por lo general “con derecho a estar acompañado por otro trabajador, un funcionario sindical u otra persona que lo asista”. Esto nos permite advertir que la inclusión de este derecho en el convenio responde a consideraciones de orden material, asociadas a la importancia de los valores que trata de salvaguardar, pese a su limitado reconocimiento por los Estados miembros.

A partir de ello, la propuesta llevada a la Conferencia Internacional que terminaría por aprobar el convenio optó una redacción del artículo 7 en la que se aludía a la imposibilidad de dar por terminado el contrato de trabajo del trabajador “por motivos relacionados con su conducta o su trabajo antes de que el empleador le haya concedido una entrevista en la que se le dé la posibilidad de defenderse de los alegatos formulados contra él”, añadiendo en un segundo apartado que el mismo “tendrá derecho a estar asistido por otra persona en tal entrevista”.²⁹ Finalmente, la referencia a una “entrevista” fue sustituida por una genérica alusión a la “la posibilidad de defenderse de los cargos formulados” con el fin de evitar una interpretación rígida de su contenido,³⁰ en tanto que el “derecho a contar con la asistencia de otra persona” fue trasladado al apartado

28 El informe menciona también a Bangladesh, Congo, Checoslovaquia, Egipto, Hungría, India, Mauricio, Pakistán, la República Democrática Alemana, Singapur, Tanzania, la URSS y Yugoslavia.

29 Véase OIT, *Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*, Conferencia Internacional del Trabajo, 68ª reunión, Informe V (2), Ginebra, 1982, pág. 26.

30 En el documento recién citado, pág. 28, la Oficina Internacional del Trabajo indica que la referencia a la entrevista podía ser suprimida “sin modificar el fondo de la disposición”, para atender las observaciones de los Gobiernos de los Estados Unidos, los Países Bajos y el Reino Unido, que indicaban que “la utilización en la versión inglesa de la palabra ‘hearing’ podía suponer “implícitamente un procedimiento casi judicial”.

9 de la Recomendación 166. El texto definitivo, en el que se altera también la formulación de las causas de extinción incluidas y se introduce la posibilidad de excepciones, quedó como sigue:

“No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”.

Posteriormente, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha tenido la ocasión de examinar los alcances de este derecho y la experiencia de sus primeros trece años de aplicación en su Estudio General titulado “La protección contra el despido injustificado”, presentado a la Conferencia Internacional del Trabajo el año 1995.³¹ Entonces esta parte de ratificar la idea de que el artículo 7 “está inspirado en el principio fundamental del derecho de defensa”, añadiendo que “cuando una persona se ve expuesta a una sanción tan grave”, que “puede comprometer su carrera e incluso su futuro, es fundamental que pueda defenderse”.³² El “significado” del precepto es, de ese punto de vista, “permitir que el trabajador pueda exponer su caso al empleador” y su “objetivo” que “la decisión de terminación vaya precedida de un diálogo y reflexión entre las partes”.³³ Lo cual supone evidenciar la dimensión de *ultima ratio* del despido.³⁴

Establecido lo anterior, la Comisión aclara que, aunque el convenio no lo diga expresamente, la posibilidad de defensa reconocida al trabajador “implica” que los cargos formulados contra él “deben expresarse y ponerse en su conocimiento antes de la terminación”, pero sin que el mismo precise “la forma en que deberán presentarse” estos ni “la forma que debería adoptar esta defensa”, siendo lo importante que los primeros “se formulen y se comuniquen al trabajador sin ambigüedad y que se ofrezca a este una posibilidad de defenderse real”.³⁵ Asimismo, en relación con la excepción vinculada a la imposibilidad

31 Véase, OIT, *La protección contra el despido injustificado*, Conferencia Internacional del Trabajo, 82ª reunión, Ginebra, 1995, párrafos 144 a 156.

32 Párrafo 145.

33 Párrafo 148.

34 C. MOLINA NAVARRETE, op. cit., pág. 147.

35 Párrafo 146. En el párrafo 147 se añade que “de los trabajos preparatorios se desprende que la

de pedir razonablemente al empleador que conceda la posibilidad de defensa al trabajador, la misma destaca que “el convenio no precisa cuales podrían ser esos motivos ni qué podría considerarse razonable” y que esta debe ser interpretada “en términos flexibles”, en la medida en que “no exige que la defensa sea imposible sino tan solo que no pueda pedirse razonablemente” al empleador que la conceda.³⁶ Por último, específicamente en relación con el cumplimiento por España del convenio, la Comisión remarca que “el trabajador debe poder defenderse antes de que termine la relación de trabajo”. Este es un derecho que ha de ser reconocido, por tanto, “incluso si el trabajador tiene derecho a entablar procedimientos después de la terminación, e incluso si la terminación no se considera definitiva hasta que se hayan agotado todas las vías de recurso”.³⁷

Todas estas son observaciones de fundamental importancia para delimitar los alcances del derecho y, por tanto, el contenido de la obligación asumida por los Estados en relación con él como consecuencia de la ratificación del convenio.

V. LA TENAZ RESISTENCIA DE ESPAÑA AL CUMPLIMIENTO DEL MANDATO DEL CONVENIO 158

La decisión de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de incluir en su Estudio General del año 1995 una observación dedicada expresamente a España sirve para dar cuenta del contencioso que a lo largo de las últimas décadas ha venido manteniendo nuestro país con esta organización a cuenta del cumplimiento del mandato contenido en su artículo 7.

La razón de este contencioso es conocida. Pese a que el Convenio 158 atribuye carácter universal al derecho de defensa previa frente a los cargos del despido,³⁸ este derecho está reconocido en el Derecho del Trabajo español solo en favor de grupos muy señalados de trabajadores. En concreto, y por aludir a

posibilidad de defenderse se refiere a la posibilidad de que el empleador conceda al trabajador una entrevista, pero sin que sea necesario un pleito”.

36 Párrafo 149.

37 Párrafo 150.

38 Véase, por todos, G. GARCÍA GONZÁLEZ, “La audiencia al trabajador en el despido disciplinario: una relectura del ordenamiento jurídico interno a la luz del Derecho Internacional”, *Trabajo y Derecho*, 2024, núm. 109, págs. 1 y 9. Las únicas excepciones admisibles a la aplicación universal de este derecho serían, como apunta este autor, las de carácter transversal previstas por el artículo 2 del propio Convenio.

las normas vigentes al momento de su incorporación a nuestro ordenamiento, solo en cabeza de los miembros de los órganos de representación unitaria de los trabajadores y los delegados sindicales, en relación con los cuales el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores exigía entonces la apertura de un “expediente contradictorio”, en el marco del cual estos deberán ser oídos junto a los demás miembros del órgano al que pertenecieran, antes de procederse a su despido. Más allá de este supuesto, por tanto, no parece que pueda albergarse duda alguna de que las normas laborales no recogían entonces, como tampoco lo hacen hoy, ningún derecho o garantía de aplicación general a todas las personas que trabajan que cumpla la función o pueda ser asimilado al reconocido por la norma internacional.³⁹

Esto significa que la adaptación de nuestra legislación a esta exigencia resultaba preceptiva para las autoridades españolas al menos desde el 26 de abril de 1986, fecha en la que entró en vigor entre nosotros el referido convenio. A pesar de ello, nuestras autoridades no han llevado hasta la fecha esfuerzo alguno encaminado a dar cumplimiento al mandato de su artículo 7. Por el contrario, han mostrado una deliberada y tenaz resistencia a hacerlo. La cual se ha visto acompañada de una actitud igualmente desfavorable hacia su aplicación por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Esta es una actitud que contrasta con la mantenida por otros países de nuestro entorno que han ratificado el Convenio 158, como Francia o Portugal, en los cuales el derecho es objeto de un amplio reconocimiento en sus códigos de trabajo, que llevan a cabo a partir de él una procedimentalización del despido bastante más completa y garantista que la introducida en 1970 por la norma italiana, cuyos elementos fundamentales han sido capaces de resistir el paso del tiempo y los embates de la ofensiva flexibilizadora.⁴⁰

39 Esta insuficiencia fue advertida entonces por M. SAN PEDRO CORRAL, “Convenio 158 de la OIT: comentario a los artículos 1 y 7”, *Actualidad Laboral*, 1987, núm. 5, págs. 246.

40 Véase los artículos L.1232-2 a L.1232-7 y R.1232-1 a R.1232-3 del *Code du Travail* francés y 352 a 358 del *Código do Trabalho* portugués. Una breve presentación del primero en A. ÁLVAREZ DEL CUBILLO, “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, *Temas Laborales*, 2009, núm. 99, págs. 271-272. Sobre la regulación portuguesa, J. LEAL AMADO et. alt., *Direito do Trabalho. Relação Individual*, Ed. Almedina, Oporto, 2ª Ed., 2023, págs. 1257 y sigs., y A. I. LAMBELHO COSTA y L. ANDIAS GONÇALVES, *Direito do Trabalho da teoria à prática*, Rei Libros, Leiria, 2021, págs. 365 y sigs.

Esa resistencia a aplicar el artículo 7 del convenio ha determinado que el Gobierno de España, sin importar el color político del partido que se encuentre al frente de él, se haya visto envuelto en una sorda pugna con el sistema de control de la OIT, en el marco de la cual ha debido recurrir a lo que ha sido calificado sin exageración como “una afanosa búsqueda de subterfugios” dirigidos a tratar de justificar que cumple un mandato tan claramente desatendido como aquel al que nos venimos refiriendo. O que incluso ofrece a los trabajadores un nivel superior de tutela a través de las garantías ya existentes.⁴¹

Es así como nuestras autoridades gubernamentales, ante los requerimientos de justificación expresados por la Comisión de Expertos en relación con el deficiente cumplimiento del artículo 7, indicarán a lo largo de las sucesivas memorias presentadas, que la legislación española “contempla” a través de los artículos 53, 54, 55, 58.2 y 68.a) del Estatuto de los Trabajadores “la defensa del trabajador de los cargos formulados contra él, con la garantía que supone que dicha defensa se efectúe ante dos órganos imparciales, como son la Administración y el Órgano Judicial”; que “la oportunidad de defenderse frente al acto de despido, en evitación de que quien lo sufre se vea en situación de indefensión”, se encuentra garantizada “suficientemente” en el Derecho español por la carta de despido, “que constituye una garantía de orden superior” que la prevista por el artículo 7; que tratándose de los despidos disciplinarios no puede exigirse razonablemente al empleador la concesión de esa posibilidad; que “la relación laboral no puede entenderse finalizada meramente con el escrito de comunicación de su despido al trabajador”, ya que esta solo tendrá plena validez y efectos si este deja transcurrir el plazo caducidad de 20 días sin reclamar, el despido es declarado procedente por la autoridad judicial o el empresario o el representante de los trabajadores optan por la indemnización, de ser considerado improcedente; que “la doctrina científica y la jurisprudencia han concluido que el artículo 7 del Convenio no posee carácter *self-executing* teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1 del propio Convenio”, que confía su aplicación a la legislación nacional; o, en fin, que “trasladar a la empresa un trámite conciliatorio de diálogo y reflexión, inconcreto e incierto”, eliminando el ya existente y tradicional en la legislación social española, “no parece ser una medida adecuada a los fines de mejor y mayor protección del trabajador”. Una afirmación que deja bien a las claras, una vez agotadas otro tipo de justificaciones, la voluntad de no dar cumplimiento al

41 C. MOLINA NAVARRETE, “Actualidades y críticas ...”, cit., pág. 148.

convenio por discrepar de su contenido.⁴² El párrafo 150 del Estudio General de 1995, centrado en la necesidad de que la defensa del trabajador deba tener lugar antes de la terminación de la relación de trabajo y no después, constituirá la respuesta frontal de la Comisión de Expertos a todas estas explicaciones.

Esta aversión gubernamental a la recepción del derecho no sería cuestionada por la doctrina. Por el contrario, dejando de lado cualquier reflexión sobre la finalidad protectora del precepto, esta optará por apuntalar la misma idea, bien que centrando su atención, más que en el presunto cumplimiento del mandato contenido en el artículo 7 del Convenio por la legislación española, tan difícil de justificar,⁴³ en la demostración de su carácter *non-self-executing*, necesitado de un pronunciamiento del legislador para su exigibilidad. Un pronunciamiento que, sin embargo, no se reclama, como sería necesario al tratarse de un compromiso internacional asumido por el Estado español, que ha de ser cumplido incluso de sostenerse que no se expresa a través de un mandato directamente ejecutivo.

Los argumentos empleados para llegar a esa conclusión serán dos, convenientemente encadenados. El primero se relaciona con el tenor literal del Convenio 158, que en su artículo 1 dispone que “deberá darse efecto” a sus disposiciones “por medio de la legislación nacional” excepto en la medida en que estas “se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional”. De tal manera, “es el propio convenio”, se afirma, “el que proclama su carácter *non-self-executing*” o su “efecto indirecto o programático”, al “llamar expresamente” a la “legislación nacional para su aplicación”.⁴⁴ A esta “declaración terminante de ‘no ejecutividad’”,⁴⁵ se añade un segundo argumento, en este caso relacionado con el contenido el artículo 7, que se considera no puede ser aplicado sin una regulación de la materia por el legislador nacional, dada su “falta de concreción”, al no definir “las formas de instrumentalización” de la garantía que recoge, dejando un vacío que puede ser suplido por un acto de creación del Derecho emanado

42 Una cuidada presentación de este “largo desencuentro”, en J. I. GARCÍA NINET, “La negociación colectiva española ...”, cit., págs. 408-422.

43 Véase, no obstante, J. M. GALIANA MORENO, “El convenio núm. 158 de la OIT y su incidencia en los despidos individuales”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, 1986, núm. 4, pág. 107.

44 M. ALONSO OLEA, “Sobre la forma del despido en relación con el Convenio (de la OIT, núm. 158, Ginebra, 1982) sobre la terminación de la relación de trabajo”, *Documentación Laboral*, 1986, núm. 20, pág. 45.

45 En palabras de M. ALONSO OLEA, loc. cit.

de los jueces.⁴⁶ La expresa voluntad del Convenio y el carácter impreciso de su artículo 7 determinarían, por tanto, su inaplicabilidad en el Derecho interno y, por tanto, la imposibilidad de exigir su cumplimiento ante los tribunales a falta de una norma que desarrolle su contenido.

A este coro de voces contrarias se sumarán los tribunales, que se mantendrán firmes a lo largo del tiempo en sostener, de manera contradictoria, tanto que nuestra legislación cumple con el mandato de dicho artículo, como que su aplicación directa prevista solo para el supuesto en que ese cumplimiento no fuese tal, no resulta exigible por requerir de la intervención del legislador. La secuencia se inicia con las Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 30 de octubre de 1986 y 25 de marzo y 1 de abril de 1987,⁴⁷ que optaron por poner el acento en la aptitud de la carta de carta de despido y de los actos de conciliación administrativa y judicial para garantizar el propósito del convenio,⁴⁸ sin que de este quepa “colegir la obligatoriedad de seguimiento de expediente previo, ni tampoco la necesidad de entrevista previa”, toda vez que “lo único que se exige es que al trabajador se le dé la oportunidad de defenderse frente al acto de despido, en evitación de que quien lo sufre se vea en situación de auténtica indefensión”.⁴⁹

46 En la síntesis de M. SAN PEDRO CORRAL, “Convenio 158 ...”, cit., pág. 244. Coincidentemente, G. GARCÍA BECEDAS, “Los requisitos del despido disciplinario y el Convenio 158 OIT”, *Revista de Trabajo*, 1987, núm. 85, pág. 88, indica que “la determinación de la naturaleza jurídica (...) de la garantía que el Convenio 158 incorpora, el establecimiento del modo en que debe operar, la indicación de los plazos mínimos aplicables, los efectos (...) de su omisión o de su ofrecimiento irregular (...) o, en fin, los criterios valorativos del juicio de razonabilidad que como excepción a su mandato incorpora el precepto, son (...) algunos de los elementos que, ausentes, permiten afirmar la naturaleza *non-self-executing* del Convenio”. Un parecer en parte distinto es el de M. ALONSO OLEA, op. cit., págs. 45-46, para quien el artículo 7 “conmociona” el “derecho de los despidos contenido en el Estatuto de los Trabajadores”, por lo que “la norma interna nacional debe decidir cuándo y cómo se aplica no ya el artículo 7, sino todos los artículos de este complejo Convenio”.

47 Ar. 10565, 6528 y 7095, respectivamente.

48 Mientras la primera de las tres sentencias pone el acento en la “posibilidad de llegar a una conciliación” como “práctica nacional” que “robustece la posibilidad de defensa del trabajador” y “garantiza ya el propósito del convenio”, las otras dos coinciden en entender que “la existencia de la carta de despido es suficiente para garantizar los derechos de defensa del trabajador afectado”.

49 Según se lee en la tercera de las sentencias. Es interesante destacar que esta parte de atribuir carácter directamente ejecutivo al artículo 7 del convenio, para negar a continuación la necesidad de su aplicación directa por considerar que las garantías que exige están reconocidas en nuestro ordenamiento interno. “Aun partiendo de que el Convenio 158”, se afirma en ella, “quedó incorporado directamente al ordenamiento jurídico interno en virtud del juego del artículo 96.1 de la Constitución en relación con el artículo 1.5 del Código Civil (...) y aun partiendo asimismo de que los preceptos de dicho convenio establecen derechos y obligaciones concretos, es decir, que se trata de una norma (...) ‘*self-executing*’, (...) que resulta aplicable por los Tribunales internos

Después vendrán, para cerrar el círculo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1987, 8 de marzo de 1988 y 30 de noviembre de 1989 y 31 de enero de 1990.⁵⁰ Estas coincidirán en destacar que el artículo 7 del Convenio “no es de aplicación directa” dentro de nuestro ordenamiento jurídico, “al exigir que el legislador desarrolle el procedimiento adecuado que ofrezca al trabajador la garantía que postula”,⁵¹ conforme se deduce de su artículo 1, según el cual “deberá darse efecto” a sus disposiciones “por medio de la legislación nacional”, con lo que “se está reconociendo con carácter general la naturaleza no directamente ejecutiva de sus normas, las cuales solo por vía de excepción, y de acuerdo con la práctica nacional, podrán ser aplicadas sin que esa mediación del Derecho interno”. Una excepción en la que “no puede entenderse comprendido” el artículo 7 respecto de las resoluciones judiciales, porque “ni la práctica nacional” ni “la propia delimitación constitucional de la función jurisdiccional” autorizan “una acción judicial de desarrollo normativo de una disposición internacional”, “ni tal contenido admite en la actual situación del ordenamiento español una aplicación directa”.⁵² Debiéndose considerar que, “ínterin que este desarrollo legislativo tenga lugar”, el derecho del trabajador “está garantizado con la exigencia establecida en el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores de que el empresario deberá entregarle carta de despido en la que figuren los hechos que motivan el despido y la fecha en la que tendrá efecto; de cuyos cargos puede defenderse en el acto de conciliación”.⁵³ El resultado no puede ser más claro y terminante: “según ha reiterado la Sala, las normas del convenio en este punto no son de directa aplicación en España al precisar de un desarrollo normativo interno”.⁵⁴

desde el momento en que se produce su incorporación al Ordenamiento nacional, sin necesidad de ulteriores desarrollos”, el rechazo de la argumentación del recurrente “viene dado en función de que ni del artículo 7 del Convenio cabe colegir la obligatoriedad del seguimiento de un expediente previo”. Solo de una posibilidad de defensa que “cumple satisfactoriamente la carta de despido”.

50 RJ 1987/7810, 1988/1885, 1989/8287 y 1990/801, respectivamente.

51 Según se lee en la primera sentencia de la serie.

52 El texto corresponde a la Sentencia de 8 de marzo de 1988, donde se añade que “las técnicas de flexibilidad empleadas” por el artículo 7 “permiten, como ha puesto de relieve la doctrina científica, diversas posibilidades de desarrollo y un amplio sistema de excepciones, no solo subjetivas por la vía del artículo 2, sino, sobre todo, en atención al criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a la audiencia”.

53 Nuevamente de acuerdo con la Sentencia de 4 de noviembre de 1987.

54 Según se lee en la Sentencia de 31 de enero de 1990, última de la serie, en la que se alude sin más a la inaplicabilidad del artículo 7 del Convenio como doctrina consolidada.

VI. LA DEMANDA DE UN REPLANTEAMIENTO DE LA TESIS NEGATIVA

Esta inicial confluencia de opiniones gubernamentales, doctrinales y jurisdiccionales contrarias tanto a la aplicación directa del artículo 7 del Convenio 158 como a la necesidad de una recepción legislativa de su contenido, ninguna de ellas, sin embargo, salvo la expresada por el Gobierno de España en una de sus últimas memorias, basada en el cuestionamiento de la razón de ser del precepto, ha determinado que la inclusión del derecho de defensa previa del trabajador haya permanecido desde finales de los años ochenta al margen del debate sobre la reforma del despido, que ha discurrido por cauces distintos, además de opuestos a los valores que representa.

Si acaso, lo que se registra en los años siguientes son actuaciones aisladas del legislador que reconocen este derecho a colectivos profesionales específicos. Así ha ocurrido tratándose del Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud y del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, regulador de la relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos profesionales. Mientras el primero de ellos recoge el deber del responsable de la gestión de personal del centro de comunicar por escrito al residente la fecha y los hechos que se consideran constitutivos de incumplimiento, así como su posible calificación, “para que en el plazo de 10 días alegue lo que a su defensa convenga” (artículo 15.2), el segundo señala que la sanción de las faltas requerirá “comunicación al abogado” en la que consten “la fecha y los hechos que la motivan”, añadiendo que “antes de adoptar la decisión sancionadora, deberá darse el trámite de audiencia al abogado” (artículo 25.2). Es evidente que, más allá de sus diferentes enunciados, ambas normas se inspiran y recogen con fidelidad la esencia del mandato contenido en el artículo 7 del Convenio 158.⁵⁵

En esta etapa se producirá también una progresiva ampliación del ámbito de aplicación del derecho a la apertura de expediente contradictorio reconocido

55 Considerando estas regulaciones como manifestaciones del “cumplimiento parcial” por España del Convenio 158, véase C. MOLINA NAVARRETE, “Actualidades y críticas ...”, cit., pág. 148. El reconocimiento de este derecho es también indudable tratándose del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, a través de la exigencia, contenida en el artículo 98.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, de que la imposición de las sanciones por faltas muy graves deba llevarse a cabo mediante la aplicación de los procedimientos disciplinarios previamente establecidos.

por el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores hacia otros grupos de trabajadores necesitados de una protección especial en razón de las funciones que desempeñan.⁵⁶ E incluso este derecho será materia de reconocimiento, como garantía previa a la imposición a cualquier trabajador de sanciones por faltas muy graves, por algunos convenios colectivos.⁵⁷ Pero sin que de estos movimientos pueda deducirse la reivindicación de su aplicación universal. Y menos aún el reclamo de la inclusión del derecho en el marco general de garantías formales frente al despido disciplinario previsto por el precepto antes citado.

Más recientemente se registran, no obstante, señales de que esta situación ha empezado a cambiar. Estas señales se enmarcan dentro de líneas de tendencia más generales, que apuntan, como se dejó dicho, a la recuperación de la preocupación por la dimensión protectora de la persona del trabajador en el diseño y la aplicación de las instituciones jurídico-laborales. Expresión destacada de esta tendencia es la aparición de un importante número de estudios doctrinales que, rompiendo el consenso precedente, ponen de relieve el cumplimiento parcial y deficiente por nuestra legislación del artículo 7 del Convenio 158 y demandan su pleno acatamiento.⁵⁸ Pero, sobre todo, la novedosa presencia de pronuncia-

- 56 Esta ampliación ha tenido lugar, por canales jurisprudenciales y sobre todo legislativos, en favor de los candidatos de las elecciones a comités de empresa y delegados de personal, los delegados de prevención y los integrantes de los servicios de prevención propios y mancomunados, los miembros de las comisiones negociadoras y de los comités de empresa europeos o que participen en los procedimientos alternativos de información y consulta, los miembros de las comisiones negociadoras y de los órganos de representación de los trabajadores de las sociedades anónimas europeas, así como los representantes de los mismos que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta y que sean trabajadores de una sociedad europea, de sus centros de trabajo y empresas filiales o de una sociedad participante en la misma. Véase, G. GARCÍA GONZÁLEZ, “La audiencia al trabajador ...”, cit., págs. 3-6.
- 57 De acuerdo con la información proporcionada por J. I. GARCÍA NINET, “La negociación colectiva española ...”, cit., pág. 433, en 2013 el 15 % de los convenios negociados en España optaron por acogerse a la posibilidad prevista por el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores de ampliar las garantías formales frente al despido disciplinario mediante el reconocimiento del derecho a la apertura de un expediente contradictorio o un derecho equivalente en favor de todos los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación. Emblemático resulta aquí el ejemplo del artículo 66 del Convenio Colectivo General de la Industria Química, cuyo artículo 66 exige para la sanción de las faltas muy graves la “tramitación de expediente o procedimiento contradictorio en que sea oída la persona trabajadora afectada”. Un cuidado y actualizado estudio del tratamiento por los convenios colectivos de esta garantía en R. SASTRE IBARRECHE, “Expedientes disciplinarios con singularidades (análisis de algunas previsiones convencionales)”, de próxima publicación en la revista *Trabajo y Derecho*.
- 58 Véase, tempranamente, J. L. GIL Y GIL, “Seguridad versus flexibilidad en la protección contra el despido injustificado”, *Relaciones Laborales*, 2007, T. II, págs. 262-263; y J. I. GARCÍA NINET, “El convenio 158 de la OIT (1982) sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y su cumplimiento por España”, *Revista del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social*,

mientos judiciales que, partiendo de esa inadecuación y en abierta contradicción con las doctrina jurisprudencial vigente, postulan necesidad de aplicar directamente su contenido apoyándose en los artículos 96.1 de la Constitución, 1.5 del Código Civil y 30 y 31 de la Ley 24/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Unos pronunciamientos que serían expresión de lo que se ha venido en denominar una “nueva primavera” del Convenio 158,⁵⁹ luego de bastantes años de ser considerado uno de los “convenios malditos” debido a su escaso impacto jurisprudencial. 60

Este ha sido el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 13 de febrero de 2023,⁶¹ en la que se examinó el caso de un profesor que fue despedido debido a la existencia de graves acusaciones de acoso sexual en contra de él sin haberle concedido la oportunidad de defenderse de

2015, núm. 117, pág. 56. Más recientemente, en orden cronológico, N. PUMAR BELTRÁN, “La incidencia del Convenio ...”, cit., págs. 141-143; C. MOLINA NAVARRETE, “Actualidades y críticas ...”, cit., págs. 147-148; M. A. FALGUERA BARÓ, “La normativa de la OIT y su traslación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral”, *Lex Social*, 2016, Vol. 6, núm. 1, págs. 59-61; L. MELLA MÉNDEZ, “El Convenio 158 OIT y la regulación del despido en España: valoración de algunos puntos críticos”, en T. NAHAS y F. FITA ORTEGA (Coordinadores), *OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2018, págs. 92-94; R. ÁLVAREZ GIMENO, “Terminación de la relación de trabajo”, en J. GARCÍA MURCIA (Director), *La influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en la legislación social española*, BOE, Madrid, 2024, págs. 547-549; I. . BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, “El despido disciplinario sin audiencia previa del trabajador afectado es improcedente ex art. 7 Convenio 158 OIT (STSJ Baleares 13/2/23)”, apartado C, disponible en <https://ignasibeltran.com/2023/03/03/el-despido-disciplinario-sin-audiencia-previa-del-trabajador-afectado-es-improcedente-ex-art-7-convenio-158-oit-stsj-baleares-13-2-23/>; G. GARCÍA GONZÁLEZ, “La audiencia al trabajador ...”, cit., pág. 27; M. A. GARRIDO PALACIOS, “La aplicabilidad directa del artículo 7 de la Organización Internacional del Trabajo en los despidos por motivos relacionados con la conducta o rendimiento de la persona trabajadora”, *Revista de Derecho Social*, 2014, núm. 104, págs. 46-48; y J. B. VIVERO SERRANO, “El principio *iura novis curia* ...”, cit., pág. 1. Además de mi estudio “La reforma del despido y el derecho de defensa previa del trabajador”, *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 101. En el debate periodístico, véase J. M. BARJOLA, “Despedir primero, preguntar después”, *Diario El País*, Suplemento Negocios núm. 1977, domingo 24 de septiembre de 2023, pág. 20.

59 La expresión es de C. MOLINA NAVARRETE, op. cit., pág. 124.

60 En palabras de M. FALGUERA BARÓ, op. cit., pág. 52. Como destaca J. M. MIRANDA BOTO, “La OIT en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: un panorama reciente”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2020, núm. 147, pág. 510, aunque “la parte del león en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es, sin duda, para el Convenio 158”, que “aparece reflejado en más de un centenar de sentencias de la Sala de lo Social” en el período contemplado por el autor, esto contrasta con “su real eficacia, que roza lo paupérrimo”, dada “la granítica tendencia” de la misma “a limitar el alcance del Convenio, defendiendo con firmeza la validez de la legislación española existente”.

61 Rec. 454/2022.

estas. Para el Tribunal es “inexplicable y de difícil justificación” que el afectado “haya sido despedido en base a tan graves imputaciones sin haber sido escuchado previamente, cosa que cuestiona frontalmente la imparcialidad de la investigación previa exigible antes de un despido basado en una imputación tan grave”. Pero, sobre todo, semejante actuación supone un incumplimiento del derecho de “audiencia previa” al trabajador establecido por “una norma internacional de aplicación directa y carácter prevalente respeto del ordenamiento jurídico interno”, como el artículo 7 del Convenio 158, que “ha de determinar, indefectiblemente” que, “ya solo por este motivo”, “debamos declarar la improcedencia del despido impugnado”.

Los fundamentos de esta rupturista decisión descansan sobre tres premisas. La primera es que “la restricción de la obligación de incoar expediente disciplinario previo” establecida por la legislación española “no da cumplimiento” a lo previsto por dicho artículo. A esta se suma la indicación de que la ratificación por España del Convenio 158 “determina, por imperativo del art. 96 CE y del art. 1.5 CC, su integración en nuestro ordenamiento jurídico con carácter prevalente, tal como se explicita en el art. 31 de la Ley 25/2014”. Para llegar a la cuestión decisiva: el mandato del citado precepto, “a diferencia de otros contenidos en el mismo Convenio”, “es muy claro y concreto y, por consiguiente, su aplicación directa incontestable”. Se ponen con ello en cuestión los elementos de la tesis que venía siendo mantenida sin fisuras por las instancias judiciales españolas. Y en particular los dos argumentos que le proporcionan su base fundamental: el acatamiento del mandato del convenio por la legislación española y la imposibilidad llevar a cabo una aplicación directa de este.⁶²

Posteriormente el criterio mantenido por esta sentencia ha sido seguido por otras del mismo nivel, que aplican directamente también el artículo 7, en un caso coincidiendo y en otro discrepando sobre la calificación que debe ser asignada al despido realizado sin respetar el derecho de audiencia previa.⁶³ Expresión de lo primero es la Sentencia del Tribunal de Justicia de Extremadura

62 Sobre esta sentencia, véase I. BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, “El despido disciplinario ...”, cit., ap. C; G. GARCÍA GONZÁLEZ, “La audiencia al trabajador ...”, cit., págs. 12-13; y J. B. VIVERO SERRANO, “El principio *iura novis curia* ...”, cit.

63 Además de las que se citarán debe mencionarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León de 11 de octubre de 2023 (rec. 620/2023), que da por cumplido el trámite partiendo de su pertinencia.

de 5 de septiembre de 2023,⁶⁴ que comparte la calificación de improcedente dada el despido por la sentencia de instancia. Distinto es el parecer vertido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de abril de 2023,⁶⁵ donde se afirma que “la omisión de la audiencia previa” exigida por el Convenio “no es causa de improcedencia conforme al artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores, por no estar incluida en su número primero”. Sin que esto signifique “que el incumplimiento del artículo 7 carezca de sanción jurídica”, toda vez que “su vulneración constituye una infracción administrativa grave”, además de “el incumplimiento de una obligación” frente al cual, en aplicación del artículo 1101 del Código Civil, “el trabajador tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios” que le haya ocasionado.⁶⁶

Con todo, en este mismo período no han dejado de emitirse, en mayor volumen incluso, sentencias de suplicación que, ante la cada vez más reiterada denuncia de infracción del mandato del artículo 7 del Convenio 158, aplican la doctrina tradicional del Tribunal Supremo, sirviéndose de los mismos argumentos utilizados por este en sus pronunciamientos de hace más de tres décadas.⁶⁷

El debate en torno al derecho de audiencia previa frente al despido ha vuelto, de tal forma, a estar sobre el tapete, aunque con perfiles y matices en

64 Rec. 326/2023.

65 Rec. 1436/2022.

66 El Tribunal añade que “la valoración de este daño indemnizable llevará a imponer una indemnización adicional a la propia y tasada del despido improcedente”, cuando el despido realizado sin dicho trámite “es posteriormente declarado improcedente (...) por motivos que el trabajador alegó en el momento del juicio y que podría haber alegado antes de producirse el mismo en el trámite de audiencia previa, de manera que el despido se podría haber evitado si se hubiera escuchado al trabajador a tiempo y considerado sus razones”. Un comentario a esta sentencia en G. GARCÍA GONZÁLEZ, op. cit., págs. 13-15.

67 La serie se abre con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de julio de 2023 (rec. 1749/2023), que destaca por la radicalidad de la afirmación de su punto de vista: “cuando se trata de interpretar el alcance de una determinada norma no se puede hacer una lectura sesgada, parcial e interesada de un solo precepto, sino que hay que tener en cuenta la norma en su totalidad, y si se hubiere hecho el actor se hubiere dado cuenta que el art. 1 del Convenio 158 también es claro en señalar que lo allí regulado deberá aplicarse por medio de la legislación nacional. El art. 7 no es de aplicación directa si hay posterior desarrollo normativo interno, y en nuestro caso, ese desarrollo viene en el art. 55.1 y 2 del TRLET, así como por la jurisprudencia de aplicación”. Con posterioridad, véase también las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León de 28 de septiembre de 2023 (rec. 576/2023), de Castilla-La Mancha de 19 de octubre de 2023 (rec. 634/2023), de Cataluña de 10 de noviembre de 2023 (rec. 2927/2023), de Valencia de 21 de noviembre de 2023 (rec. 1984/2023) y de Castilla y León de 1 de febrero de 2023 (rec. 819/2023).

cierta nuevos luego de transcurrido un período tan prolongado desde que fuera cerrado por nuestra máxima instancia judicial, como habrá ocasión de explicar a continuación.

VII. LOS TÉRMINOS ACTUALES DEL DEBATE: LA PREVALENCIA DE LA CUESTIÓN DE LA APLICACIÓN DIRECTA ANTE EL NOTORIO INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO 158 POR ESPAÑA

Que España lleva a cabo una aplicación parcial y deficiente del artículo 7 del Convenio 158 constituye una conclusión sobre la cual no es posible albergar en la actualidad duda alguna. Si bien existen normas que reconocen en favor de colectivos específicos el derecho a la apertura de un expediente contradictorio, a la tramitación de un procedimiento disciplinario o a un trámite de audiencia previo a la emisión de la carta de despido, nuestra legislación no incluye norma alguna que reconozca en provecho de todos los trabajadores algún tipo de garantía capaz de permitirles defenderse de los cargos formulados en contra ellos antes de la terminación de la relación de trabajo, como sería preceptivo de acuerdo con ese artículo. Sin que quepa ya argumentar que la existencia de la carta de despido o los actos de conciliación administrativa y judicial son suficientes para dar vida a este derecho, dada la reiterada opinión contraria manifestada por las instancias de control de la OIT específicamente en relación con España, de la que se ha dado cuenta.⁶⁸

El derecho de defensa debe poderse ejercitar, así pues, antes de la terminación de la relación de trabajo, cosa que ocurre dentro de nuestro ordenamiento en la fecha prevista por la carta de despido, sin perjuicio de su posterior impugnación, y no después de aquella. Sin que esto suponga, por supuesto, negar la utilidad de esas garantías. De lo que se trata es, como se dejó dicho, de introducir, de manera complementaria a estas últimas, “un período de reflexión dialógica entre las partes”⁶⁹ con anticipación a la adopción de una decisión de tan graves efectos, en el marco del cual puedan ser oídas las razones del trabajador y ponderados los elementos de juicio y las pruebas susceptibles de justificar su

68 Según se expresó en el párrafo 150 del estudio general sobre este convenio elaborado en 1995 por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, mencionado en *supra* 3.

69 Dicho con palabras de C. MOLINA NAVARRETE, “Actualidades y críticas ...”, cit., pág. 147.

conducta o excluir o minorar su responsabilidad. Todo ello con el objetivo de favorecer un uso más racional y ponderado del poder de despedir. De hecho, la circunstancia de que un mecanismo de estas características se encuentre previsto exclusivamente para ciertos trabajadores constituye la mejor prueba de que la protección requerida por el convenio no solo no resulta redundante respecto de las garantías existentes, sino que es necesaria para dotar a todos los trabajadores de una protección similar.⁷⁰

No es de extrañar, por todo ello, que la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones acordase formular, ya en 1994, una observación dirigida a España en relación con el cumplimiento de este extremo del Convenio 158, en la cual indicaba que las disposiciones de la legislación nacional “no se ajustan” al mismo “en la medida en que las garantías de este último alcanzan a todos los trabajadores, independientemente, en particular, de la posibilidad de presentar el asunto a un tribunal competente o del procedimiento que consiste en firmar recibo cuando el empleador presenta el aviso de la terminación de un contrato de empleo”. Dicho lo cual, la misma terminaría expresando su esperanza de que “el Gobierno tomará las medidas necesarias para hacer surtir plenos efectos a este artículo del Convenio”.⁷¹ Cosa que no solo no se ha hecho, sino que ni siquiera se ha intentado hacer desde entonces.

Esta es una situación de deliberado desconocimiento de un mandato claro y concluyente contenido en un tratado internacional ratificado por España que no puede continuar. En la agenda cualquier futura modificación del Estatuto de los Trabajadores debería, por ello, estar incluido el reconocimiento del derecho a la defensa previa del trabajador frente al despido, lastimosamente orillado hasta ahora pese a su valor fundamental. El hecho de que esta necesidad no haya sido atendida hasta ahora no deslegitima esta opción, sino que la hace más necesaria aún.

Llegados a este punto, la cuestión es, por supuesto, si mientras no se lleve a cabo ese reconocimiento debe mantenerse la actual situación de falta de vigencia

70 Así, R. ÁLVAREZ GIMENO, “Terminación de la relación de trabajo”, cit., pág. 548.

71 El texto de esta observación de la Comisión, incluida en su informe a la 81ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo puede ser consultado en la siguiente dirección: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:2127038,102847

práctica del derecho promovida por la jurisprudencia o ha de reconocerse que este último forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y debe ser aplicado a las relaciones entre trabajadores y empresarios como expresión de la fuerza vinculante del tratado internacional que lo reconoce. Esto supone que el verdadero dilema planteado hoy en España por el artículo 7 del Convenio 158 reside en determinar si nos encontramos delante de una disposición *non-self-executing*, como se postuló en su día, o existen argumentos que sirvan para poner en tela de juicio esta paralizante conclusión.

VIII. ¿CONTIENE REALMENTE EL ARTÍCULO 7 UN MANDATO *NON-SELF-EXECUTING*?

Al disponer que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”, el artículo 96.1 de la Constitución opta por un sistema de recepción automática de los mismos a nuestro Derecho. Al margen del debate sobre si de este precepto se desprende que los tratados así incorporados han de ser de aplicación directa o precisan de medidas de transposición al Derecho interno,⁷² lo cierto es que la primera de esas soluciones encuentra entre nosotros un fundamento claro desde 1974 a través del artículo 1.5 del Código Civil, que al disponer que “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado”, permite colegir *sensu contrario* que los tratados debidamente publicados son de aplicación directa en España.⁷³ Esto supone, como se ha dicho, que estos últimos “son fuente directa y plenamente eficaces en el Derecho interno una vez publicados oficialmente, siendo susceptibles de crear por sí mismos derechos y obligaciones directamente exigibles por los particulares e invocables ante los órganos judiciales y administrativos”.⁷⁴

72 Véase J. DÍEZ-HOCHLEITNER, “Artículo 30.1 Ejecución”, cit., pág. 532

73 Ibídem. pág. 533.

74 A. MANGAS MARTÍN, “La recepción del Derecho Internacional por los ordenamientos internos”, en M. DIEZ DE VELASCO (Coord.), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 18ª ed., 2013, pág. 251.

La anterior es, no obstante, una regla cuya aplicación se encuentra supeditada a lo que sobre el particular pueda disponer el propio tratado. Así lo ha venido reconociendo desde antiguo la jurisprudencia y así lo establece de manera expresa en la actualidad el artículo 30.1 de la Ley de Tratados, al señalar que estos últimos “serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”. Esta es una norma de importancia capital, en la medida en que no solo sanciona de manera clara el “principio general de aplicación directa de los tratados”,⁷⁵ que pasa así a operar como la regla tratándose de estos, sino que define cuáles son las condiciones para que esta regla pueda verse exceptuada. Unas condiciones que dependen del tenor del tratado del que se trate. Y en concreto de que su contenido requiera de la adopción de medidas normativas para su puesta en práctica. Caso en el cual no podrá postularse su aplicación directa.

El criterio utilizado por el legislador parece claro. No obstante, deja sin definir la cuestión capital: cuáles son los criterios en función de los cuales es posible determinar que la aplicación de un tratado “queda condicionada” a su transposición y cuándo no es así. Esta es una decisión fácil de tomar cuando el tratado mismo supedita de manera expresa la aplicación de todas o algunas de sus previsiones a la adopción de normas internas.⁷⁶ Más allá de estos casos, que no son los habituales, el recurso hermenéutico utilizado por la doctrina y la jurisprudencia es el de la determinación del carácter normativamente perfecto o imperfecto de las disposiciones del tratado. De acuerdo con este criterio, las disposiciones de un tratado serán de aplicación directa cuando contengan mandatos claros, precisos e incondicionales, que no requieren de un complemento normativo para su puesta en práctica ni confieren los Estados la potestad de condicionarla o restringirla (tratados *self-executing*). Y no lo serán cuando, por el contrario, o bien subordinan su ejecución a un acto positivo de Derecho interno o bien, sin hacerlo, reconocen un amplio margen de apreciación a los Estados, permitiéndoles elegir entre distintas posibilidades o condicionar o

75 J. MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES, “La Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2015, Vol. 67/1, pág. 36.

76 J. Díez-Hochleitner, op. cit., pág. 541, aunque aclarando inmediatamente que esta excepción no supone, como se verá inmediatamente, que toda alusión a la adopción de normas de desarrollo contenida en un tratado deba determinar de manera automática la negación de su efecto directo.

limitar su aplicación (tratados *non-self-executing*).⁷⁷ Sin que el hecho de que el tratado contemple excepciones o reconozca cierto margen de apreciación al Estado tenga necesariamente que afectar a su carácter preciso e incondicional.⁷⁸

Es a la luz de estos principios, reafirmados y desarrollados por la Ley de Tratados, que deben ser examinados los dos argumentos que han servido para negar la aplicación directa del artículo 7 del Convenio 158: la naturaleza puramente programática de este y el carácter normativamente imperfecto del mandato incluido en el primero.⁷⁹

De acuerdo con la primera de tales objeciones, sería el propio convenio el que estaría proclamando su efecto indirecto al remitir en su artículo 1 a la legislación nacional, entre otras fuentes, para su puesta en práctica. La aplicación de todo el convenio y no solo de su artículo 7 quedaría de tal modo condicionada a la aprobación de las normas legales o reglamentarias pertinentes, por así haberlo dispuesto este mismo.

Frente a tan tajante aseveración, conviene tener presente que, como advierte la doctrina especializada, el hecho de que un tratado llame a la adopción de normas de desarrollo por los Estados para asegurar su aplicación, como ocurre en este caso, no obsta a su posible aplicabilidad directa.⁸⁰ Esto dependerá de la función que dentro de la estructura del tratado cumpla el reenvío a esas normas. Y en particular de si el mismo configura su adopción como una condición para su efectividad. La clave radica, así pues, en determinar cuál es la *ratio* que explica la presencia del artículo 1 dentro del Convenio 158.

Esta fue una cuestión que suscitó algunas dudas antes de la aprobación del convenio, encargándose entonces la Oficina Internacional del Trabajo de aclarar que “los términos del artículo 1 son similares a los que sobre métodos de aplicación aparecen en muchos otros convenios internacionales”. Lo que “con ellos se pretende”, añadirá, es “fijar con claridad lo que se espera de los Estados

77 Véase, con referencias a la jurisprudencia interna y a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la aplicación de las directivas comunitarias, J. Díez-HOCHLEITNER, op. cit., págs. 540-543.

78 Ibidem., pág. 543.

79 Véase, ampliamente, *supra* 4.

80 J. Díez-HOCHLEITNER, op. cit., págs. 541 y 547-549.

Miembros que ratifiquen el convenio, en virtud del párrafo 5, d) del artículo 19 de la Constitución de la OIT”, de acuerdo con el cual “todo Estado Miembro que ratifique un convenio está obligado a adoptar ‘las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio’. En consecuencia, concluirá, “las disposiciones contenidas en el convenio” examinado “no tienen carácter promotor”, sino que “son disposiciones específicas que establecen derechos y obligaciones concretos”, de manera que “todo Estado Miembro que ratifique un convenio donde figuren tales disposiciones estará obligado a velar por su aplicación”.⁸¹

El del artículo 1 constituye, de hecho, un contenido muy habitual dentro de los convenios de OIT, cuya razón de ser se encuentra en la especificación de las distintas vías a través de las cuales puede darse cumplimiento a sus mandatos en cada Estado.⁸² Sin que por este hecho dichos convenios puedan ser considerados en bloque como tratados meramente declarativos o programáticos, con la consiguiente degradación de su valor normativo y de la propia función de la OIT que esto supone. Por lo demás, la diferencia entre el tenor literal del artículo 1 del Convenio 158 y el de los preceptos contenidos en otros convenios de la propia OIT que sí supeditan su aplicación a la adopción de medidas legislativas es evidente.⁸³ No debiéndose olvidar, finalmente, que el Tribunal Supremo ha optado en fechas recientes por examinar la compatibilidad con el Convenio 158 de otras normas de Derecho interno, como el ahora derogado artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, sin tener en cuenta la inaplicabilidad directa

81 Véase, OIT, *Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*, Conferencia Internacional del Trabajo, 68ª reunión, Informe V (2), cit., págs. 11-12. En función de estas consideraciones, J. M. GALIANA MORENO, “El convenio núm. 158 ...”, cit., pág. 104, concluye que “se trata de una norma de la que los internacionalistas llaman *self-executing* y que, por ello, es directamente aplicable por los Tribunales internos desde el momento en que se produce su incorporación al Ordenamiento nacional”.

82 Conforme destaca M. A. GARRIDO PALACIOS, “La aplicabilidad directa ...”, cit., pág. 46.

83 Tómese como ejemplo los términos empleados por el artículo 7 del Convenio 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, al que el Informe de la Oficina Internacional del Trabajo recién citado califica en su pág. 12 como “un instrumento promotor en el que figuran una serie de objetivos, y que se prevé para él una aplicación gradual”, por contraposición con el Convenio 158. De acuerdo con dicho artículo, que recurre a una estructura que se repite en otros preceptos del mismo convenio, “deberán tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales (...) para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades”.

de su contenido global que se desprendería de su primigenia interpretación del referido artículo.⁸⁴

Establecido que el reenvío del artículo 1 del Convenio 158 no es un obstáculo para su exigibilidad, es posible pasar a analizar la objeción relacionada con su artículo 7. Esta se vincula, como se ha visto, con la presunta falta de concreción de su contenido y la presencia en este de una excepción de inciertos alcances. Unos elementos que impedirían su aplicación directa por los tribunales, al no aportar una respuesta clara a buena parte de las variables del régimen jurídico del derecho que se introduce.⁸⁵

Tampoco parece ser esta una objeción capaz de poner entre paréntesis la aplicación inmediata del convenio, exigible en línea de principio de acuerdo con el mandato del artículo 30.1 de la Ley de Tratados. Esencialmente porque no parece que del texto del artículo 7 pueda deducirse que su aplicación “queda condicionada” a la aprobación de las disposiciones legales o reglamentarias pertinentes por parte de España, como dicho artículo exige. Es cierto que, en este como en todos sus extremos, el Convenio 158 utiliza una terminología deliberadamente amplia, como corresponde a las normas internacionales del trabajo, cuyo propósito es dar lugar a regulaciones de vocación universal de las materias que tratan, susceptibles de ser aplicadas por todos los Estados miembros de la OIT.⁸⁶ Y es cierto también que, por esta razón, el derecho a la defensa previa está regulado con dosis amplias de flexibilidad y previendo la posibilidad de excepciones a su aplicación. Ni una ni otra circunstancia, sin embargo, constituyen obstáculos insalvables para la atribución de carácter *self-excuting* al mismo.⁸⁷

84 Véase, en particular, las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo (rec. 2142/2020) y de 2 de noviembre de 2022 (rec. 3208/2021), esta última indicando que “reiterados pronunciamientos” de este tribunal “han resuelto recursos de casación aplicando esta norma”.

85 Esta tesis ha sido recientemente acogida por J. M. GOERLICH PEZET, “(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?”, *Labos*, 2021, Vol. 2, núm. 1, pág. 16, con cita de la indicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1988 en el sentido de que “las técnicas de flexibilidad empleadas” por el artículo 7 “permiten diversas posibilidades de desarrollo y un amplio sistema de excepciones”. En la misma dirección, G. GARCÍA GONZÁLEZ, “La audiencia al trabajador ...”, cit., pág. 16, para quien se trata de “un precepto cuyo nivel de precisión parece insuficiente”.

86 Como destaca N. PUMAR BELTRÁN, “La incidencia del Convenio ...”, cit., págs. 141-142.

87 En el mismo sentido, nuevamente N. PUMAR BELTRÁN, op. cit., pág. 142.

En primer lugar, porque no parece dudoso que se trata de una norma de orden sustantivo, cuyo propósito es reconocer y regular derechos y obligaciones concretos en cabeza de particulares y no fijar meros objetivos de política social a alcanzar progresivamente por la acción estatal.⁸⁸ Pero, sobre todo, porque el mandato que recoge es uno que, dentro de su amplitud y flexibilidad, no deja de ser preciso e incondicional: “no deberá darse por terminada la relación de trabajo” antes de que se haya ofrecido al trabajador “la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él”. La literalidad del precepto es categórica y deja poco margen de duda sobre su contenido.⁸⁹ No debiéndose olvidar que la flexibilidad y el carácter abierto de los mandatos incluidos en un tratado no impiden su ejecución inmediata si su contenido es claro y puede ser aplicado directamente.

Esto es algo que no parece que pueda ponerse en discusión en este caso, toda vez que los márgenes de actuación que el precepto reconoce a los Estados se relacionan esencialmente con la determinación de las modalidades concretas que puede revestir el ejercicio del derecho de defensa, sin posibilidad de sustituirlo por otro ni de condicionar o limitar su aplicación o, menos aún, prescindir de ella. Y sin que, entre tanto se adopte esa regulación, sea imposible aplicar el precepto, como debería ocurrir de tratarse de una disposición *non-self-executing*, toda vez que la utilización por el convenio de una cláusula general permite admitir “toda modalidad útil a tal fin”.⁹⁰ No siendo, por lo demás, la excepción contemplada en su parte final una que precise de manera indispensable de la mediación del legislador, toda vez que está sometida a un canon de razonabilidad que remite a una ponderación de las circunstancias del caso y los intereses en juego susceptible de ser llevada a cabo por los operadores jurídicos y en particular por los jueces.

La conclusión que se acaba presentar podría parecer voluntarista, a la vista del alto grado de generalidad del artículo 7 y los numerosos cabos sueltos que deja. No debe perderse de vista, sin embargo, que la formulación de este artículo no dista mucho de la de los demás preceptos que dentro de nuestro ordenamiento laboral reconocen un derecho de similares características en favor de colectivos específicos de trabajadores, sin que estos hayan sido considerados

88 Como ha necesariamente de ocurrir tratándose de las normas *self-executing* contenidas en los tratados, conforme apunta J. DÍEZ-HOCHLEITNER, “Artículo 30.1 Ejecución”, cit., pág. 532.

89 I. BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, “El despido disciplinario ...”, cit., apartado C.

90 C. MOLINA NAVARRETE, “Actualidades y críticas ...”, cit., pág. 147.

por ello de imposible aplicación práctica. Este es el caso, muy singularmente, de la “cuando menos parca” regulación⁹¹ del “expediente contradictorio” al que se encuentra sometido el despido de los representantes legales de los trabajadores y los delegados sindicales, de acuerdo con los artículos 55.1 y 68.a) del Estatuto de los Trabajadores. En realidad, la principal diferencia entre ambas regulaciones, estando claro en ambas quienes son los titulares del derecho y quienes deben participar en la defensa, radica en la mayor precisión del segundo en lo relativo a la modalidad de ejercicio del derecho. Pero sin que ninguna de ellas defina de manera precisa el contenido de la garantía que acoge, ni los plazos dentro de los que debe llevarse a cabo su ejercicio.⁹²

No nos encontramos, en consecuencia, delante de un tratado o de un mandato *non-self-executing*, cuya aplicación pueda considerarse condicionada a la aprobación de normas internas de transposición, como requiere el artículo 30.1 de la Ley de Tratados para considerarlo excluido de la regla general de aplicación directa de estos instrumentos en el ordenamiento jurídico español. Por más que esta aplicación pueda plantear interrogantes y dificultades al intérprete, así como a quienes deban ponerlo en práctica. Unas dificultades que es deseable que se resuelvan a través de una acción legislativa que conforme de manera definitiva los contornos del derecho. Y cuya resolución queda, entre tanto, en manos de la negociación colectiva y la jurisprudencia.

Por lo demás, no parece seguro que la aplicación directa por los tribunales del artículo 7 del Convenio 158 pueda ser considerada una manifestación del “control de convencionalidad”, como se ha sostenido últimamente.⁹³ Como seña-

91 Como la califica G. TUDELA CAMBRONERO, *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 79.

92 Otro tanto ocurre, con un grado mayor de indeterminación incluso, en el caso de la relación laboral especial de los abogados al servicio de despachos, en la medida en que el artículo 25.2 del Real Decreto 1331/2006 se limita a hacer referencia a la necesidad de conceder “el trámite de audiencia al abogado”.

93 La tesis aparece recogida en las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Islas Baleares y de Madrid de 13 de febrero y 28 de abril de 2023, citadas en *supra* 5, como fundamento de la eficacia directa del artículo 7 del Convenio 158, reclamando la aplicación del artículo 31 de la Ley de Tratados, de acuerdo con el cual “las normas jurídicas contenidas” en estos instrumentos prevalecerán “sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”. A nivel doctrinal, véase G. GARCÍA GONZÁLEZ, “La audiencia al trabajador ...”, cit., pág. 12; y M. A. GARRIDO PALACIOS, “La aplicabilidad directa ...”, cit., págs. 38 y sigs., aunque postulando la necesidad de evitar “una confrontación permanente entre fuentes” y promover “la búsqueda de la lectura de la norma interna al calor de la impronta que marca la internacional”.

la el Tribunal Constitucional en su Sentencia 140/2018, de 20 de diciembre, el control de convencionalidad es una herramienta de “determinación de la norma aplicable”, con arreglo a la cual, “en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional”.⁹⁴ Si bien es cierto que muchas veces cuando se trata de hacer valer la eficacia directa de un tratado es para desplazar la aplicación de una norma interna que entra en colisión con él, dando lugar a ese “efecto de sustitución” propio de esa fórmula de control,⁹⁵ no siempre es así. Y no parece que lo sea, en particular, en el caso del que venimos hablando, donde no existe conflicto alguno entre el texto de un artículo como el 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, que regula las garantías mínimas a las que está sometido el despido disciplinario, y la disposición de un tratado como la aquí considerada, que lo que hace es introducir una garantía adicional a aquellas, que para nada las contradice, sino que las complementa. Todo indica, por ello, que nos encontramos, antes que frente a una colisión, delante de la aplicación conjunta de dos normas que, desde espacios reguladores distintos, confluyen en un mismo objetivo y se complementan entre sí.

IX. ELEMENTOS CLAVE PARA LA RECONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL Y EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO A LA DEFENSA PREVIA DEL TRABAJADOR FRENTE AL DESPIDO

Es evidente que la plena confirmación de la tesis relativa a la aplicabilidad directa del artículo 7 del Convenio 158 solo puede venir de la mano de un pronunciamiento en unificación de doctrina del Tribunal Supremo que, casando las sentencias de suplicación que han emitido en la última etapa pronunciamientos contradictorios, modifique el criterio contrario expresado en sus pronunciamientos de finales de los años ochenta. No obstante, se produzca o no este pronunciamiento, lo que resulta claro es que en cualquier reforma del

94 Sobre esta sentencia y sus repercusiones laborales, véase L. GIMENA QUESADA, “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2019, núm. 53, págs. 434-445.

95 Conforme apunta J. Díez-Hochleitner, “Artículo 30.1 Ejecución”, cit., pág. 532

marco regulador del despido disciplinario deberá estar incluida la incorporación del derecho a la defensa previa del trabajador a nuestro ordenamiento jurídico.

Esta doble posibilidad, de esperable o al menos deseable confirmación de su aplicación directa y de obligado reconocimiento normativo, hace necesaria la realización de una reflexión sobre el contenido del mandato del referido artículo, que sirva para delimitar con dosis razonables de predictibilidad los alcances del derecho por él reconocido y las opciones disponibles, tanto para su implementación por las empresas como para su regulación por el legislador, dada la manifiesta amplitud con la que el mismo aparece formulado dentro del Convenio 158. El objetivo de este apartado final es, por ello, llamar la atención sobre aquellos que pueden ser considerados los elementos clave para esa necesaria reconstrucción del mandato del artículo 7 del Convenio 158, no tanto con el fin de destacar cómo debería ser su regulación ideal, cuestión que pertenece a la discrecionalidad política del legislador, sino más bien para destacar cuál es el “umbral mínimo exigible” para considerar que se ha cumplido debidamente con él en uno y otro caso.⁹⁶

270

Esta es una reconstrucción que no puede prescindir de un dato de la mayor relevancia: la estrecha conexión del derecho con valores fundamentales del ordenamiento jurídico. El reconocimiento del derecho del trabajador a defenderse anticipadamente de los cargos que podrían dar lugar a su despido constituye, desde esta perspectiva, una decisión de la mayor relevancia jurídico-política, en la medida en que conlleva la inserción, en el espacio de ejercicio del poder privado del empresario, de “un derecho fundamental” no solo “para los trabajadores sino para cualquier ciudadano”, como es “el derecho a ser escuchado antes de ser sancionado”.⁹⁷ O, dicho más brevemente, a la defensa. Esta es una conexión que fue destacada desde un inicio por la doctrina italiana que analizó el artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori*⁹⁸ y que es reconocida por los órganos de control de la OIT como el fundamento de la inclusión del artículo 7 en el Convenio 158.⁹⁹

96 I. BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, “El despido disciplinario ...”, cit., apartado C, destacando cómo, mientras el desarrollo legislativo no se produzca, “se abre un importante ámbito de concreción hermenéutica” sobre el “contenido material” del precepto.

97 En palabras de J. I. GARCÍA NINET, “El convenio 158 de la OIT ...”, cit., pág. 56, nota 70.

98 Véase *supra* 2 y los autores allí citados.

99 Véase *supra* 3 y en particular el párrafo 145 del Estudio General de la Comisión de Expertos de 1995 sobre “La protección contra el despido injustificado”.

La razón de su reconocimiento es, desde esta perspectiva, la misma que la que justifica la presencia del derecho a defenderse en el marco de cualquier procedimiento o decisión de los que puedan derivarse consecuencias de orden sancionatorio para las personas. No obstante, adquiere mayor relevancia, si cabe, tratándose del despido, en la medida en que se trata de una decisión que, además de tener profundas repercusiones sobre la persona misma del trabajador, es decir sobre su esfera moral y profesional y no solo sobre su patrimonio,¹⁰⁰ se expresa en un marco de profundo desequilibrio y notoria preeminencia de una parte sobre la otra, como es el relativo al poder de rescisión unilateral reconocido al empresario,¹⁰¹ siendo sus efectos por lo general irreversibles.¹⁰²

¿Significa lo anterior que el reconocimiento del derecho a la defensa previa frente al despido constituye un imperativo constitucional, asociado a la garantía del derecho “a la defensa”, consagrado por el artículo 24.2 de la Constitución?

Razones no faltan para entenderlo así desde el punto de vista material. No obstante, el contraste entre el carácter público de los procedimientos a los que hace referencia dicho precepto y la naturaleza privada del espacio en el que se ejerce el poder de despedir, han conducido de momento a negar esta posibilidad.¹⁰³ Por más que luego los procedimientos públicos de impugnación del despido no supongan otra cosa que “una confirmación, pero ahora por un poder del Estado de un resultado sancionatorio”¹⁰⁴ y que su desarrollo quede configurado por la previa decisión empresarial, que es la que marca las lindes de la cuestión y la configura.¹⁰⁵ Aun así, lo que no parece que pueda ponerse en duda es la

100 Véase, L. NOGLER, “La disciplina dei licenziamenti ...”, cit., pág. 603, con cita de pronunciamientos de la Corte Constitucional italiana en tal sentido.

101 M. F. FERNANDEZ LOPEZ, *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 334.

102 Como es sabido, los efectos del despido disciplinario solo son reversibles si es declarado nulo, ya que el restablecimiento de la relación depende de la voluntad del empresario cuando es declarado improcedente.

103 Así, especialmente M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., págs. 334-335, con base en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 81/1988, de 28 de abril, en relación con la presunción de inocencia reconocida por el mismo precepto.

104 M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “Carga de la prueba y presunción de inocencia en el proceso de despido”, *Relaciones Laborales*, 1990, núm. 8, págs. 6.

105 Critican el formalismo de la tesis contraria, aplicada a la presunción de inocencia, A. BAYLOS GRAU y J. PÉREZ REY, *El despido ...*, cit., págs. 94-95; y A. PEDRAJAS MORENO, *Despido y derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, 1992, págs. 244-247 y 270-272.

directa vinculación de este derecho con los valores de justicia, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad que se sitúan en la base de la consagración del referido derecho fundamental.¹⁰⁶ En consecuencia, incluso de considerarse, en función del argumento exquisitamente formal asociado a la naturaleza privada del poder ejercido por el empresario a la hora de despedir, que la garantía de un espacio para la defensa del trabajador antes de que este surta efectos no viene impuesta por el artículo 24.2 de la Constitución, no es posible negar que su inclusión dentro de la regulación del despido se encuentra directamente alineada con principios y valores que tienen pleno respaldo constitucional.¹⁰⁷

Este es, de hecho, el sentido último de la introducción del derecho del que se viene tratando en los países donde está reconocido: dar lugar a una “procedimentalización” del poder disciplinario o de la facultad de despedir,¹⁰⁸ que sirva de contrapeso a la posición de supremacía que el ordenamiento laboral reconoce al empresario al permitirle su ejercicio unilateral e inmediatamente ejecutivo, imponiéndole el respeto de la más elemental garantía necesaria para la toma en consideración de los intereses de la parte sometida a esa situación de supremacía: la de ser oída en su defensa.¹⁰⁹

272

La anterior es una consideración que se proyecta sobre la entera comprensión de los alcances del derecho, que habrán de ser interpretados de forma que hagan posible un ejercicio efectivo y real de esa posibilidad de defensa por parte del trabajador.

A estos efectos, lo primero que resulta necesario esclarecer es la cuestión del ámbito objetivo de aplicación del derecho. En este punto, los términos del Convenio 158 dejan escaso margen para la duda. Tanto la configuración del derecho del trabajador como uno a “defenderse” como su vinculación a las hipótesis de terminación de la relación de trabajo “por motivos relacionados con su conducta o rendimiento”, permiten vincular su ejercicio a la imputación de uno o varios de los incumplimientos contractuales, graves y culpables recogidos por el artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores como causas de despido

106 M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., págs. 335-339.

107 Ibidem, pág. 339.

108 Véase, G. PERA, “Art. 7 ...”, cit., pág. 74; y J. LEAL AMADO et. alt., *Direito do Trabalho ...*, cit., pág. 1257, respecto de los ordenamientos italiano y portugués.

109 Calificando de “contrapartida” de estas garantías, M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 330.

disciplinario.¹¹⁰ No se trata, en consecuencia, de un derecho a poner en cuestión cualquier motivación utilizada por el empresario para extinguir el contrato de trabajo, sino solo aquellas que tengan su origen en un comportamiento o una omisión del trabajador susceptible de ser objeto de un reproche disciplinario.¹¹¹

Dicho esto, es posible penetrar en el examen del contenido del derecho y las exigencias derivadas de él. Sobre el particular se ha dicho que el Convenio “se limita a establecer una genérica posibilidad de defensa del trabajador frente a los cargos que se le formulen”, resultando por ello “descartable cualquier idea de expediente disciplinario previo al despido”.¹¹² Esta es una observación útil en tanto que permite marcar las diferencias con el derecho, dotado de un mayor grado de formalización, reconocido a los representantes de los trabajadores por el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores. La exigencia de que esa genérica posibilidad de “defenderse” sea real, como remarcan los órganos de control de la OIT,¹¹³ así como el hecho de que esta venga referida a “los cargos formulados” en contra del trabajador, conllevan, no obstante, la necesidad de que el ejercicio de este derecho venga rodeado de una serie de garantías mínimas de orden formal que lo aproximan al concedido a esos representantes, aunque sin confundirse con este.

Antes que nada, y como resulta evidente, el reconocimiento en favor del trabajador de la “posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él” presupone la comunicación previa de estos últimos al mismo por parte del empresario. El convenio es terminante, además, al hablar aquí de “cargos” y de la necesidad de que estos sean “formulados” por el empresario. Unos elementos que permiten entender que deberá existir una transmisión al trabajador de los elementos fácticos determinantes de la infracción de la que es acusado, que le permita tener conocimiento cierto de ella a los efectos de llevar a cabo de manera

110 En el mismo sentido, I. BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, “El despido disciplinario ...”, cit., ap. C.

111 En el contexto del artículo 7, la referencia al “rendimiento” del trabajador debe ser vinculada a la causa recogida por el artículo 54.2.e), asociada al carácter continuado y voluntario de su disminución, y no a supuestos previstos por otros preceptos que carecen de este último elemento, como pueden ser los previstos por los apartados a) y b) del artículo 52.

112 I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. MERCADER UGUINA, “La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2020, núm. 147, pág. 337.

113 Según se expresó en el párrafo 147 del estudio general sobre este convenio elaborado en 1995 por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, ya citado en *supra* 3.

adecuada su defensa. De allí que, aunque no es posible disentir del criterio de quienes entienden que la forma escrita no es necesaria al no venir exigida por el convenio,¹¹⁴ deba indicarse que la manera más apropiada de dar cumplimiento al mandato del convenio es formulando de forma clara y precisa los cargos de los que se acusa al trabajador, mediante su comunicación por escrito a este. Dicha comunicación deberá, en cualquier caso, identificar de manera inequívoca los hechos constitutivos de la falta de la que se acusa al trabajador, sin que baste una referencia genérica a la comisión de una falta capaz de dar lugar al despido disciplinario, ya que el mismo debe ser puesto en la capacidad de defenderse de imputaciones específicas.¹¹⁵ Asimismo, no es dudoso que en la comunicación al trabajador deberá incluirse la propuesta aplicación de la máxima sanción consistente en el despido por los hechos imputados, de forma que este pueda valorar también su licitud y proporcionalidad.¹¹⁶

Es importante advertir también que el contenido de la comunicación al trabajador sirve para fijar la causa disciplinaria susceptible de servir de fundamento para el despido. Este no podrá llevarse a cabo, en consecuencia, so pena de incumplir el mandato recogido por el convenio, alegando motivos distintos de los que comunicados al trabajador o en base a hechos o circunstancias ulteriores, sobre los cuales este no haya tenido la oportunidad de defenderse.¹¹⁷ Por más que esto no impida nuevas notificaciones en caso de que emerjan nuevos elementos o se conozcan otras circunstancias disciplinarias relevantes.¹¹⁸ Finalmente, no puede dejar de observarse que, aunque esta notificación no está sometida a un plazo por el convenio, por lo que es posible siempre que las faltas no hayan prescrito, un cumplimiento de buena fe de esta obligación exige que se lleve a cabo dentro de un tiempo razonablemente próximo a la comisión y

114 Véase, C. MOLINA NAVARRETE, “Actualidades y críticas ...”, cit., pág. 147; L. MELLA MÉNDEZ, “El Convenio 158 OIT ...”, cit., pág. 93; N. PUMAR BELTRÁN, “La incidencia del Convenio ...”, cit., pág. 159; y G. GARCÍA GONZÁLEZ, “La audiencia al trabajador ...”, cit., pág. 10.

115 Como indican, en relación con la disposición equivalente contenida en el Derecho italiano, A. FRENI y G. GIUGNI, *Lo Statuto del Lavoratori* ..., cit., págs. 26-27; y G. PERA, “Art. 7 ...”, cit., pág. 81.

116 L. MELLA MÉNDEZ, loc. ult. cit.

117 Nuevamente, A. FRENI y G. GIUGNI, op. cit., pág. 27.

118 A. PITZALIS, *Il potere disciplinare del datore di lavoro. Infrazioni, sanzioni e difesa del lavoratore*, AP Ed., Torino, 2024, pág. 57, haciendo alusión a la “inmodificabilidad” de la notificación al trabajador.

el conocimiento de los hechos, de manera que se haga posible un adecuado ejercicio del derecho de defensa.¹¹⁹

Por lo que se refiere al ejercicio de la “posibilidad de defenderse” reconocida al trabajador, lo primero que debe decirse es que, pese a que el convenio tampoco fija un término para su materialización, resulta claro que no podrá ser exigida por el empresario de manera inmediata, no bien recibida la comunicación de los cargos, o en un lapso excesivamente breve. Antes bien, la necesidad de que se ofrezca al trabajador una oportunidad real de defensa determina que deba existir un plazo prudencial entre ambos, que permita al mismo preparar su alegado defensivo y, en su caso, recopilar las pruebas de descargo que considere necesarias.¹²⁰ De igual modo, la falta de una determinación precisa a la forma que deberá adoptar la defensa del trabajador, permite que sea capaz de admitir cualquier fórmula capaz de satisfacer la finalidad perseguida por el precepto. Ello abre la puerta a diferentes opciones, que podrán ser requeridas por el empresario o solicitadas por el trabajador, como pueden ser: la realización de una entrevista personal, la celebración de una audiencia con el interesado, la presentación por este de alegaciones por escrito e incluso la apertura de un expediente contradictorio de tramitación similar a los exigidos para el despido de los representantes.¹²¹ Lo importante será que se ofrezca al trabajador una verdadera oportunidad para alegar lo que convenga a su defensa respecto de las imputaciones formuladas.¹²² Esto incluye tanto la contestación del hecho mismo o la alegación de circunstancias aptas para eliminar su consideración como infracción o reducir su gravedad.¹²³ Debiendo permitírsele la presentación de medios de prueba que sirvan para clarificar los hechos o que corroboren sus

119 La doctrina italiana postula la necesidad de que la notificación sea “tempestiva”, por considerar que una demasiado posterior no respondería a su función y generaría dudas su motivación real. Por todos, R. BORTONE, “Art. 7 ...”, cit., págs. 66-67.

120 Pone el acento en este requisito L. MELLA MÉNDEZ, op. cit., pág. 93.

121 Se refieren a las tres primeras posibilidades C. MOLINA NAVARRETE, op. cit., pág. 147; y M. A. GARRIDO PALACIOS, “La aplicabilidad directa ...”, cit., pág. 46. No obstante, no parece que no pueda ser aplicado con la misma finalidad el trámite de apertura de un expediente contradictorio, como admite L. MELLA MÉNDEZ, op. cit., pág. 92.

122 No obstante, es importante advertir que, aun no exigiendo el convenio forma escrita, cuanto menos formalizado sea el ejercicio del derecho de defensa del trabajador, mayores serán las dificultades de acreditación de su cumplimiento por el empresario.

123 De acuerdo con la descripción de posibilidades que hace R. BORTONE, op. cit., pág. 67.

afirmaciones, así como pedir al empresario la realización de indagaciones con esos mismos fines.¹²⁴

Ahora bien, el convenio no solo no exige, sino que ni siquiera parece admitir, que el trabajador sea asistido por otra persona, se trate de un miembro de la representación de los trabajadores, de un representante del sindicato al que el trabajador esté afiliado de otro trabajador de la empresa o de un asistente letrado, como seguramente convendría para un mejor ejercicio de su derecho de defensa. Esta es una posibilidad prevista recién en el apartado 9 de la Recomendación 166, como una opción a disposición del legislador nacional. La asistencia al trabajador no constituye, de este modo, un elemento que forme parte del contenido mínimo del derecho, por más que aparezca como un complemento deseable según el segundo de los instrumentos aludidos. Aun así, un cumplimiento de buena fe del derecho muy probablemente haga necesaria su admisión cuando sea solicitada por el afectado y se vincule con la intervención de un representante.

Naturalmente, el trabajador puede decidir no hacer uso de esta posibilidad de defensa, ya que esta constituye un derecho y no una obligación, sin que su aquiescencia le impida luego impugnar el despido.¹²⁵ Asimismo, una vez ejercitado por el mismo su derecho de defensa, el empresario podrá confirmar su decisión de extinguir la relación, remitiendo a este la carta de despido, cuyo contenido deberá ajustarse a las imputaciones puestas en su conocimiento,¹²⁶ o desistir de la misma, optando por imponerle una sanción menor o por no recurrir a ninguna. Un supuesto, este último, en el que la aplicación de la institución habrá cumplido de manera plena su función, al haber conseguido evitar la precipitada materialización de un despido desprovisto de motivos suficientes.

De más compleja delimitación resulta, por último, el contenido de la excepción introducida en su parte final por el artículo 7, al admitir que el derecho a la defensa previa del trabajador pueda no ser aplicado cuando “no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”.

124 Sobre esta posibilidad, G. PERA, op. cit., pág. 86.

125 A. PITZALIS, op. cit., pág. 61.

126 Asimismo, en opinión de I. BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, “El despido disciplinario ...”, cit., ap. C, “parece razonable entender que en la misma carta debería indicarse que se ha cumplimentado este requisito y también debería recogerse el contenido de lo alegado por el trabajador despedido”.

El convenio introduce de este modo una cláusula abierta, a través de la cual se somete la puesta entre paréntesis de esta garantía un “test de razonabilidad”, que ha de ser aplicado desde la perspectiva de la posición del empresario. Como es evidente, este es un test que no remite a una tipología precisa de supuestos, sino a la realización de una valoración casuística de estos, de acuerdo con las circunstancias concurrentes en cada uno. Por ello, es difícil de compartir el punto de vista de quienes consideran que por esta vía es posible excluir, con carácter general, todos los supuestos de imputaciones disciplinarias muy graves,¹²⁷ al margen de sus circunstancias particulares y de lo razonable e incluso necesario que pueda resultar, precisamente en estas situaciones, oír lo que el trabajador pueda argumentar en su defensa.

¿Cuándo es posible entender que no es razonable pedir al empresario que conceda al trabajador la posibilidad de ser oído en su defensa?

La respuesta está en condiciones de remitir a un doble orden de supuestos. El primero y más relevante es aquel en que la concesión del derecho de defensa resulte innecesaria o inútil. Piénsese en los casos en que el empresario ha tomado conocimiento de los hechos por confesión del propio afectado, que reconoce su autoría y culpabilidad sin aportar una justificación razonable de su conducta.¹²⁸ O en aquellos en que los hechos son públicos y notorios¹²⁹ o el trabajador es sorprendido *in fraganti* durante la comisión de la falta, no admitiendo su conducta de modo patente ninguna justificación.¹³⁰ El segundo bloque de supuestos de posible exceptuación, de más difícil configuración, es aquel en el que la concesión del derecho de defensa estaría en condiciones de ocasionar un perjuicio desproporcionado al empleador.¹³¹ Así podría ocurrir, por ejemplo, tratándose

127 Así, C. MOLINA NAVARRETE, op. cit., pág. 147; G. GARCÍA GONZÁLEZ, op. cit., pág. 9; y J. I. GARCÍA NINET, “El convenio 158 de la OIT (1982) sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y su cumplimiento por España”, cit., pág. 57, con especial referencia a los despidos por transgresión de la buena fe contractual.

128 L. MELLA MÉNDEZ, op. cit., pág. 94.

129 Del tipo de la realización pública de ofensas verbales o físicas en contra el empresario o los compañeros de trabajo, a la que se refiere la autora recién citada.

130 Ídem. En la misma dirección, R. ÁLVAREZ GIMENO, “Terminación de la relación de trabajo”, cit., pág. 547. Sobre la flagrancia como presupuesto para la aplicación de esta excepción, véase C. BLANCAS BUSTAMANTE, *El despido en el Derecho Laboral Peruano*, Jurista Editores, Lima, 3ª ed., 2013, págs. 288-290. Debe reiterarse, con todo, que este requisito debe venir acompañado de la notoria imposibilidad de justificación de la conducta.

131 Así, G. GARCÍA GONZÁLEZ, op. cit., pág. 9, con cita del criterio postulado *obiter dicta* por la

de conductas dolosas o fraudulentas cometidas por trabajadores con especiales responsabilidades, que requieren ser separados rápidamente de sus cargos con el fin de evitar la continuidad de la actuación infractora, según se ha propuesto.¹³² O cuando el mantenimiento de la relación de trabajo pueda suponer peligro para las personas o las cosas por la naturaleza de la infracción cometida y la posibilidad de su reiteración. Pero únicamente de no existir ningún otro medio capaz de cumplir esa finalidad preventiva sin privar del ejercicio del derecho al afectado, como puede ser el recurso a una suspensión cautelar del contrato de trabajo, en aplicación de lo previsto por el convenio colectivo.¹³³ La que se comenta es, en cualquier caso, una excepción que ha de ser interpretada de restrictivamente, dada la singular trascendencia del derecho de defensa.¹³⁴

Examinados los componentes fundamentales del derecho a la defensa previa frente al despido, solo queda determinar cuál es la calificación jurídica que ha de asignarse a su no cumplimiento o su cumplimiento defectuoso. Esta calificación no puede ser otra que la consideración de los despidos así realizados como improcedentes, con la consiguiente atribución a estos de las consecuencias previstas por el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores.¹³⁵ Aunque esta no sea una conclusión satisfactoria, en la medida en que no consigue garantizar el efectivo respeto del derecho, que exigiría la retroacción de la situación al momento anterior al despido deficientemente realizado con el fin de que el trabajador pueda ejercerlo, responde al tratamiento que, con carácter general, reciben los despidos con defectos de forma dentro del artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores. Incluyendo dentro de ellos los realizados omitiendo la preceptiva tramitación de un expediente contradictorio. Sin que el hecho de que, por razones evidentes, el derecho no se encuentre previsto por el apartado 1 del mismo artículo pueda ser considerado un obstáculo para ello, ya que luego de la entrada en vigor del Convenio 158, este ha pasado a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, introduciendo un requisito adicional a los exigidos por el mismo que, conforme

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de abril de 2023.

132 Ídem.

133 Ibídem, pág. 10.

134 M. A. GARRIDO PALACIOS, op. cit., pág. 46.

135 En este mismo sentido, I. BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, loc. cit.; y M. A. GARRIDO PALACIOS, op. cit., págs. 52-53.

se ha dejado anotado, complementa los previstos por dicho apartado, sin entrar en colisión o conflicto con ellos.¹³⁶

X. EPÍLOGO: EL RECONOCIMIENTO DE LA APLICABILIDAD DIRECTA DEL ARTÍCULO 7 DEL CONVENIO 158 POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2024

El reconocimiento claro e incontestable del derecho a la defensa previa frente al despido se producirá finalmente en España casi cuatro décadas después de su incorporación formal al ordenamiento jurídico de este país, a través de la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo 1250/2024, de 18 de noviembre, por medio de la cual este optó por declarar el carácter directamente aplicable del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT, en un ejercicio de manual del control de convencionalidad previsto por el artículo 30.1 de la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

Ríos de tinta han corrido luego de la expedición de esta sentencia, en especial con el objeto de examinar los delicados problemas procesales y de aplicación temporal que conlleva. No obstante, la argumentación empleada por la máxima instancia judicial española para llegar a la antes referida conclusión es en realidad bastante sencilla, al extremo de que puede haber quien la considere decepcionante. Porque lo que hace la sentencia en cuestión es únicamente afirmar que, a la vista del contenido del precepto, “procede su aplicación directa al ser una disposición que debe calificarse de completa o aplicable en forma automática”, “ya que están suficientemente y debidamente concretados sus términos”, siendo “el requisito de establece (...) muy concreto y de alcance general”, por lo “no precisa de mayor desarrollo normativo para su cumplimiento, ya que basta simplemente con permitir al trabajador que se defienda de los cargos sobre su conducta o trabajo”. Estando, además, la excepción que contempla sujeta a un “criterio de razonabilidad” cuya aplicación “vendrá determinada por las concretas

¹³⁶ Frente a esta posibilidad, la solución postulada por la recién referida Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de abril de 2023, de negar la calificación de improcedencia debido a la no inclusión del derecho en el texto del artículo 55.1 e imponer al empresario el abono de una indemnización cuando el despido sea declarado improcedente por motivos que podrían haberse evitado de haberse concedido audiencia previa al trabajador, peca seguramente de excesivamente formal y artificiosa.

circunstancias que rodeen cada caso y que permita justificar que el empleador no podría o tenía que concretar esa posibilidad”.

La pregunta que inmediatamente suscitan tan rotundas afirmaciones no es otra que la siguiente: ¿por qué, si el contenido del artículo 7 del Convenio 158 era tan claramente *self-executing*, han tenido que transcurrir treinta y ocho años para que se declare su aplicación directa?

Consciente de ello, el supremo tribunal trata de aportar una respuesta a esta paradoja. Y la encuentra en lo que se ha venido en llamar en algún comentario posterior “el signo de los tiempos”: su decisión se apoya en la Ley de Tratados, que es de 2014, habiendo “recibido carta de naturaleza” el control de convencionalidad “solo desde hace media docena de años”. El argumento no resulta del todo convincente, porque la aplicación directa de los tratados era posible en España desde 1974 con base en el artículo 1.5 del Código Civil, como se ha indicado desde un inicio en el presente estudio, por lo que la aportación del artículo 30.1 de la Ley de Tratados ha sido únicamente precisar que esa aplicación puede quedar exceptuada si del texto del tratado se desprende que “queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”.

Esta es, además, una explicación que palidece ante un hecho incontestable del que se ha dado cuenta en las páginas precedentes: la deliberada resistencia, a lo largo de todo el período, tanto de las autoridades gubernamentales como de los tribunales e incluso de la doctrina, no ya a aplicar el artículo 7 a falta de una norma interna que recoja su contenido, sino a demandar la aprobación de esta. Una resistencia que se valió de argumentos que buscaban demostrar algo tan poco plausible como que el derecho estaba reconocido ya por la legislación española por medio de la carta de despido o los actos posteriores de conciliación administrativa y judicial.

Nadie se ocupó, en cambio, según ha habido igualmente ocasión de destacar, de examinar las razones por las que el derecho estaba presente en el Convenio 158. Antes bien, la idea predominante, a la luz de los juicios críticos que suscitó la posibilidad de exigir su aplicación, parecía ser la de considerar que este derecho constituía un mecanismo disfuncional, que complicaba innecesariamente la regulación del despido.

¿Cabe alguna duda de que detrás de esta coincidencia en la oposición a la incorporación al ordenamiento español del derecho se encontraba la orientación de política legislativa que se impuso en los años ochenta y noventa, de acuerdo con la cual crear garantías frente al despido constituía una forma de desincentivar el empleo?

Para quien esto escribe ninguna. De hecho, no sería sino hasta esta década cuando empezarían a alzarse voces demandando el cumplimiento del artículo 7 del Convenio 158, de la mano de la recuperación de la preocupación por la protección del trabajador frente a un acto que, como el despido, limita de manera severa sus derechos como persona y como ciudadano. La decisión del Tribunal Supremo se explica en este contexto, que es expresión de una nueva manera de afrontar los problemas sociales dentro de la cual asume un relevante papel la protección de las personas. El signo de los tiempos, pues, pero desde una perspectiva distinta.

Todo esto debe conducir a valorar en toda su trascendencia el fallo que se comenta, como portador del reconocimiento de una garantía que, como se ha dicho, busca asegurar en el terreno de las relaciones laborales el más elemental de todos los derechos que debe ser reconocido a cualquiera que padezca una sanción, como es el de defenderse de los cargos que se formulan en su contra antes de que la misma sea adoptada y pueda surtir efectos.

El corolario es la colocación del derecho de defensa previa como un componente fundamental del régimen del despido disciplinario, que debe conducir a una transformación de la manera como este se lleva a cabo en España, que lo aleje de su entendimiento como un mero coste y lo aproxime a su verdadera dimensión de acto que afecta un derecho de importancia fundamental para las personas que trabajan, al que debe recurrirse solo de manera excepcional, cuando existan motivos reales y serios que lo fundamenten. El despido se convierte, así, en la última de las respuestas frente a cualquier incumplimiento presuntamente grave y culpable, como corresponde a su naturaleza de medida sancionatoria extrema. A la vez que se garantiza que quienes prestan sus servicios en régimen de subordinación reciban el trato que a su condición de personas, así como a la dignidad que le es inmanente, corresponden.

Salamanca, 1 de agosto de 2025

Protección de los derechos de los trabajadores en las cadenas de suministro globales: ¿marcará una diferencia significativa la Directiva de la UE sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial?*

Protecting workers' rights in global supply chains: Will the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive make a significant difference?

JEFFREY VOGT**

Correo electrónico: jvogt@solidaritycenter.org

RUWAN SUBASINGHE***

Correo electrónico: ruwan.subasinghe@itfglobal.org

RESUMEN: La Unión Europea publicó la Directiva (UE) 2024/1760 de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. En este artículo se realiza un balance de la Directiva, señalando sus virtudes, pero resaltando las deficiencias graves y potencialmente fatales, porque materializan desviaciones significativas de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresa y Derechos Humanos, especialmente sobre la responsabilidad de respetar los derechos humanos en las cadenas mundiales de suministro.

ABSTRACT: The European Union published Directive (EU) 2024/1760 of 13 June 2024 on corporate sustainability due diligence. This article takes stock of the Directive, highlighting its strengths but also pointing out its serious and potentially fatal shortcomings, which represent significant deviations from the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, particularly about the responsibility to respect human rights in global supply chains.

PALABRAS CLAVES: Unión Europea, Derechos humanos; Diligencia debida, Cadena de suministro mundial, Empresas Multinacionales, Sindicatos de trabajadores.

* Publicado en inglés: *Cornell International Labor Journal* (2024), Vol. 101, pp. 209-233.

** Director de Derecho del Centro de Solidaridad y Cofundador y presidente de la Red Internacional de Abogados Asistentes a Trabajadores (ILAW).

*** Director legal de la Federación de los trabajadores en transporte internacional.

KEYWORDS: European Union, Human rights; Due diligence, Global supply chain, Multinational companies, Trade unions.

Recibido: 18/08/2025

Aceptado: 23/09/2025

Publicado en línea: 03/11/2025

SUMARIO: Introducción. I. Observaciones iniciales. II. Un análisis de los derechos humanos desde una perspectiva laboral. 1. Objeto. 2. Alcance. 3. Diligencia debida en derechos humanos. 4. Rol de los sindicatos. 5. Mecanismos de notificación y de quejas. 6. Combatiendo el cambio climático. 7. Autoridades supervisoras. 8. Responsabilidad civil. 9. Transposición. Conclusiones y recomendaciones. Elementos que faltan.



INTRODUCCIÓN

El camino hacia la adopción de la Directiva sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial (en adelante DDDSE) de la Unión Europea (en adelante UE) ha sido largo y tortuoso. Tras años de trabajo por parte de las instituciones de la UE y la defensa continua por parte de organizaciones de la sociedad civil, incluidos los sindicatos, las objeciones de última hora de algunos Estados miembros de la UE amenazaron con descarrilar por completo el proceso.¹ Tras hacer varias concesiones importantes a esos Estados, el Consejo Europeo adoptó la DDDSE el 13 de junio de 2024.² Su adopción refleja un paso importante en el desarrollo de un marco jurídicamente vinculante de responsabilidad empresarial por los abusos contra los derechos humanos. Aunque incluye algunas mejoras con respecto a la pro-

- 1 Véase Philip Blenkinsop, La UE paraliza la ley de la cadena de suministro tras las objeciones alemanas e italianas, REUTERS (9 de febrero de 2024, 10:05 a. m.), <https://www.reuters.com/markets/europe/eu-postponesdecision-proposed-supply-chain-due-diligence-law-2024-02-09/> [<https://perma.cc/QL45-AYSH>].
- 2 Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859, D.O. de 2024 (L 1760) (UE), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2024/1760/> [<https://perma.cc/DS3T-CBZV>] [en adelante, DDDSE].

puesta de 2022 de la Comisión Europea (Propuesta de la Comisión de 2022),³ la DDDSE contiene deficiencias graves (y potencialmente fatales). Estas deficiencias reflejan desviaciones significativas de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (en adelante PR) en lo que se refiere al Pilar II: la responsabilidad de «respetar los derechos humanos».⁴ Por lo tanto, tenemos dudas sobre si la DDDSE supondrá una diferencia significativa para los trabajadores y los sindicatos del mundo en la práctica.

Este artículo examinará la DDDSE en lo que se refiere a la promoción y protección de los derechos laborales fundamentales en las cadenas de suministro mundiales, centrándose en aquellos artículos que consideramos más relevantes para los trabajadores y los sindicatos. Tomamos nota de las importantes diferencias entre la propuesta de la Comisión de 2022 y la DDDSE y la evaluamos a la luz de los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Dado que los Estados miembros de la UE aún deben transponer la DDDSE a la legislación nacional, concluimos con recomendaciones que podrían reforzar las obligaciones para que sea una herramienta más eficaz para promover los derechos laborales fundamentales, más acorde con los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Sin embargo, comenzamos con algunas observaciones iniciales sobre la diligencia debida en materia de derechos humanos (en adelante DDDH), el núcleo de la responsabilidad de respetar de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, y si puede ser una herramienta eficaz para la promoción y protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, ya que no aborda de manera fundamental la asimetría de poder entre el trabajo y el capital global sin restricciones. Estas preocupaciones informan nuestra visión general de la DDDSE.

3 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, EUR. PARL. Doc. (COM 2022) 71 (24 de febrero de 2022), disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6533-2022-INIT/en/pdf> [<https://perma.cc/RU94-MBF5>]; véase nuestro análisis previo, Jeffrey Vogt et al. al., Una oportunidad perdida para mejorar los derechos de los trabajadores en las cadenas de suministro globales, OPINIO JURIS (18 de marzo de 2022), <https://opiniojuris.org/2022/03/18/a-missed-opportunity-to-improvetworkers-rights-in-global-supply-chains/> [<https://perma.cc/S2CB-YZM5>].

4 Resolución del Consejo de Derechos Humanos 17/4, Doc. de la ONU A/HRC/17/31 (16 de junio de 2011), https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf [<https://perma.cc/M6V5-A83A>].

I. OBSERVACIONES INICIALES

El DDDH, tal y como se define en los Principios Rectores de las Naciones Unidas y en las leyes nacionales de unos pocos países, y tal y como se aplica en la práctica, no ha logrado abordar adecuadamente las relaciones de poder desiguales entre las empresas multinacionales (EMN) y los trabajadores y sindicatos en las cadenas de suministro mundiales; lo que ha dado lugar a continuas violaciones de los derechos humanos y a una falta de responsabilidad jurídica.⁵ Muchos planes de DDDH siguen siendo declaraciones superficiales de política corporativa, no informan de manera significativa las prácticas de la empresa y no se aplican de manera efectiva.⁶ Además, las EMN mantienen una considerable discrecionalidad en la forma de identificar y evaluar los riesgos en sus cadenas de suministro y, en la gran mayoría de los casos, no consultan a los trabajadores ni a las organizaciones representativas de los trabajadores a la hora de identificar, evaluar y abordar los riesgos que afectan a los trabajadores.⁷ Cuando se ha producido un daño real, los trabajadores y los sindicatos siguen enfrentándose a obstáculos considerables para acceder a la justicia en jurisdicciones extranjeras contra las EMN y obtener una reparación adecuada que restablezca a los trabajadores en la situación en la que se encontrarían de no ser por los abusos de los derechos humanos.⁸

- 5 Para un análisis exhaustivo de las diversas deficiencias del enfoque de debida diligencia en materia de derechos humanos desde la perspectiva de la gobernanza laboral, véase INGRID LANDAU, *DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS Y GOBERNANZA LABORAL* (2023). Véase también Gabriel Quijano y Carlos López, *El auge de la debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos: ¿Un faro de esperanza o un arma de doble filo?*, 6 *BU.S. & HUM. RTS. J.* 241-254 (2021).
- 6 Una encuesta reciente realizada por World Benchmarking Alliance a 2000 de las “empresas más influyentes” reveló que la gran mayoría simplemente no realiza ninguna evaluación de derechos humanos (DDDH). El 80 % de las 2000 empresas obtuvo una puntuación de cero en los pasos iniciales de la implementación de la DDDH: identificar, evaluar y tomar medidas sobre sus riesgos e impactos en los derechos humanos. Véase *WORLD BENCHMARKING ALL. [WBA], 2024 SOC. BENCHMARK REPORT 18* (2024), disponible en <https://assets.worldbenchmarkingalliance.org/app/uploads/2024/11/SB-2024-Insights-Report-7-August-2024.pdf> [https://perma.cc/G9C4-BDA8].
- 7 De las empresas encuestadas por la WBA que sí implementaron algún tipo de DDDH, solo el 9% de ellas comunica ejemplos de cómo interactúan con las partes interesadas afectadas o potencialmente afectadas, un paso crucial en la identificación y evaluación de riesgos. *Id.*, pág. 14.
- 8 Véase Ruggie y Nelson, *Derechos humanos y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales: Innovaciones normativas y desafíos de implementación*, CORP. Soc. RESP. INITIATIVE, DOCUMENTO DE TRABAJO N.º 66, 20 (2015), <https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/programs/cri/files/workingpaper.66.oecd.pdf> [https://perma.cc/44FL-5AEZ].

A modo de ejemplo, las ganancias ilegales generadas por el trabajo forzoso en el sector privado ascienden actualmente a unos 236 000 millones de dólares al año, lo que supone un aumento de 64 000 millones de dólares desde 2014⁹. Este aumento de las ganancias del trabajo forzoso en el sector privado durante los últimos diez años coincide con el periodo de trece años en el que los PR de las Naciones Unidas fueron promovidos por los gobiernos e incorporados a los planes voluntarios de diligencia debida en materia de derechos humanos de las empresas, cuando algunos países contaban con leyes contra la esclavitud moderna en vigor¹⁰ y cuando los países del G7 se comprometieron conjuntamente a combatir el trabajo forzoso en las cadenas de suministro mundiales.¹¹ Si el trabajo forzoso, una grave violación de los derechos laborales, aumentó significativamente durante la era de la diligencia debida en materia de derechos humanos, está claro que algo sobre la diligencia debida en materia de derechos humanos, ya sea en el concepto, la ley o la aplicación (o todo lo anterior), no está funcionando. Además, el hecho de que los gobiernos y las empresas no se hayan centrado en facilitar derechos como la libertad de asociación y la negociación colectiva ha condenado al fracaso los esfuerzos por abordar eficazmente el trabajo forzoso. De hecho, la OIT ha reconocido que la libertad de asociación es un derecho facilitador necesario para el disfrute de otros derechos, incluida la libertad frente al trabajo forzoso.¹²

- 9 Comunicado de prensa, Organización Internacional del Trabajo [OIT], Las ganancias anuales derivadas del trabajo forzoso ascienden a 236 000 millones de dólares, según un informe de la OIT (19 de marzo de 2024) https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_920143/lang-en/index.htm [<https://perma.cc/8KBU-ZD77>].
- 10 Véase, por ejemplo, la Ley de Esclavitud Moderna de 2015, 2015 c. 30 (Reino Unido) <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents>; Ley de Esclavitud Moderna de 2018, 2018 (Ley n.º 153) (Austria), <https://www.legislation.gov.au/C2018A00153Aatest/text> [<https://perma.cc/MRL6-Q3LV>].
- 11 Declaración de los Ministros de Comercio del G7 sobre el Trabajo Forzoso (22 de octubre de 2021), <https://www.gov.uk/government/news/g7-trade-ministers-statement-on-forced-labour-annex-a> [<https://perma.cc/2M2C-EGMB>].
- 12 Conferencia Internacional del Trabajo, 98.ª sesión, Informe de la Comisión de Aplicación de Normas: Observaciones e información sobre determinados países, n.º 16/Segunda parte, pág. II/53 (2009); Conferencia Internacional del Trabajo, 93.ª sesión, Informe de la Comisión de Aplicación de Normas: Observaciones e información sobre determinados países, n.º 22/Segunda parte, pág. II/37 (2005).

En los países que han adoptado la DDDH obligatoria (en adelante oDDDH), entre ellos Francia¹³ y Alemania,¹⁴ aún hay pocos datos que demuestren su eficacia como mecanismos de rendición de cuentas en materia de derechos laborales. En Francia, por ejemplo, se ha resuelto una demanda laboral en virtud de la “Loi de Vigilance” en relación con la suficiencia del plan de DDDH de las empresas multinacionales. En el caso Sud PTT contra La Poste,¹⁵ el sindicato presentó una demanda contra la empresa en relación con el empleo de trabajadores migrantes no declarados e indocumentados por parte de sus subcontratistas. El tribunal de París ordenó a La Poste que complementara su plan de vigilancia con un mapa de riesgos y un mecanismo de alerta tras consultar con los sindicatos.¹⁶ Sin embargo, el tribunal rechazó la solicitud del sindicato de medidas de salvaguardia para prevenir el trabajo no declarado por parte de los subcontratistas, entre otras demandas. La Poste tampoco se enfrentó a ninguna multa. En marzo de 2022, un sindicato turco presentó otra demanda laboral contra Yves Rocher por violación de los derechos sindicales de los trabajadores empleados por su filial, Kosan Kozmetik.¹⁷ Yves Rocher ha planteado objeciones sobre la admisibilidad, y el caso sigue en fase previa al juicio.

La ley alemana oDDDH no establece explícitamente el derecho privado a interponer una acción civil,¹⁸ y las vías existentes en el marco del derecho civil

- 13 Ley 2017-399 del 27 de marzo de 2017 relativa al devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, [Ley 2017-399, de 27 de marzo de 2017, sobre el Deber de Vigilancia de las sociedades matrices y ordenantes], DIARIO OFICIAL ELECTRONIQUE AUTHENTIFIÉ (BOLETÍN OFICIAL EN LÍNEA DE FRANCIA), 28 de marzo de 2017, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626?r=r4oZB6BaoU> [<https://perma.cc/Y68Z-5YZM>].
- 14 Proyecto de Gabinete, Bundestag alemán: Impresos [BT] 19/30505 (Alemania), <https://dserv.bundestag.de/btd/19/305/1930505.pdf> [<https://perma.cc/7BPD-BVN6>].
- 15 Tribunal Judiciaire de Paris [TJ] [Judicial Court of Paris], soc., Dec. 5, 2023, RG21/15827, https://www.wilawnetwork.com/wp-content/uploads/2023/12/sudpttlaposte_jugement_ddv_5_dec_2023.pdf [<https://perma.cc/WD3Y-WUAH>].
- 16 Arnaud Dumourier, La Poste ordenó reforzar su deber de diligencia, un estreno, LE MONDE DU DROIT (6 de diciembre de 2023), <https://www.lemondedudroit.fr/decryptages/90272-laposte-condamnee-a-renforcer-son-devoir-de-vigilance-une-premiere.html> [<https://perma.cc/SMW7-2VJQ>].
- 17 Comunicado de prensa, Sherpa, Libertad sindical y derechos de los trabajadores en Turquía: Yves Rocher demandado ante los tribunales (23 de marzo de 2022), <https://www.asso-sherpa.org/libertesyndicale-et-droit-des-travailleurs-et-travailleuses-en-turquie-yves-rocher-assigne-en-justice> [<https://perma.cc/VNS9-VQXW>].
- 18 Véase, por ejemplo, INICIATIVA LIEFERKETTENGESETZ, PREGUNTAS FRECUENTES SOBRE LA LEY DE DEBIDA DILIGENCIA EN LA CADENA DE SUMINISTRO DE ALEMANIA 16 (2021), <https://lieferkettengesetz.de/wp-content/uploads/2021/11/Initiative->

alemán dificultan que las partes perjudicadas puedan exigir responsabilidades a una empresa ante los tribunales alemanes.¹⁹ La autoridad supervisora de la ley de diligencia debida, la Oficina Federal Alemana de Economía y Control de las Exportaciones (en adelante BAFA), abrió una investigación sobre las empresas alemanas vinculadas al trabajo forzoso en el sector del transporte por carretera de la UE después de que los trabajadores migrantes de Europa del Este y Asia Central se declararan en huelga en Gräfenhausen, Alemania, en 2023.²⁰ En mayo de 2024, el sindicato United Auto Workers presentó una denuncia ante la BAFA alegando que Mercedes Benz presionó ilegalmente a los trabajadores de su planta automovilística en Alabama para que rechazaran el sindicato, lo que de hecho supuso una derrota para el UAW.²¹ La denuncia sigue pendiente y aún no se ha tomado ninguna medida al respecto.

Reconocemos que las leyes sobre derechos humanos tienen un impacto positivo menos visible. Es probable que algunas empresas se tomen en serio estas obligaciones legales, hayan desarrollado sistemas adecuados para identificar y evaluar los riesgos en materia de derechos humanos, hayan tomado las medidas necesarias para prevenir los abusos laborales o hayan intervenido rápidamente ante sus filiales o proveedores para poner fin a los abusos cuando se han producido y hayan establecido mecanismos para evitar que se repitan. Sin embargo, incluso en los casos de empresas multinacionales proactivas, estas siguen siendo las impulsoras del proceso, y no los titulares de los derechos.

Como han observado muchos académicos, existe una tensión fundamental en lo que realmente se pretende con el DDDH. Como observó Anne Trebilcock, exasesora jurídica de la OIT, «existe una tensión inherente al uso de un

Lieferkettengesetz_FAQ-English.pdf [https://perma.cc/62CT-W245].

- 19 Miriam Saage-Maass, *Contra todo pronóstico: Opciones para el litigio transnacional de los trabajadores contra las violaciones de derechos en las cadenas globales de valor*, 1 GLOB. LAB. RTS. REP. 18, 21-24 (2021).
- 20 Comunicado de prensa, Federación Europea de Trabajadores del Transporte, Los huelguistas de Gräfenhausen demuestran que la rendición de cuentas en la cadena de suministro es posible gracias a la solidaridad de los trabajadores (3 de octubre de 2023), <https://www.etf-europe.org/grafenhausen-strikers-demonstrate-that-supply-chain-accountability-is-possible-through-workers-solidarity/> https://perma.cc/U5PR-NCFS].
- 21 Ian Kullgren, Los sindicatos estadounidenses pueden usar una nueva arma mientras Europa ataca a los infractores laborales, BLOOMBERG L., (20 de junio de 2024), <https://news.bloomberglaw.com/daily-labor-report/us-unionscan-wield-new-weapon-as-europe-targets-labor-violators> [https://perma.cc/8J3L-SGCV].

sistema que fue concebido esencialmente con la idea de evitar la responsabilidad y el riesgo como uno que se supone que refuerza el respeto por los derechos humanos». ²² Otros, como Jonathan Bonnitcha y Robert McCorquodale, también han señalado los objetivos duales y contradictorios de la DDDH:

Los abogados especializados en derechos humanos y los empresarios suelen entender el concepto de diligencia debida de manera diferente... Los abogados especializados en derechos humanos entienden la «diligencia debida» como una norma de conducta necesaria para cumplir una obligación, mientras que los empresarios suelen entenderla como un proceso para gestionar los riesgos empresariales. Los Principios Rectores invocan ambos significados del término en diferentes momentos, sin reconocer que se trata de dos conceptos muy diferentes y sin explicar cómo se relacionan entre sí en el contexto de las empresas y los derechos humanos. ²³

Estas tensiones y ambigüedades inherentes y sin resolver dejan margen para la controversia sobre cuál es realmente la finalidad de la DDDH, tensiones que se manifiestan plenamente en la DDDSE. Como se explica a continuación, el resultado final es una ley que refleja tanto el enfoque «procesal» de la DDDH como el enfoque basado en el estándar de diligencia.

290

En nuestra opinión, la mejor manera de proteger los derechos de los trabajadores en las cadenas de suministro mundiales es promover el derecho a la libertad de asociación y a la negociación colectiva. De hecho, los representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores llegaron a esta conclusión en 1919²⁴ con la creación de la OIT y reafirmaron esta opinión 100 años después

22 Anne Trebilcock, *Debida diligencia en cuestiones laborales: oportunidades y límites de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos*, en *MANUAL DE INVESTIGACIÓN SOBRE DERECHO LABORAL TRANSNACIONAL* 93, 107 (Adelle Blackett y Anne Trebilcock eds., 2015).

23 Jonathan Bonnitcha y Robert McCorquodale, *El concepto de «debida diligencia» en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos*, 28 *FUR. J. INT'L L.* 899, 900-01 (2017).

24 Véase OIT, *CONSTITUCIÓN DE LA OIT*, Preámbulo (1919), (“Y considerando que existen condiciones de trabajo que implican tal injusticia, penurias y privaciones para un gran número de personas que producen tal malestar que ponen en peligro la paz y la armonía mundial; y que se requiere urgentemente una mejora de dichas condiciones, como, por ejemplo, mediante el reconocimiento del principio de la libertad sindical” y “Considerando también que el hecho de que una nación no adopte condiciones de trabajo humanas constituye un obstáculo para otras naciones que desean mejorar las condiciones en sus propios países”), disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO [perma.cc/JKV3-4T2U].

con la Declaración del Centenario de la OIT sobre el futuro del trabajo.²⁵ Los trabajadores afiliados a un sindicato son los más indicados para identificar y evaluar los posibles efectos adversos sobre los derechos laborales. Además, estas cuestiones pueden abordarse de manera eficaz mediante la negociación colectiva de buena fe, tanto a nivel nacional como transfronterizo.²⁶

En la medida en que los procesos de DDDH, incluido el DDDSE, puedan facilitar el diálogo y, en última instancia, conducir a la negociación colectiva entre las empresas multinacionales y sus trabajadores, los trabajadores de sus filiales o franquiciados, o los trabajadores empleados por sus proveedores y subcontratistas, entonces puede haber un valor muy real para el DDDH y el DDDSE. Sin embargo, en los más de diez años transcurridos desde la aparición de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, no hemos visto un aumento correspondiente en la densidad sindical y la cobertura de la negociación colectiva.²⁷ Esperamos que la nueva obligación legal de consultar a los sindicatos que figura en el artículo 13 de la DDDSE, que se analiza más adelante, conduzca de hecho a una mayor participación significativa de los sindicatos en todas las cadenas de suministro, a un aumento correspondiente de la cobertura de la negociación colectiva y, como resultado, a una disminución de los abusos de los derechos laborales, incluidos los derechos cubiertos por los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT, entre otros.²⁸ Solo el tiempo lo dirá.

- 25 Véase OIT, DECLARACIÓN DEL CENTENARIO PARA EL FUTURO DEL TRABAJO 3, 5 (2019) (II.A.(xii): “En el cumplimiento de su mandato constitucional, teniendo en cuenta las profundas transformaciones en el mundo del trabajo y desarrollando aún más su enfoque centrado en el ser humano para el futuro del trabajo, la OIT debe dirigir sus esfuerzos a: garantizar que las diversas formas de organización del trabajo, los modelos de producción y de negocio, incluso en las cadenas de suministro nacionales y mundiales, aprovechen las oportunidades de progreso social y económico, proporcionen trabajo decente y propicien el empleo pleno, productivo y libremente elegido”), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711674.pdf [https://perma.cc/BRN7-ADUP].
- 26 Véase, por ejemplo, OIT, Diálogo social transfronterizo, MECBSD/2019 (12-15 de febrero de 2019), https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@dialogue/documents/meetingdocument/wcms_663780.pdf [https://perma.cc/745V-PAS6].
- 27 OIT, INFORME SOBRE EL DIÁLOGO SOCIAL 2022: NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA UNA RECUPERACIÓN INCLUSIVA, SOSTENIBLE Y RESILIENTE 120-21 (2022) (se concluye que, durante el período de 2008 a 2019, incluyendo a los trabajadores asalariados, por cuenta propia y jubilados, la densidad sindical general disminuyó del 12,3 % al 11,2 %).
- 28 ILAW NETWORK & EQUAL RIGHTS TRUST, UNA PROMESA NO REALIZADA: EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO Y EL EMPLEO (2024), <https://www.ilawnetwork.com/wp-content/uploads/2024/03/ISSUE-BRIEF-A-Promise-Not-Realized.pdf> [https://perma.cc/GBN2-8ULS].

II. UN ANÁLISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE UNA PERSPECTIVA LABORAL

Tomamos como nuestro punto de referencia fundamental los Principios Rectores de las Naciones Unidas²⁹

1. Objeto

El artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva establece normas para las empresas en relación con los «efectos adversos sobre los derechos humanos», potenciales o reales, en lo que respecta a sus propias operaciones, las operaciones de sus filiales y las operaciones realizadas por sus «socios comerciales» en las «cadenas de actividades» de dichas empresas.

La definición de «impacto adverso en los derechos humanos» del artículo 3(c) elimina la referencia a las «violaciones» de derechos que figuraba en la propuesta de la Comisión de 2022 y adopta en su lugar el concepto de «abuso» de los derechos humanos. Se trata de un cambio positivo, ya que el término «abuso» en el derecho internacional de los derechos humanos se refiere a la conducta de cualquier actor, privado o de otro tipo, mientras que el término «violación» se refiere normalmente a la conducta atribuible a los Estados.³⁰ Sin embargo, los derechos humanos cubiertos por esta definición, tal y como se establecen en el anexo, son demasiado restrictivos en al menos un aspecto importante relacionado con el trabajo. El término abarca los ocho principios y derechos fundamentales en el trabajo originales de la OIT, incluido explícitamente el derecho de huelga. Sin embargo, no hace referencia a los instrumentos pertinentes de la OIT en materia de seguridad y salud en el trabajo, a saber, los Convenios 155 y 187, que se convirtieron en convenios fundamentales en 2022.³¹ El artículo 32 del resumen

29 Véase también CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL [CSI], HACIA LA DEBIDA DILIGENCIA OBLIGATORIA EN LAS CADENAS DE SUMINISTRO GLOBALES (2020) (que refleja una visión sindical ampliamente compartida sobre la debida diligencia efectiva en materia de derechos humanos), https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/duediligence_global_supplychainsen.pdf [<https://perma.cc/YT9P-QNF2>].

30 Pero véase Andrew Clapham, Protección de los civiles bajo el derecho internacional de los derechos humanos, en PROTECTION OF CIVILIANS 146 (H. Willmot, R. Mamiya, S. Sheeran, M. Weller eds., 2016).

31 Comunicado de prensa, OIT. La Conferencia Internacional del Trabajo añade la seguridad y la salud a su 214.º Vol. 57, Principios y derechos fundamentales en el trabajo, (10 de junio de 2022), <https://www.ilo.org/resource/news/ilc/110/international-labour-conference-adds-safety-and-health-fundamental> [<https://perma.cc/GR7P-5NCU>].

explica que «la Comisión debería estar facultada para adoptar actos delegados con el fin de modificar el anexo I añadiendo la referencia al Convenio de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo, 1981 (núm. 155), y al Marco de promoción de la seguridad y la salud en el trabajo de la OIT, de 2006 (núm. 187), una vez que todos los Estados miembros lo hayan ratificado».³² Sin embargo, todos los Estados miembros de la OIT tienen la obligación inmediata de «respetar, promover y hacer realidad» los principios de esos dos convenios, independientemente de su ratificación.³³ Dado el alto riesgo de lesiones y enfermedades profesionales en las cadenas de suministro mundiales, resulta problemático aplazar la inclusión de este derecho fundamental hasta una fecha futura incierta.³⁴ La ausencia del convenio más reciente de la OIT, el Convenio 190 sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, también es decepcionante.³⁵ En el lado positivo, el anexo incluye un «salario digno adecuado para los trabajadores por cuenta ajena y unos ingresos dignos adecuados para los trabajadores por cuenta propia y los pequeños agricultores» en el contexto del derecho a disfrutar de condiciones de trabajo justas y favorables. Sin duda, esto corresponde a una decisión reciente de la OIT de adoptar una definición del término «salario digno».³⁶

El término «socio comercial» se define en el artículo 3, letra f), como una entidad «con la que la empresa tiene un acuerdo comercial relacionado con las operaciones, los productos o los servicios de la empresa, o a la que la empresa

32 Directiva 2024, supra nota 5, en el art. 32.

33 OIT, DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO, Art. 2 (1998) (enmendado en 2022), <https://www.ilo.org/ilo-declaration-fundamental-principles-and-rightswork/about-declaration/text-declaration-and-its-follow> [<https://perma.cc/S5WJ-DVHD>].

34 De hecho, el derrumbe del edificio Rana Plaza en Savar, Bangladesh, en 2013, que causó la muerte de más de 1.100 trabajadores y heridas al doble, dio urgencia a la aplicación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas y aceleró la adopción de leyes como la Ley francesa sobre el deber de vigilancia.

35 Convenio de la OIT sobre la Violencia y el Acoso (núm. 190), 21 de junio de 2019, 3444 U.N.T.S. 3, disponible en https://nonnlex.ilo.org/dyn/nnnlexen/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILOCODE:C190 [<https://perma.cc/N73N-CEAQ>]. Los instrumentos de derechos humanos que prohíben ampliamente la discriminación no se incluyeron en el Anexo, ya que no han sido ratificados por todos los Estados miembros, incluida la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Sin embargo, la discriminación en la ocupación y el empleo por motivos de sexo o raza está prohibida por el Convenio 111 de la OIT.

36 La OIT llega a un acuerdo sobre la cuestión de los salarios dignos, OIT, (15 de marzo de 2024), <https://www.ilo.org/resource/news/ilo-reaches-agreement-issue-living-wages> [<https://perma.cc/8TBS-K7LR>].

presta servicios», o «que no es un socio comercial directo, pero que realiza operaciones comerciales relacionadas con las operaciones, los productos o los servicios». Se trata de una mejora con respecto al artículo 3 de la propuesta de la Comisión de 2022, que se refería a una «relación comercial establecida», definida como «una relación comercial, ya sea directa o indirecta, que es o se espera que sea duradera, habida cuenta de su intensidad o duración, y que no representa una parte insignificante o meramente auxiliar de la cadena de valor». Esta nueva definición amplía el alcance más allá de aquellas entidades con las que la empresa ha mantenido una relación a largo plazo en virtud de la propuesta de la Comisión, que probablemente solo habría cubierto a algunos proveedores de nivel 1.

El término «cadena de actividades» también es un concepto nuevo en la DDDSE y se refiere a las actividades de los socios comerciales en las fases iniciales (hacia el productor) y finales (hacia el consumidor). Aunque es amplio, el concepto no abarca necesariamente todas las actividades relevantes en las cadenas de suministro globales. Quedan excluidas de la definición algunas actividades posteriores en las que podrían producirse abusos de los derechos laborales, como el uso y la eliminación de productos (por ejemplo, el desguace de buques) o la entrega de mercancías a través de un tercero. También se excluyen de la lista de actividades posteriores la distribución, el transporte y el almacenamiento de armas, municiones y material bélico. Esto resulta especialmente problemático, dado el alto riesgo de impactos negativos sobre los derechos humanos relacionados con la venta de armas.³⁷

Además, no estamos seguros de hasta qué punto los trabajadores de la economía informal, más del 60 % de la fuerza laboral mundial total, es decir, 2000 millones de personas,³⁸ entran en el ámbito de aplicación de la DDDSE. Si bien es cierto que muchos de los que trabajan en la economía informal producen

37 Véase, por ejemplo, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Empresariales, Conducta empresarial responsable en el sector armamentístico: Garantizar una práctica empresarial conforme a los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, pág. 7 (2022) (recomendando que los Estados «Introduzcan legislación obligatoria sobre derechos humanos y desarrollo de los derechos humanos con obligaciones reforzadas en materia de derechos humanos para el sector armamentístico»), <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-08/BHR-Arms-sector-info-note.pdf> [<https://perma.cc/K5B6-UBDZ>].

38 OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, MUJERES Y HOMBRES EN LA ECONOMÍA INFORMAL: UN PANORAMA ESTADÍSTICO 1 (3.ª ed., 2018), disponible en https://www.ilo.org/sites/default/files/2024-04/Women_menininformal_economy_statisticalpicture.pdf [<https://perma.cc/S2XC-W6MJ>].

bienes o prestan servicios únicamente para los mercados locales, muchos otros también están integrados en las cadenas de suministro mundiales.³⁹ Pueden ser, por ejemplo, trabajadores a domicilio que fabrican insumos para procesos de fabricación formales o trabajadores agrícolas que cosechan cultivos que pueden ser procesados antes de ser exportados. Si bien podría decirse que estos trabajadores forman parte de las operaciones llevadas a cabo por los socios comerciales dentro de la cadena de actividades, es necesario aclarar este punto. El resumen no hace ninguna mención a los trabajadores de la economía informal.

Además, los párrafos 26, 51 y 61 del resumen estipulan que las empresas financieras solo están obligadas a llevar a cabo la DDDH en sus propias operaciones y en las operaciones ascendentes, eximiendo así a estas instituciones de las obligaciones relacionadas con sus operaciones descendentes. Es fundamental señalar que estas operaciones descendentes incluyen actividades de inversión y préstamo. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas no establecen ninguna excepción para el sector financiero y se aplican por igual a los inversores institucionales, que están obligados a llevar a cabo la diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar los riesgos y repercusiones adversas para los derechos humanos en sus carteras.⁴⁰ El mecanismo de revisión integrado en la DDDSE exige a la Comisión Europea que elabore un informe sobre la necesidad de establecer requisitos adicionales de diligencia debida para las empresas financieras reguladas en un plazo de dos años. Dicha revisión será un momento importante para armonizar la DDDSE con los UNGP en lo que se refiere al sector financiero.

El artículo 1(1)(b) exige a los Estados miembros que establezcan normas sobre la responsabilidad por los efectos adversos sobre los derechos humanos, y el artículo 1(1)(c), que es nuevo, incluye la obligación de las empresas de «adoptar y poner en práctica un plan de transición para la mitigación del cambio climático

39 Véase OIT, TRABAJO DESDE CASA: DE LA INVISIBILIDAD AL TRABAJO DECENTE (Ginebra, 2021), disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_protect/-protrav/--travail/documents/publication/wcms_765806.pdf [<https://perma.cc/S649-KDEG>]; Jenna Harvey, Trabajadores a domicilio en las cadenas globales de suministro: Una revisión de la literatura, DOCUMENTO DE RECURSOS DE WIEGO N.º 11 (2019).

40 Mira, Shannon Osaka, la Tierra superó un temido nivel de calentamiento durante el último año. ¿Estamos condenados? WASH. POST, (8 de febrero de 2024) (informando que «Durante los últimos 12 meses, la Tierra estuvo 1,5 grados Celsius más alta que en la época preindustrial... cruzando una barrera crítica hacia temperaturas nunca antes experimentadas por las civilizaciones humanas»).

que tenga por objeto garantizar, mediante los mejores esfuerzos, la compatibilidad del modelo de negocio y la estrategia de la empresa con la transición hacia una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 °C». Se trata de una inclusión importante, a pesar de que el objetivo de 1,5 °C ya se superó en 2024.⁴¹ Sin embargo, la DDDSE perdió una importante oportunidad de incorporar en el texto el concepto, aceptado a nivel mundial, de transición justa.⁴² Este concepto, que tiene su origen en el movimiento obrero,⁴³ exigiría a las empresas negociar colectivamente con los sindicatos y otras organizaciones representativas de los trabajadores las prácticas y estrategias de las empresas para mitigar y adaptarse al calentamiento global.⁴⁴

Es importante destacar que los artículos 1(2) y 1(3) establecen que la DDDSE no debe afectar negativamente, de forma involuntaria o no, a los derechos laborales y los convenios colectivos existentes.

2. Alcance

El artículo 2, apartado 1, letra a), establece un umbral mínimo de 1000 empleados de media y un volumen de negocios neto global superior a 450 millones de euros para entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva. En virtud del artículo 2, apartado 2, la DDDSE también aplica los criterios monetarios mínimos a las empresas multinacionales con sede fuera de la UE, 450 millones de euros, independientemente de si esa cantidad se generó en la UE o por la sociedad matriz última de un grupo de grupos que cumple el umbral sobre una base consolidada. Se trata de un retroceso significativo en comparación con la propuesta de la Comisión de 2022, que establecía un umbral mínimo de 500

41 Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, Resumen para expertos en políticas, en CAMBIO CLIMÁTICO 2023: INFORME DE SÍNTESIS. CONTRIBUCIÓN DE LOS GRUPOS DE TRABAJO 1, II Y III AL SEXTO INFORME DE EVALUACIÓN DEL PANEL INTERGUBERNAMENTAL SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO, págs. 1-34, B.1.1 (H. Lee y J. Romero, eds., 2023).

42 OIT, DIRECTRICES PARA UNA TRANSICIÓN JUSTA HACIA ECONOMÍAS Y SOCIEDADES AMBIENTALMENTE SOSTENIBLES PARA TODOS (Ginebra, 2015), en línea en <https://www.ilo.org/publications/guidelines-justtransition-towards-environmentally-sustainable-economies> [<https://perma.cc/BW4M-W74R>].

43 Todd Vachon, Marcos de Transición Justa en el Contexto del Movimiento Laboral Estadounidense, en MANUAL DE ESTUDIOS AMBIENTALES Y LABORALES, 107 (Nora Rithzel, Dimitris Stevis y David Uzzell (eds., 2021).

44 OIT, supra nota 45.

empleados de media y una facturación neta global superior a 150 millones de euros, lo que supone duplicar el número de empleados y triplicar la facturación neta. Este aumento fue una de las principales concesiones realizadas a principios de 2024 para convencer a los Estados miembros de la UE que se resistían.⁴⁵ Según la Coalición Europea por la Justicia Corporativa (ECCJ), los umbrales más altos significan que menos del 0,05 % de las empresas con sede en la UE estarán cubiertas por esta Directiva.⁴⁶

El umbral inferior de 250 empleados y 40 millones de euros de facturación neta global para las empresas de sectores de mayor riesgo, como el textil y el calzado, la agricultura, la silvicultura y la pesca, y la minería, que figuraba en la propuesta de la Comisión de 2022, se ha abandonado por completo en la DDDSE. Como ya explicamos anteriormente,⁴⁷ el concepto de sector de alto riesgo era problemático, ya que los tres sectores enumerados no eran los únicos que presentaban un alto riesgo de impactos adversos sobre los derechos humanos en las cadenas de valor globales. Además, las empresas de esos tres sectores solo estaban obligadas a identificar y evaluar los impactos adversos graves, potenciales y reales, sobre los derechos humanos. Lamentablemente, como se explica a continuación, la DDDSE marca un cambio hacia la limitación de ciertas obligaciones a los impactos graves para todas las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva.

Un aspecto positivo es la inclusión, en el artículo 2(1)(c), de las empresas que han celebrado acuerdos de franquicia o licencia en los que el acuerdo de franquicia garantiza una identidad común, un concepto empresarial común y métodos empresariales uniformes, y en los que dichas empresas obtienen más de 22,5 millones de euros en regalías y más de 80 millones de euros en facturación global. La inclusión de las empresas en acuerdos de franquicia es significativa, especialmente teniendo en cuenta los graves abusos de los derechos laborales

45 Jack Shickler, Bélgica triplica los umbrales de diligencia debida corporativa en un intento por cerrar un acuerdo de última hora, EURONEWS, (14 de marzo de 2024), <https://www.euronews.com/green/2024/03/14/exclusivebelgium-triples-corporate-due-diligence-thresholds-in-bid-for-last-ditch-deal> [https://perma.cc/HCD4-M7QV].

46 Comunicado de prensa, Coalición Europea para la Justicia Corporativa, REACTION DDDSE. El respaldo nos acerca un 0,05 % a la justicia corporativa (15 de marzo de 2024), <https://corporatejustice.org/news/reaction-DDDSE-endorsement-brings-us-0-05-closer-to-corporatejustice/> [https://perma.cc/PN4U-EPTL].

47 Vogt et. al., *supra* nota 5.

en sectores altamente franquiciados como el de la hostelería.⁴⁸ Sin embargo, no está claro cómo se fijaron los umbrales monetarios y cuántas empresas quedarán ahora cubiertas como resultado de ello.

Además, la DDDSE ha incluido varias excepciones y aclaraciones nuevas. El artículo 2(3) ofrece orientación sobre cómo contabilizar a los empleados a efectos de alcanzar el umbral mínimo. Al igual que antes, los empleados a tiempo parcial se calculan sobre la base de un equivalente a tiempo completo. El artículo 2, apartado 4, de la DDDSE ha añadido una disposición que prevé la inclusión de los trabajadores temporales, los trabajadores estacionales y los trabajadores con formas de empleo atípicas, aunque solo siempre que se determine que son trabajadores según el criterio establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esta cláusula suscita cierta preocupación. En el caso más reciente del TJUE sobre esta cuestión, *B contra Yodel Delivery Network Ltd.*, asunto C-692/19 (22 de abril de 2020), la resolución del Tribunal plantea dudas sobre si el término «trabajador» se aplica a las personas contratadas a través de plataformas digitales, en particular cuando el contrato otorga al trabajador la facultad discrecional de recurrir a subcontratistas o sustitutos para realizar el trabajo. Por lo tanto, la adición de esta cláusula puede excluir a trabajadores que deberían ser considerados como tales.

298

3. Diligencia debida en materia de derechos humanos

El artículo 5 establece el marco procedimental por el que las empresas deben llevar a cabo la diligencia debida en materia de derechos humanos, que se desarrolla con más detalle en los artículos 6 a 12.

1. Identificación y evaluación de impactos adversos reales y potenciales

El artículo 5(1)(b) establece que las empresas deben llevar a cabo una diligencia debida basada en el riesgo en materia de derechos humanos y medio ambiente «identificando y evaluando los impactos adversos reales o potenciales de conformidad con el artículo 8 y, cuando sea

48 Comunicado de prensa, Federación Europea de Sindicatos de Alimentación, Agricultura y Turismo El acuerdo político sobre diligencia debida marca una nueva era en la lucha contra la impunidad corporativa (18 de diciembre de 2023), disponible en <https://effat.org/in-the-spotlight/political-deal-on-due-diligence-sets-a-new-era-in-the-fight-against-corporate-impunity/> [https://perma.cc/C4Y3-8MXH].

necesario, priorizando los impactos adversos reales y potenciales de conformidad con el artículo 9».

El artículo 8(1) establece que las empresas tomarán las «medidas adecuadas» para identificar y evaluar los impactos adversos reales y potenciales derivados de sus propias operaciones o de las de sus filiales y, cuando estén relacionados con su «cadena de actividades», los de sus «socios comerciales». Es preocupante la adición del artículo 8(2), que en su apartado (2)(a) establece que las empresas deben cartografiar sus operaciones y las de sus filiales y socios comerciales «con el fin de identificar las áreas generales en las que es más probable que se produzcan impactos adversos y que estos sean más graves». Sobre la base de ese mapeo, se supone que la empresa debe realizar una evaluación en profundidad, de conformidad con el apartado b) del párrafo 2, «en las áreas en las que se haya identificado que es más probable que se produzcan impactos adversos y que estos sean más graves». Este texto retoma la redacción del artículo 6, apartado 2, del proyecto de la Comisión de 2022, que estaba destinado únicamente a los sectores de alto riesgo y ahora se aplica de manera general. No hay fundamento en los Principios Rectores de las Naciones Unidas para limitar la obligación de las empresas a identificar y evaluar únicamente los impactos adversos potenciales y reales que sean más probables y graves. Si bien las empresas multinacionales pueden priorizar la forma de abordar los impactos potenciales y reales sobre los derechos humanos en función del grado de gravedad, es un error permitir que las empresas multinacionales identifiquen y evalúen los riesgos únicamente en función de su gravedad. De este modo, las empresas multinacionales pasarán por alto o podrán ignorar muchos riesgos relacionados con los derechos humanos.

Una preocupación relacionada es cómo se interpretará el término «impacto adverso grave» y quién lo hará. La definición que figura en el artículo 3, apartado 1, se basa en la definición de la propuesta de la Comisión de 2022, que era en general coherente con la definición de impactos graves sobre los derechos humanos de los Principios Rectores de las Naciones Unidas,⁴⁹ que se centra en la escala, el alcance y lo

49 Véase el glosario, U.N. HUM, RTS. REP. FRAMEWORK, <https://www.ungpreporting.org/glossary/severe-human-rights-impact/> [<https://perma.cc/YDC8-MZ66>] (última visita: 2 de enero

irremediable. La DDDSE añade la cláusula «como un impacto que suponga un daño a la vida, la salud y la libertad humanas». Si bien no limita el concepto a esas tres categorías, establece un listón muy alto para interpretar el término «grave» según el principio de *ejusdem generis*.

Como se explica en nuestro análisis de la propuesta de la Comisión de 2022, una violación común de los derechos humanos que sufren los trabajadores es la discriminación antisindical. A menudo, el despido de activistas sindicales desalienta los esfuerzos por formar y afiliarse a un sindicato, no solo por parte de los despedidos, sino también de cualquier otro trabajador que tenga conocimiento de las represalias. No está claro si una empresa multinacional considerará el riesgo de despido antisindical como un impacto adverso «grave», ya que no afecta directamente a la vida, la salud y la libertad (aunque pueden producirse daños de este tipo si se priva a los trabajadores de su voz colectiva en el trabajo). Por lo tanto, queda por ver si una empresa multinacional considerará «graves» las violaciones potenciales y reales del derecho a la libertad de asociación y a la negociación colectiva. En relación con esto, no está claro si una autoridad o tribunal nacional consideraría que el hecho de no identificar y evaluar esos riesgos constituye una violación de la DDDSE.

El artículo 8(3) mantiene la propuesta de la Comisión de 2022, según la cual las empresas tienen derecho a utilizar información para identificar y evaluar los impactos adversos mediante la consulta de informes independientes y mecanismos de denuncia a nivel de la empresa. Se elimina la referencia a las consultas con las partes interesadas, que ahora figura en un artículo independiente, y en su lugar se hace referencia, en el artículo 8(4), a dar prioridad a la información procedente directamente de los socios comerciales en los casos en que sea más probable que se produzcan impactos adversos.

El artículo 9 es un nuevo artículo que se basa en el enfoque adoptado en el artículo 8, en el que se insta a las empresas, cuando no puedan prevenir, mitigar, poner fin o minimizar todos los impactos adversos identificados, a dar prioridad a las medidas en función de la gravedad

de 2025).

y la probabilidad de los impactos adversos. Solo después de haber abordado estos debería la empresa ocuparse de los impactos menos graves y menos probables.

2. Prevención de posibles impactos adversos

El artículo 10, apartado 1, establece que las empresas tomarán las medidas adecuadas para prevenir o minimizar los efectos adversos sobre los derechos humanos que deberían haberse identificado en virtud del artículo 8 y de conformidad con el artículo 9. La DDDSE añade a la propuesta de la Comisión de 2022 tres factores que deben tenerse en cuenta a la hora de adoptar las medidas adecuadas, entre los que se incluyen 1.a) si el posible impacto negativo puede ser causado únicamente por la empresa; causado conjuntamente por la empresa y su filial o socio comercial, o si puede ser causado únicamente por el socio comercial de la empresa en la cadena de actividades; 1(b) si el posible impacto adverso puede producirse en las operaciones de la filial, el socio comercial directo o el socio comercial indirecto; y 1(c) la capacidad de la empresa para influir en el socio comercial que puede causar o causar conjuntamente el posible impacto adverso.

El artículo 10, apartado 2, letra a), enumera las medidas adecuadas que se adoptarán cuando sea pertinente. El artículo 10, apartado 2, letra a), prevé la elaboración de planes de acción preventivos para casos complejos con plazos razonables y claramente definidos. Una novedad de la DDDSE es una disposición que permite a las empresas elaborar estos planes de acción en cooperación con la industria o con iniciativas de múltiples partes interesadas (en adelante MPI). Sin embargo, existe una gran variedad en la calidad de las iniciativas de la industria y las MPI en el ámbito de los negocios y los derechos humanos, y muchas de ellas no cuentan con representación sindical o esta es limitada.⁵⁰ Tenemos serias reservas sobre la dependencia de

50 Ver no ajustar por uso: el gran experimento de las iniciativas de múltiples partes interesadas en responsabilidad corporativa, derechos humanos y gobernanza global en P4, MSI Integrity, (Julio de 2020), <https://www.msi-ingrity.org/not-fit-for-purpose/> [https://perma.cc/g384-SQBM] (encontrar “Las MSI no son herramientas efectivas para responsabilizar a las corporaciones abusos, proteger a los titulares de derechos contra las violaciones de los derechos humanos, o proporcionar sobrevivientes y víctimas con acceso al remedio. Mientras que las MSI pueden ser lugares importantes y necesarios para el aprendizaje, el diálogo y la construcción de confianza entre corporaciones y otras partes interesadas que a veces pueden conducir a resultados de los derechos positivos, no deben confiar en los que se deben confiar en La protección de los derechos

las MPI en las EMN para elaborar planes de acción preventivos para los trabajadores y los sindicatos. El artículo 20, apartado 4, intenta abordar esta preocupación exigiendo a las empresas que evalúen la idoneidad y supervisen la eficacia de las medidas desarrolladas con las MPI. Además, explica que la Comisión Europea y los Estados miembros publicarán directrices en las que se establecerán criterios de idoneidad y una metodología para evaluar la idoneidad de las iniciativas de la industria o de las MPI. publicarán directrices en las que se establecerán criterios de idoneidad y una metodología para evaluar la idoneidad de las iniciativas de la industria o de las MPI. Lamentablemente, la DDDSE no establece ninguna fecha para la publicación de dichas directrices, y no está claro cuál será su contenido. Además, sigue sin estar claro cuán rigurosos serán los organismos nacionales de supervisión o los tribunales a la hora de evaluar la idoneidad de las iniciativas de la industria y las MPI, las medidas adoptadas como resultado de ello o la razonabilidad de la confianza de las empresas multinacionales en dichas medidas. En cuanto a los posibles impactos en los derechos laborales, los sindicatos, ya sean a nivel nacional, regional o internacional, y no las iniciativas de la industria o las MPI, son los más indicados para aportar ideas sobre la formulación de un plan adecuado.⁵¹

El artículo 10, apartado 2, letra b), exige que las empresas soliciten garantías contractuales a sus socios comerciales directos de que cumplirán el código de conducta de la empresa y, cuando sea necesario, un plan de acción preventivo. El artículo 10, apartado 4, permite a la empresa solicitar garantías contractuales a sus socios comerciales indirectos cuando los posibles efectos adversos no puedan mitigarse adecuadamente mediante las medidas descritas en el artículo 10, apartado 2, relativas a los socios comerciales directos. Es de suponer

humanos. Simplemente no son aptos para este propósito “). Integridad MSI anotados dos defectos fundamentales: 1) Las MSI no están centradas en los derechos y 2) las MSI no han El poder corporativo restringido fundamentalmente o abordó los desequilibrios de energía que impulsan abuso.

- 51 Ver, por ejemplo, ITF Orientación marítima de la debida diligencia de derechos humanos, trabajadores de transporte, (julio de 2023), https://www.itfglobal.org/sites/default/files/node/resources/files/itfDDDH_Guía.pdf [<https://perma.cc/3utj-wkv6>] (ofreciendo un enfoque centrado en el trabajador a DDDH en la industria),

que esta disposición se redactó con el fin de acortar la cadena de valor. De conformidad con el artículo 10, apartado 5, las garantías contractuales, ya sean en virtud del apartado 2 o del apartado 4, irán acompañadas de las medidas adecuadas para verificar su cumplimiento. Dichas garantías contractuales podrán ser verificadas por un «tercero independiente, incluso a través de iniciativas del sector o de múltiples partes interesadas». Una vez más, a la luz de las numerosas pruebas que demuestran que muchas de estas iniciativas no son adecuadas para su propósito y a menudo no logran identificar los posibles efectos adversos sobre los derechos laborales, nos preocupa seriamente que las empresas multinacionales externalicen sus responsabilidades a un auditor externo o a una iniciativa multisectorial.⁵²

Hay adiciones importantes y positivas al artículo 10 que merecen ser mencionadas. Quizás la adición más significativa sea la inclusión del apartado 10(2)(d), que exige a las empresas, cuando sea pertinente, realizar las modificaciones o mejoras necesarias en su propio plan de negocios, estrategias generales y operaciones, incluidas las prácticas de compra, diseño y distribución. Las prácticas de compra pueden ser un factor importante que contribuya a los abusos laborales que, en última instancia, comete un socio comercial en una cadena de suministro global.⁵³ Si esta disposición se transpone de manera efectiva a la legislación nacional, podría tener un impacto significativo en el cumplimiento de los derechos laborales. Será importante garantizar que no se trate de una simple exhortación, sino que las empresas cambien realmente sus modelos de negocio para que los proveedores no se vean tan presionados, que se vean esencialmente obligados a abusar de los derechos laborales o a subcontratar el trabajo, donde el riesgo de abusos laborales es aún mayor.⁵⁴

52 Ver, por ejemplo, obsesionado con las herramientas de auditoría, perder el objetivo: por qué las auditorías sociales no pueden arreglar abusos de los derechos laborales en las cadenas de suministro globales, Hum. RTS. Mira, (noviembre de 2022), <https://www.hrw.org/report/2022/11/15/obsessed-audit-tools-missing-goal/why-social-audits-cant-fix-laborrights-abuses> [<https://perma.cc/G8HH-8RP2>].

53 Ver, por ejemplo, pagar un boleto de autobús y esperar volar: cómo la compra de la marca de la ropa. Las prácticas impulsan los abusos del trabajo, el zumbido. RTS. Mira (abril de 2019), <https://www.hrw.org/Informe/2019/04/23/PAGO-JUS-HICKET-Y-EXPECTING-FLY/How-aparel> Drive [<https://perma.cc/a9g-fxgq>].

54 Ver, por ejemplo, Mark Anner, exprimiendo los derechos de los trabajadores en las cadenas de

El artículo 10(5) incluye texto adicional en lo que se refiere a las garantías contractuales con una PYME, concretamente que las condiciones deben ser justas, razonables y no discriminatorias, aunque el reglamento no ofrece orientación sobre el significado de estos términos. La empresa también está obligada a evaluar si, además de las garantías contractuales, debe apoyar a la PYME con el desarrollo de capacidades, la formación o la mejora de los sistemas de gestión, y a proporcionar apoyo financiero si el cumplimiento de un plan pusiera en peligro la viabilidad de la PYME.

Por último, el artículo 10, apartado 6, establece que cuando no sea posible prevenir o mitigar adecuadamente los posibles efectos adversos mediante las medidas anteriores, la empresa, como último recurso, se abstendrá de establecer nuevas relaciones o ampliar las existentes con un socio comercial en la cadena de actividades o en relación con ella. Además, si la legislación aplicable lo permite, la empresa, como último recurso, «adoptará y aplicará sin demora un plan de acción preventivo mejorado para el impacto adverso específico». La empresa utilizará la suspensión temporal de la actividad como palanca para obtener dicho plan mejorado, que incluirá plazos específicos y adecuados. Sin embargo, si no hay expectativas razonables de que estos esfuerzos tengan éxito, o si la implementación del plan fracasa, la empresa deberá poner fin a la relación comercial si el posible impacto adverso es grave. Si el impacto adverso no se considera grave, el texto no ofrece ninguna orientación. Será fundamental que las empresas puedan poner fin a sus relaciones comerciales ante abusos laborales, se consideren graves o no, si otros esfuerzos no han logrado poner fin a los impactos adversos y si la desvinculación no causaría más daño que beneficio. Sostenemos que esto debe ser determinado por los trabajadores afectados. Curiosamente, el artículo establece que una empresa puede decidir no suspender o rescindir la relación comercial, aunque el párrafo anterior establece que una empresa deberá hacerlo como último recurso. En tal caso, la empresa es libre de continuar haciendo negocios y monitorear la situación.

suministro globales: prácticas de compra en el sector de exportación de prendas de vestir de Bangladesh en una perspectiva comparativa, 27 *Revista Internacional de Economía Política* 320, (2020).

3. Poner fin a los impactos adversos reales

El artículo 11(1) exige a las empresas que adopten las medidas adecuadas para poner fin a los impactos adversos reales, citando los tres factores establecidos en el artículo 10(1). Sin embargo, el artículo 11(2) establece una excepción, al indicar que, si no es posible poner fin al impacto adverso de forma inmediata, las empresas pueden «minimizar» el alcance del impacto. Es preocupante que no se indique que la empresa debe «minimizar en la mayor medida posible». Por lo tanto, se contempla que una empresa pueda continuar una relación comercial con impactos adversos continuados sobre los derechos humanos en un grado no especificado.

Al igual que el artículo 10, el artículo 11 enumera varias medidas que la empresa deberá adoptar, cuando proceda. El artículo 11, apartado 3, letra a), establece que la empresa «neutralizará el impacto adverso o minimizará su alcance». Se elimina el texto de la propuesta de la Comisión de 2022, que establecía «incluso mediante el pago de daños y perjuicios a las personas afectadas y de una compensación económica a las comunidades afectadas». Esto es positivo, ya que indica que el concepto de reparación es mucho más amplio que el pago de daños y perjuicios y otras compensaciones monetarias. La segunda frase también se reformula ligeramente, sustituyendo el concepto de «importancia y escala» por «gravedad» y el concepto de «contribución» por «implicación en». No está claro si existe alguna diferencia entre «implicación en» y «contribución».

El artículo 11(3)(b) plantea las mismas preguntas y preocupaciones que las secciones correspondientes del artículo 10, es decir, la posibilidad de recurrir a iniciativas de la industria o MPI para desarrollar y aplicar planes de medidas correctivas. Una vez más, si bien no hay nada de malo en que una empresa busque orientación en áreas en las que puede tener poca experiencia, existen grandes diferencias en la calidad de las MPI. En el contexto laboral, dichos planes de medidas correctivas deben elaborarse con los trabajadores afectados o con los representantes elegidos por los trabajadores. Ellos son los que mejor saben cuáles son los daños, por qué se han producido y cómo pueden abordarse. Del mismo modo, el artículo 8, apartado 3, letra c), de la DDDSE permite a las empresas obtener garantías contractuales, que

pueden ser supervisadas por auditores externos en virtud del artículo 8, apartado 5.

El artículo 11(6) también plantea las mismas preocupaciones con respecto al artículo 10(5), con la sustitución de los posibles impactos adversos del artículo 7 por los impactos adversos reales del artículo 8.

El artículo 12 establece que la empresa deberá reparar los impactos adversos reales. Interpretamos este término en sentido amplio para proporcionar una reparación completa que vaya más allá de la mera compensación monetaria.⁵⁵ Es importante destacar que el requisito se limita a aquellos daños que la empresa causa o a los que contribuye («causados conjuntamente»). Será importante que el concepto de causalidad conjunta se interprete en sentido amplio, de modo que pueda abarcar las relaciones comerciales contractuales. Muchos académicos han argumentado que las prácticas de compra irresponsables son un importante impulsor de los abusos laborales en las cadenas de suministro⁵⁶. Si se considera que dichas prácticas han causado conjuntamente el daño (por ejemplo, la discriminación antisindical en un esfuerzo por evitar costos laborales potencialmente más altos), entonces nuestras preocupaciones podrían abordarse. De lo contrario, las empresas tendrán pocas obligaciones de proporcionar una reparación en la mayoría de los casos que no impliquen daños causados directamente. De hecho, en virtud del artículo 12(2), las empresas no tendrán la obligación de proporcionar una reparación si el daño es causado únicamente por el socio comercial de la empresa; aunque el artículo no prohíbe las reparaciones voluntarias ni el uso de su influencia para animar al socio comercial a proporcionar la reparación.

55 Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos enfoques alternativos para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, 18 de julio de 2017 (en referencia a un conjunto de recursos), ¶¶ 38-54, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n17/218/65/pdf/n1721865.pdf> [<https://perma.cc/V99Q-ABEC>].

56 Véase, por ejemplo, Mark Anner, *supra* nota 57. 22

4. El rol de los sindicatos

Un problema clave en la implementación de la DDDH en el marco de los PR ha sido la falta de compromiso significativo de las empresas con los sindicatos a la hora de identificar, evaluar y abordar los riesgos relacionados con los derechos laborales, recurriendo en su lugar a consultores o iniciativas de múltiples actores orientadas a los negocios que pueden estar mal informadas o tener conflictos de intereses.⁵⁷ El artículo 13 es quizás una de las adiciones más significativas a la DDDSE. Mientras que la propuesta de la Comisión de 2022 animaba a las empresas a colaborar con las partes interesadas «cuando fuera pertinente», según lo determinaran las propias empresas, el artículo 13 deja claro que las empresas multinacionales deben colaborar de manera efectiva con las partes interesadas en todas las etapas del proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos. Además, el artículo 13, apartado 2, obliga a las empresas a proporcionar información pertinente y completa a efectos de consulta.

También queremos subrayar aquí la importancia de colaborar con representantes legítimos de los trabajadores. Muchas empresas multinacionales han colaborado a sabiendas con comités de trabajadores o sindicatos «amarillos» (no independientes) que no representan los intereses de los trabajadores.⁵⁸ Por el contrario, son creados por la dirección para frustrar los esfuerzos de los trabajadores por formar un sindicato legítimo. La colaboración con representantes legítimos de los trabajadores es la única forma en que una empresa multinacional puede identificar y evaluar con precisión los riesgos, incluidos los relacionados con el abuso de los derechos de libertad de asociación y de negociación colectiva.

Sin embargo, el artículo 13(4) establece que cuando no sea razonablemente posible llevar a cabo una participación efectiva con las partes interesadas, la empresa podrá, en su lugar, consultar con expertos. Puede haber algunos casos en los que sea efectivamente imposible colaborar directamente con los trabaja-

57 Véase CENTRO DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS, JUST FOR SHOW: REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL SECTOR DE LA CONFECCIÓN DE ASIA Y EL ROL DE LAS MARCAS DE MODA Y LOS EMPLEADORES 8 (junio de 2024), disponible en https://media.business-humanrights.org/media/documents/2024_FoAreport.pdf [<https://perma.cc/F4SF-HZTB>] (donde se concluye que «Menos de una cuarta parte (22 %) de las empresas declararon colaborar con sindicatos locales o globales para mejorar la libertad de asociación en sus cadenas de suministro» y «Solo el 12 % de las empresas revela información, incluso parcial, sobre el porcentaje de sus cadenas de suministro cubiertas por convenios colectivos (CCT)»).

58 Ídem., p. 4

dores afectados, por ejemplo, la situación de los trabajadores uigures en China, y la colaboración con expertos externos tendría que ser suficiente. Sin embargo, será importante no confundir lo que es simplemente difícil con lo que es «no razonable», lo que podría obviar la necesidad de colaborar directamente con los trabajadores o los sindicatos. Además, incluso cuando la colaboración directa pueda ser «irrazonable» en determinados lugares de trabajo o incluso países, las empresas podrían, no obstante, colaborar con las federaciones sindicales internacionales pertinentes. Por lo tanto, hay pocos casos en los que un representante de los trabajadores pertinente a algún nivel no pueda aportar información relevante.

Del mismo modo, el artículo 13(6) parecería permitir que una empresa eluda los requisitos de participación efectiva de las cláusulas anteriores al participar en una iniciativa sectorial o MPI (excepto cuando se trate de los propios empleados de la empresa). Esta cláusula podría socavar significativamente la utilidad de este artículo, ya que la participación directa de los trabajadores y sus representantes será mucho más eficaz para identificar y evaluar los riesgos en materia de derechos laborales y abordar los impactos reales. Además, si el objetivo de la participación de los representantes es la negociación colectiva, la participación de las MPI no contribuirá a alcanzar ese objetivo.

5. Mecanismo de notificación y procedimientos de quejas

El artículo 14(1) exige a las empresas que permitan a las partes perjudicadas presentar denuncias relativas a los efectos adversos reales o potenciales con respecto a las propias operaciones de las empresas, las operaciones de sus filiales o las operaciones de sus socios comerciales en las cadenas de actividades de las empresas. Es importante destacar que el artículo 14(2)(b) aclara que los sindicatos que representan a los trabajadores en la cadena de actividades de una empresa pueden presentar denuncias. El párrafo 59 deja claro que el requisito de que los procesos de denuncia sean «justos, públicos, accesibles, predecibles y transparentes» en virtud del artículo 14(3) debe entenderse en consonancia con el Principio 31 de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, que enumera los criterios de eficacia de los mecanismos de reclamación no judiciales. Es fundamental señalar que el artículo 14(3) también establece que los trabajadores y sus representantes también deben estar protegidos contra represalias.

El artículo 14(6) también hace referencia a «procedimientos de reclamación colaborativos y mecanismos de notificación», incluidos los establecidos a través de «acuerdos marco globales». Queremos subrayar la importancia de que cualquier medida de reparación no judicial no vaya en detrimento del fomento de la negociación colectiva y el reconocimiento de los sindicatos, y que en ningún caso socave el papel de los sindicatos legítimos o de los representantes de los trabajadores a la hora de abordar los conflictos laborales.

Si bien la propuesta original de la Comisión de 2022 no exigía a las empresas que proporcionaran un resultado compatible con los derechos humanos si se confirmaba la queja, la DDDSE da un pequeño paso adelante al establecer que los denunciantes tienen derecho a solicitar un seguimiento adecuado por parte de la empresa, incluida una posible reparación de conformidad con el artículo 12. Sin embargo, estas reuniones de seguimiento solo son obligatorias cuando el impacto potencial o real es grave (según lo determine la empresa). Esto sigue suscitando una gran preocupación, ya que el proceso puede no dar lugar a resultados tangibles para las víctimas de abusos.

6. Combatiendo el cambio climático

Si bien se exige a las empresas que adopten y pongan en práctica planes de transición climática, los elementos de dichos planes, enumerados en el artículo 22, apartado 1, no mencionan una transición justa para los trabajadores. Se trata de una gran oportunidad perdida. Como mínimo, la UE debería haber exigido a las empresas que entablaran un diálogo social sobre las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático y que dieran prioridad a la mejora de las competencias de los trabajadores, tal y como se establece en las Directrices de la OIT.⁵⁹ Además, el artículo 22 es completamente inaplicable, ya que queda excluido de la revisión por parte de las autoridades supervisoras y no puede hacerse cumplir a través de las disposiciones de responsabilidad civil.

59 Los elementos centrales de una transición justa, incluido el diálogo social, ya están firmemente arraigados en el derecho internacional de los derechos humanos. Véase, por ejemplo, Ruwan Subasinghe y Jeffrey Vogt, Es hora de empezar a hablar sobre el derecho humano a una transición justa, EQUAL TIMES, 14 de octubre de 2021, <https://www.equaltimes.org/it-s-time-to-start-talking-about-a?lang=en> [<https://perma.cc/N54L-HP9C>].

7. Autoridades supervisoras

Como ha quedado demostrado recientemente con la aplicación de la ley alemana de diligencia debida, una autoridad supervisora con recursos y facultades suficientes puede ofrecer a los titulares de derechos una vía de reparación más rápida y menos onerosa que los litigios civiles. Como se ha señalado anteriormente, la BAFA abrió una investigación sobre las empresas alemanas que utilizan empresas de transporte polacas en su cadena de suministro tras una importante huelga salvaje de camioneros por explotación laboral a gran escala.⁶⁰ Además, la BAFA organizó dos cumbres de emergencia⁶¹ para debatir cuestiones más amplias relacionadas con el transporte por carretera y los derechos humanos, con la plena participación de los interlocutores sociales. Asimismo, en mayo de 2024, a raíz de una denuncia presentada por el sindicato estadounidense United Auto Workers (UAW), la BAFA abrió una investigación sobre presuntas violaciones de los derechos de los trabajadores a la libertad de asociación en la planta de Mercedes-Benz en Alabama, gestionada por la filial estadounidense de la empresa.⁶²

El artículo 24 de la DDDSE también exige la creación de organismos de supervisión a nivel nacional en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la Directiva para garantizar que las empresas dentro de la jurisdicción de cada signatario cumplan con sus obligaciones en materia de divulgación de información sobre derechos humanos. El artículo 25 también exige a los Estados miembros que garanticen que las autoridades de supervisión dispongan de las competencias y los recursos adecuados, entre otros, para exigir la presentación de información y llevar a cabo investigaciones, ya sea por iniciativa propia o en

60 Véase Uwe Gerritz, *Lkw-Fahrer an Raststatte Grafenhausen beenden Hungerstreik, HESSENCHAU*, (25 de septiembre de 2023), <https://www.hessenschau.de/wirtschaft/lkw-fahrer-an-a5-raststaette-bei-weiterstadt-beenden-hungerstreik-v4,streik-lkw-fahrer-graefenhausen-100.html> [<https://perma.cc/L5TC-TL4G>]

61 Comunicado de prensa, BAFA, Segunda Cumbre del Transporte en Borna: Intercambio por una mayor protección de los derechos humanos en el sector del transporte, disponible en https://www.bafa.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/Lieferketten/2024_03_transportgipfelborna.html [<https://perma.cc/YF94-JUR7>].

62 Comunicado de prensa, United Auto Workers, Mercedes-Benz bajo investigación del gobierno alemán por violar ilegalmente los derechos de los trabajadores en la planta de Alabama (16 de mayo de 2024), disponible en <https://uaw.org/mercedes-benz-under-investigation-by-german-government-for-illegally-violating-workers-rights-at-alabama-plant/#:~:text=The%20UAW%20complaint%20details%20how,supporter%20with%20Stage%204%20cancer> [<https://perma.cc/9JXS-PJ7X>].

respuesta a una comunicación fundamentada del público de conformidad con el artículo 26.

Si una empresa incumple la legislación nacional que transpone la DDDSE, la autoridad supervisora concederá a la empresa en cuestión un plazo adecuado para que adopte medidas correctivas. Los artículos 27, apartado 3, letra a), y 27, apartado 4, de la DDDSE estipulan que la autoridad supervisora competente tendrá facultades para imponer sanciones pecuniarias de hasta el 5 % del volumen de negocios neto mundial. Si bien esto supone una mejora con respecto a la propuesta de la Comisión, la DDDSE sigue otorgando una amplia discrecionalidad a los Estados miembros, lo que, en función de la transposición, podría seguir sin disuadir suficientemente de los comportamientos corporativos indebidos. Además, seguimos preocupados por la falta de participación formal de los sindicatos en el establecimiento o el funcionamiento de la autoridad supervisora y por el hecho de que no se haya otorgado a esta autoridad supervisora la facultad de supervisar a los auditores sociales y a las MSI para garantizar que se les exija el máximo nivel de responsabilidad.

8. Responsabilidad civil

Si bien la sección sobre responsabilidad civil de la DDDSE, el artículo 29, afirma que otorga responsabilidad civil a las empresas y el derecho a una indemnización completa, su alcance es más limitado que el de la propuesta de la Comisión de 2022. El artículo 29 (1) establece que una empresa solo puede ser considerada responsable de los daños causados si «a) la empresa, de forma intencionada o por negligencia, ha incumplido las obligaciones establecidas en los artículos 10 y 11, cuando el derecho, la prohibición o la obligación enumerados en [Anexo I] tiene por objeto proteger a la persona física o jurídica», y «b) como resultado de ese incumplimiento mencionado en la letra a), se causaron daños a los intereses jurídicos de la persona física o jurídica protegidos por la legislación nacional». El artículo añade una salvedad según la cual la empresa no puede ser considerada responsable si los daños fueron causados únicamente por sus socios comerciales en su cadena de actividades.

Hay mucho que analizar en este texto relativamente breve. En primer lugar, el artículo 29, apartado 1, letra a), se refiere a los dos criterios de responsabilidad

civil extracontractual (al menos en los sistemas de derecho anglosajón).⁶³ La propuesta de la Comisión de 2022 no indicaba ningún criterio concreto, solo que la empresa había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de lo que ahora son los artículos 10 y 11 y que se había producido un daño que debería haberse evitado. Por lo tanto, la DDDSE puede imponer un umbral de responsabilidad más alto que la propuesta de la Comisión de 2022. En caso de negligencia, normalmente se debería demostrar la existencia de un deber, el incumplimiento de ese deber, que el acto negligente fue la causa real y próxima del daño y que causó daños. Es posible que un tribunal hubiera adoptado un enfoque de negligencia si se hubiera mantenido el texto de la propuesta de la Comisión. Y, dado que ni la propuesta de la Comisión ni la DDDSE definitiva respaldan la responsabilidad objetiva, no está claro si esta enmienda supondrá alguna diferencia.

El artículo 29(1)(a) establece además que las empresas pueden ser consideradas responsables civilmente si no toman las medidas adecuadas para prevenir los posibles impactos negativos contemplados en el artículo 10 o poner fin a los impactos negativos reales establecidos en los artículos 11 y que, como resultado, se produzcan daños a los intereses jurídicos de las personas físicas o jurídicas que están protegidos por la legislación nacional. Aunque esto pueda parecer correcto, hay que recordar que los artículos 10 y 11 pueden cumplirse mediante la celebración de contratos con socios comerciales para respetar un código de conducta o un plan de prevención elaborado por una iniciativa industrial o una MPI, y que el código o el plan pueden ser verificados por un auditor externo. Por lo tanto, podría ser difícil responsabilizar a una empresa si ha celebrado un acuerdo de este tipo, a menos que la parte perjudicada pueda demostrar que estas garantías o planes de prevención no eran medidas adecuadas y que la empresa fue, como mínimo, negligente al confiar en esas iniciativas de las MPI. Tomamos nota del artículo 29(4), que establece que la confianza en una iniciativa de la industria o en una MPI no es una defensa frente a la responsabilidad. Sin embargo, será difícil que el demandante prevalezca, a menos que el hecho del daño sea en sí mismo una prueba de que las medidas no eran adecuadas y que la empresa haya sido, como mínimo, negligente.

63 Se podría suponer que la imprudencia, un estándar más alto que la negligencia, también estaría implícitamente cubierta en esta formulación.

Otra cláusula desconcertante es la del apartado b) del párrafo 1 del artículo 29, que se refiere a un interés jurídico protegido por la legislación nacional. El párrafo 79 del resumen no ayuda mucho en este sentido, ya que explica lo siguiente:

A fin de garantizar que las víctimas de efectos adversos tengan un acceso efectivo a la justicia y a la indemnización, se debería exigir a los Estados miembros que establezcan normas que regulen la responsabilidad civil de las empresas por los daños causados a una persona física o jurídica, siempre que la empresa, de forma intencionada o por negligencia, no haya evitado o mitigado los posibles efectos adversos, ni haya puesto fin a los efectos reales o minimizado su alcance y, como consecuencia de ello, se hayan causado daños a la persona física o jurídica. *Los daños causados a los intereses jurídicos protegidos de una persona deben entenderse de conformidad con la legislación nacional, por ejemplo, la muerte, las lesiones físicas o psicológicas, la privación de la libertad personal, la pérdida de la dignidad humana o los daños a la propiedad de una persona»* (énfasis añadido).

Hay al menos dos interpretaciones posibles. En primer lugar, que el interés jurídico del demandante se defina según la legislación nacional del Estado miembro en el que tiene su sede la empresa demandada. Esto podría dar lugar a resultados diferentes en función de los intereses que se protejan y en qué medida en los distintos Estados miembros de la UE. En segundo lugar, podría ser la legislación nacional del país en el que se produjo el daño. En una situación laboral común, por ejemplo, el despido de un líder sindical por actividades sindicales protegidas, ¿el interés jurídico sustantivo, la libertad de asociación, viene determinado por la legislación de, por ejemplo, Italia o Camboya? Si el interés jurídico no está protegido en el país en el que se produjo el daño, no está claro qué se debe hacer exactamente.

Por último, el artículo 29, apartado 1, concluye explicando que una empresa no puede ser considerada responsable si el daño fue causado únicamente por sus socios comerciales en la cadena de actividades.⁶⁴ Esto sugiere que una

64 Esto va más allá de la Propuesta de la Comisión de 2022, que establecía en el artículo 21(2) que las empresas podían eludir la responsabilidad por un impacto adverso derivado de las actividades de un socio indirecto con el que tuvieran una relación comercial establecida, a menos que, dadas las circunstancias del caso, no fuera razonable esperar que las medidas realmente adoptadas, incluida la verificación del cumplimiento, fueran adecuadas para prevenir, minimizar, poner fin o mitigar el impacto adverso. Añade que, al evaluar la existencia y el alcance de la responsabilidad, deben tenerse debidamente en cuenta los esfuerzos de la empresa en relación con las medidas relacionadas con el daño en cuestión para cumplir con cualquier medida correctiva que le exija

empresa podría ser responsable si, por ejemplo, contribuyera al daño en última instancia en virtud de una teoría de responsabilidad solidaria, que se contempla en el artículo 29, apartado 5. Será importante que los tribunales reconozcan, por ejemplo, situaciones comunes, como la confianza injustificada en los informes de auditoría o las prácticas de compra insostenibles, como suficientes para la responsabilidad solidaria. De lo contrario, las empresas con sede en la UE casi nunca serán consideradas responsables de los abusos contra los derechos humanos en las cadenas de suministro globales, donde se producen la mayoría de los abusos contra los derechos humanos (y para los que rara vez existe un foro jurídico adecuado para proporcionar una reparación).

El artículo 29(2) se refiere a la indemnización que se concederá por violaciones de los derechos humanos de conformidad con la legislación nacional, lo que vuelve a generar confusión en cuanto a qué legislación se refiere. Además, abre la posibilidad de que se produzcan grandes variaciones en las indemnizaciones disponibles en función de las normas del país de origen de la empresa o del país de origen del demandante. En el contexto laboral, la indemnización por daños y perjuicios por sí sola puede ser insuficiente. Por ejemplo, cuando se frustra un intento de formar un sindicato violando el derecho de los trabajadores a la libertad de asociación, ¿cómo se evalúan las indemnizaciones por daños y perjuicios en tal caso? En cualquier caso, las indemnizaciones por daños y perjuicios podrían ser bastante reducidas, lo que haría poco probable que los trabajadores iniciaran costosos litigios transnacionales para recuperar dichos daños, e incluso si se recuperaran, serían demasiado pequeñas para disuadir a la empresa. La disponibilidad de medidas cautelares en virtud del artículo 29(3) (c) es sin duda útil cuando la propia empresa es la causante del daño, pero, por supuesto, no está disponible en el contexto de una relación comercial.

Tomamos nota de la importante adición del apartado 29(3), que pretende abordar algunas de las cuestiones que dificultan la presentación de reclamaciones por parte de las partes perjudicadas, incluidos los trabajadores y los sindicatos de las cadenas de suministro mundiales. Por ejemplo, el apartado (a) establece un plazo mínimo claro de prescripción, de cinco años, así como los factores que determinan el momento en que comienza a correr el plazo de prescripción.

una autoridad supervisora, las inversiones realizadas y la colaboración con otras entidades para abordar los impactos adversos en sus cadenas de valor, y cualquier apoyo específico proporcionado de conformidad con los artículos 7 y 8.

Además, el apartado b) exige a los Estados que garanticen que los costos de acudir a la justicia no sean «prohibitivamente elevados», aunque no se ofrece una orientación significativa sobre lo que esto podría significar en la práctica. Una de las razones por las que un demandante no presenta una demanda es el costo y la duración de los litigios transnacionales. Se podría haber hecho más, como limitar los costos a un nivel razonable y/o crear un fondo para apoyar a los demandantes que, de otro modo, no tendrían los recursos para presentar sus demandas de derechos humanos.

La inclusión de la letra d), que permite a los sindicatos presentar demandas en nombre de los demandantes, por ejemplo, trabajadores o sindicatos afectados en un tercer país, es importante, al igual que la letra e), que otorga a los demandantes el derecho exigible de obtener el descubrimiento de documentos y otra información en poder de la empresa demandada. La falta de acceso a dicha información ha sido un obstáculo importante para los litigios anteriores.⁶⁵ Sin embargo, la DDDSE no se pronuncia sobre la carga de la prueba, por lo que es probable que recaiga sobre el demandante, que carece de recursos suficientes, la tarea de reunir pruebas suficientes sobre la intención o negligencia de la empresa multinacional para presentar al menos un caso prima facie.

9. Transposición

Si bien la DDDSE insta a los Estados a adoptar y publicar reglamentos para cumplir con la directiva en un plazo de dos años, ordena a los Estados miembros que apliquen dichas disposiciones en un calendario de implementación escalonado. Las empresas que entren en el ámbito de aplicación de la directiva dispondrán de entre tres y cinco años desde la entrada en vigor de la DDDSE para cumplirla. Las empresas con más de 5000 empleados y una facturación superior a 1500 millones deberán cumplirla en un plazo de tres años. Las empresas con más de 3000 empleados y una facturación superior a 900 millones tendrán cuatro años. Y aquellas empresas con más de 1000 empleados y una facturación de 450 millones o más tendrán cinco años para cumplirla.

65 SKINNER, GWYNNE, ROBERT MCCORQUODALE Y OLIVIER DE SCHUTTER. EL TERCER PILAR: ACCESO A RECURSOS JUDICIALES POR VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS COMETIDAS POR EMPRESAS TRANSNACIONALES 8 (2013) (Conclusión: «Las barreras para un recurso efectivo también se crean por la carga que recae sobre las víctimas para probar su caso. Esto se ve agravado por la dificultad para obtener pruebas y por las normas de descubrimiento o divulgación de información»).

Si bien se reconoce que se necesita cierto tiempo para adaptarse a las nuevas regulaciones, las empresas que entran en el ámbito de aplicación de la DDDSE son muy grandes. La mayoría de ellas ya deberían haber adoptado la DDDH en sus prácticas corporativas para cumplir con sus responsabilidades en virtud de las Directrices de la OCDE y los UNGP, así como con sus obligaciones en virtud de las leyes DDDH francesas o alemanas, cuando proceda. Este excesivo período de implementación es simplemente innecesario.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como demostraron las intensas negociaciones entre bastidores en los últimos meses del proceso legislativo, la DDDSE siempre iba a ser un compromiso entre la ambición y la conveniencia política. No obstante, como experimento transnacional para regular el trabajo digno en las cadenas de suministro mundiales, la DDDSE representa un reajuste parcial de la asimetría normativa que durante décadas ha favorecido los intereses empresariales por encima de los derechos humanos.

Los Estados miembros de la UE podrían abordar algunas de las preocupaciones esbozadas anteriormente a nivel nacional cuando la DDDSE se transponga a la legislación nacional. Los Estados miembros pueden adoptar una normativa más estricta que la prevista en la Directiva para muchas de sus disposiciones.⁶⁶ Por supuesto, es probable que las mismas presiones políticas que llevaron a los compromisos en el texto de la DDDSE se repitan a nivel nacional. Además, la DDDSE cuenta con un mecanismo de revisión integrado, lo que podría facilitar su modificación en el futuro si existe suficiente acuerdo político para abordar las preocupaciones que se exponen a continuación. Sin embargo, en ausencia de mejoras significativas a nivel de la UE y/o de una normativa más estricta a nivel nacional, tememos que la DDDSE pueda tener una utilidad limitada a la hora de promover y proteger los derechos de los trabajadores en las cadenas de suministro mundiales.

66 Véase CDSDDD, *supra* nota 5, artículo 4(2). Sin embargo, los Estados miembros no pueden introducir medidas más estrictas en relación con los artículos 8(1), 8(2), 10(1) y 11(1), disposiciones clave relativas a la identificación, prevención y tratamiento de las consecuencias negativas para los derechos humanos.

A continuación, describimos algunas áreas en las que los Estados miembros de la UE podrían adoptar una normativa más estricta que podría compensar las deficiencias de la DDDSE.

Asunto:

- La DDDSE define el tema de manera que, en general, se ajusta a los PR. Tras su transposición a la legislación nacional, los Estados miembros podrían ampliar aún más el concepto de «cadena de actividades» para incluir todas las actividades posteriores. Las Directrices revisadas de la OCDE para las empresas multinacionales sobre la conducta empresarial responsable también instan a las empresas a llevar a cabo la DDDH sobre las relaciones comerciales posteriores, incluidas «las entidades de la cadena de suministro que reciben, licencian, compran o utilizan productos o servicios de la empresa».⁶⁷ Por lo tanto, es evidente que la DDDSE no alcanza el nivel de la norma voluntaria ampliamente aceptada para la DDDH posterior.
- Con respecto a las limitadas obligaciones de DDDH de las empresas financieras, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos ha dejado muy claro⁶⁸ que, en virtud de los Principios Rectores, todas las instituciones financieras, de cualquier tipo, tienen la misma responsabilidad de respetar los derechos humanos. Crear exenciones para un sector que tiene un historial tan lamentable en materia de respeto de los derechos humanos⁶⁹ no solo es incompatible con los Principios Rectores, sino que también protege a los bancos y las empresas de inversión de su responsabilidad.

67 Marian Ingrams, Directrices actualizadas de la OCDE reafirman la aplicación posterior de la diligencia debida, OECD WATCH (13 de junio de 2023), <https://www.oecdwatch.org/updated-oecd-guidelinesreconfirm-downstream-application-of-due-diligence/> [https://perma.cc/Y9BG-RTX2].

68 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Responsabilidad Social Empresarial y Humanitaria, Declaración sobre el Sector Financiero y la Directiva de la Unión Europea sobre Devida Diligencia Corporativa en Materia de Sostenibilidad (12 de julio de 2023), <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/workinggroupbusiness/Statement-Financial-Sector-WG-business-12July2023.pdf> [https://perma.cc/N9C9-ULJY].

69 Véase, por ejemplo, Paul Hidgson, «Banksfailing on human rights, says Banktrack», CAP. MONITOR (30 de octubre de 2023), <https://capitalmonitor.ai/institution/banks/banks-failing-on-human-rightssays-banktrack/> [https://perma.cc/6PJH-SQBX].

- Con respecto a las limitadas obligaciones de DDDH de las empresas financieras, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos ha dejado muy claro que, en virtud de los Principios Rectores, todas las instituciones financieras, de cualquier tipo, tienen la misma responsabilidad de respetar los derechos humanos. Crear exenciones para un sector que tiene un historial tan lamentable en materia de respeto de los derechos humanos no solo es incompatible con los Principios Rectores, sino que también protege a los bancos y las empresas de inversión de su responsabilidad.

Alcance:

- El Principio 11 de los Principios Rectores establece que «la responsabilidad de respetar los derechos humanos es una norma universal de conducta esperada de todas las empresas, independientemente del lugar en que operen». Además, el Principio 14 establece que «la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas, independientemente de su tamaño, sector, contexto operativo, propiedad y estructura». Por lo tanto, no existe base alguna en los Principios Rectores para excluir al 99,95 % de las empresas de la obligación de actuar con la diligencia debida. El alcance va mucho más allá de la mera exclusión de las pymes, ya que también se excluyó a muchas grandes empresas.⁷⁰ Para ser coherente con los Principios Rectores, la ley debería abarcar a todas las empresas, al tiempo que se reconoce que la forma en que las pymes abordan los impactos potenciales y reales puede adoptar diferentes formas, dado su tamaño y sus recursos. Al transponerse, la legislación nacional podría, como mínimo, establecer un umbral más bajo en cuanto a número de empleados y volumen de negocios. Lo ideal sería que la legislación nacional abandonara los umbrales establecidos y, en su lugar, concediera a las pymes una mayor libertad, tal y como permiten los Principios Rectores de las Naciones Unidas.

Debida diligencia:

Identificación y evaluación de impactos adversos reales y potenciales

70 Los Principios Rectores reconocen que incluso las PYMES pueden tener graves consecuencias para los derechos humanos.

- No existe ninguna justificación ni fundamento en los Principios Rectores de las Naciones Unidas para limitar la obligación de las empresas a identificar y evaluar únicamente (¿aquellos?) los impactos adversos potenciales y reales que sean más probables y graves. Si bien la DDDH puede variar en función del riesgo de impactos graves sobre los derechos humanos (DNU 17 y 19), se trata fundamentalmente de una consideración a la hora de determinar si es necesario tomar medidas más inmediatas o serias, y no si se deben tomar medidas o no. Para ser coherentes con los Principios Rectores y garantizar una aplicación más uniforme de la divulgación de información sobre derechos humanos, la gravedad no debe tenerse en cuenta a la hora de identificar y evaluar los impactos sobre los derechos humanos, sino más bien a la hora de priorizar las medidas para abordar dichos impactos⁷¹. Lamentablemente, el artículo 4(2) prohíbe a los Estados miembros introducir «disposiciones más estrictas» con respecto al artículo 8(2) y, por lo tanto, un Estado miembro no podría simplemente eliminar el adjetivo «grave». Una forma de abordar esta cuestión podría ser que los Estados miembros redefinieran simplemente «grave» para incluir los cinco derechos laborales fundamentales de la OIT. Cabe señalar que el artículo 4(2) permite a los Estados miembros introducir disposiciones que sean «más específicas en cuanto al objetivo o al ámbito cubierto para lograr un nivel diferente de protección». Esta cláusula no excluye el artículo 8(2). Por lo tanto, podría ser posible aplicar un estándar más alto a los derechos laborales fundamentales de la OIT, estipulando específicamente que los riesgos relacionados con esos derechos deben identificarse o evaluarse independientemente de su gravedad.

Prevención de posibles impactos adversos

- Será fundamental que se elaboren directrices estrictas sobre la idoneidad de las iniciativas de las instituciones del sector privado y de la industria. En nuestra opinión, la mejor manera de prevenir posibles impactos adversos sobre los derechos humanos es reconocer a un sin-

71 Véase Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, HR/PUB/11/04, n.º 24 (2011) (“Cuando sea necesario priorizar las medidas para abordar los impactos negativos reales y potenciales sobre los derechos humanos, las empresas deben procurar primero prevenir y mitigar aquellos que sean más graves o cuya respuesta tardía los haga irremediables”).

dicato y negociar colectivamente. Además, no hay fundamento en los Principios Rectores de las Naciones Unidas para limitar la posibilidad de desvinculación únicamente a los impactos adversos graves, especialmente cuando los abusos comunes de los derechos laborales pueden no considerarse graves. Si bien estamos de acuerdo en que la desvinculación es un último recurso, no puede ser imposible.

Poner fin a los impactos adversos reales

- Si una empresa multinacional no puede poner fin a un impacto adverso, los legisladores deben exigirle que minimice el impacto en la mayor medida posible.
- En lo que respecta a los daños a los derechos laborales, los legisladores deben dejar claro que los planes de medidas correctivas deben elaborarse y supervisarse, siempre que sea posible, con los trabajadores afectados o con los representantes elegidos por los trabajadores.
- Al igual que con la responsabilidad civil que se menciona a continuación, será importante que actos como las prácticas de compra insostenibles contribuyan a un daño suficiente para demostrar una causalidad conjunta y, por lo tanto, crear una obligación para la empresa multinacional de proporcionar una reparación. Además, los legisladores deben considerar la posibilidad de incentivar a las empresas multinacionales para que ofrezcan reparaciones voluntarias en situaciones en las que simplemente estén vinculadas al daño real.

Rol de los sindicatos

- Es importante que los legisladores den prioridad a la colaboración con organizaciones de trabajadores legítimas y representativas. Es decir, sindicatos democráticos. Los legisladores podrían garantizar que el recurso a expertos u otros organismos, como las MSI, solo sea posible si se han agotado los esfuerzos por colaborar con los sindicatos pertinentes o si estos simplemente no son posibles.

Mecanismos de Notificación y de Queja

- Los legisladores podrían mejorar el texto garantizando un resultado compatible con los derechos a través del proceso de reclamación, así como otorgando a los reclamantes el derecho a realizar un seguimiento en todos los casos, no solo en aquellos que se consideren graves.

Combatiendo el cambio climático

- A pesar de que el resumen menciona el Acuerdo de París, que se refiere explícitamente a la transición justa en el preámbulo, la DDDSE no se pronuncia al respecto. A nivel nacional, los legisladores deberían aplicar las Directrices de la OIT sobre la transición justa, que se centran en el diálogo social, incluida la negociación colectiva, como elementos necesarios de una estrategia para cumplir los objetivos climáticos de París. Además, esta obligación debería ser legalmente exigible.

Responsabilidad civil

- Dada la ambigüedad sobre qué «ley nacional» se aplica con respecto al interés legal del demandante, los legisladores deberán aclarar qué ley se aplica.
- Los legisladores deberán proporcionar más orientación sobre la cuestión de la responsabilidad solidaria —el aspecto de «contribuir a» del régimen de responsabilidad de los Principios Rectores de las Naciones Unidas—, ya que gran parte del daño en las cadenas de suministro mundiales es causado directamente por un proveedor, y no directamente por la empresa. En este sentido, las prácticas de compra insostenibles, la dependencia irrazonable de auditorías de terceros y otras acciones u omisiones similares deberían ser suficientes para demostrar la negligencia contributiva.
- Los legisladores deben abordar el costo de los litigios transnacionales en materia de derechos humanos. Para ello, podrían adoptarse muchos enfoques, desde medidas de menor envergadura, como la exención de tasas, hasta otras más importantes, como la creación de fondos de asistencia jurídica para las demandas presentadas en virtud de la directiva.
- Por último, los legisladores podrían invertir la carga de la prueba en las demandas presentadas en virtud de la directiva o, al menos, garantizar que la carga recaiga en el demandado una vez que el demandante haya presentado un caso prima facie.

Transposición

- Los legisladores deberían limitar significativamente el tiempo que tienen las empresas para cumplir con las leyes nacionales que trans-

ponen la DDDSE. Dado que la DDDSE solo afecta a las empresas más grandes, que ya deberían estar familiarizadas con la DDDH, lo ideal sería que el plazo máximo fuera de un año para todas las empresas. plazo máximo debería ser de un año para todas las empresas.

Elementos que faltan

Por último, tomamos nota de importantes artículos del borrador de la Comisión de 2022 que simplemente se abandonaron en la DDDSE. Por ejemplo, el artículo 25 sobre el deber de diligencia de los directores, junto con el artículo 26 complementario sobre el establecimiento y la supervisión de la diligencia debida, se abandonaron en la DDDSE junto con obligaciones específicas y legalmente exigibles. Los legisladores deberían considerar la posibilidad de añadir estos elementos en su legislación nacional. Además, a pesar de que la UE adoptó una directiva en 2024 para garantizar la protección de los defensores de los derechos humanos frente a prácticas legales infundadas y abusivas,⁷² la DDDSE no aborda el uso de demandas estratégicas contra la participación pública (SLAPP) por parte de las empresas multinacionales. La inclusión de disposiciones contra las SLAPP en la legislación nacional sería un paso importante para proteger a los defensores de los derechos humanos, incluidos los sindicalistas, de las demandas vejatorias por parte de las empresas.

72 Comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea, Anti-Slapp: Final Green Light para La ley de la UE que protege a los periodistas y los defensores de los derechos humanos (19 de marzo de 2024), <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/03/19/anti-slapp-final-green-light-for-eulaw--Protecting-Journalists-and-Human-Rights-Defenders/>[<https://perma.cc/68fv-8ydv>].

SECCIÓN: COYUNTURA

Nueva ley, viejas estrategias: continuidad y límites de la flexibilización laboral. Tres comentarios críticos a propósito de la Ley N° 32353

New law, old strategies: continuity and limits of labor flexibility. Three critical comments on Law N.° 32353

SAULO GALICIA VIDAL*

Correo electrónico: sgalicia@pucp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-4405-1876>

RESUMEN: El trabajo analiza la Ley N° 32353, que recientemente reguló el régimen laboral especial de la micro y pequeña empresa en el Perú, describiendo su alcance y limitaciones desde una perspectiva crítica. Se sostiene que la norma mantiene la lógica histórica de la flexibilización laboral como principal estrategia para la formalización, sin incorporar medidas orientadas a fortalecer la fiscalización. A través de tres comentarios críticos, se presenta: (i) un recuento cronológico de la consolidación del régimen especial; (ii) la ausencia de un balance integral sobre sus impactos reales; y, (iii) los cambios marginales introducidos por la nueva ley, como la ampliación del tiempo para conservar el régimen, la flexibilización para retornar a él, y ajustes en la inspección laboral. Se concluye que la norma desaprovecha la oportunidad de replantear la política de formalización, perpetuando un modelo que, más de dos décadas después de su implementación, no ha alcanzado los resultados esperados.

ABSTRACT: This paper analyzes Law No. 32353, which regulates the special labor regime for micro and small enterprises in Peru, examining its scope and limitations from a critical perspective. It argues that the law preserves the historical logic of labor flexibilization as the main strategy for formalization, without introducing measures aimed at strengthening labor inspection. Through three critical comments, it presents: (i) a chronological description of the consolidation of this special regime; (ii) the absence of a comprehensive assessment of its actual impacts; and (iii) the marginal changes introduced by the new law, such as the extension of the period to remain within the regime, the flexibility to return to it, and adjustments in labor inspection. The paper concludes that the law misses the opportunity to rethink formalization policy, perpetuating a model that, more than two decades after its implementation, has failed to achieve the expected results.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magister en Trabajo y Derechos Laborales Globales por The Pennsylvania State University. Profesor contratado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Código.

PALABRAS CLAVE: Ley N° 32353, régimen laboral especial, micro y pequeñas empresas, flexibilización laboral, formalización, inspección del trabajo, fiscalización laboral.

KEYWORDS: Law N° 32353, special labor regime, micro and small enterprises, labor flexibilization, formalization, labor inspection, labor enforcement.

Recibido: 11/08/2025

Aceptado: 15/09/2025

Publicado en línea: 03/11/2025

SUMARIO: Introducción. I. Entre la improvisación y la flexibilidad: un breve repaso cronológico de la consolidación del régimen laboral de la micro y pequeña empresa. II. La deuda pendiente: la falta de balance del régimen laboral de la micro y la pequeña empresa. III. La oportunidad perdida: los cambios –marginales– en la Ley N° 32353 y la continuidad de la flexibilización. 1. La continuidad del régimen especial. 2. Las modificaciones incorporadas. 3. La oportunidad perdida.



INTRODUCCIÓN

326

Hay una frase atribuida durante años a Albert Einstein: “*Locura es hacer lo mismo una y otra vez y esperar resultados diferentes*”¹. Hace poco más de dos años se descubrió que, en realidad, es muy probable que dicha expresión haya aparecido por primera vez en el libro *Muerte Súbita* de la escritora estadounidense Rita Mae Brown, publicado hace más de cuatro décadas. Más allá de esta notable aclaración, el trasfondo de esta expresión refleja con bastante precisión la forma en la que el Estado peruano ha buscado promover la formalidad laboral en el sector de la micro y pequeña empresa.

Este año se promulgó una -nueva- legislación relacionada a esta materia, la Ley N° 32353, Ley para la Formalización, Desarrollo y Competitividad de la Micro y Pequeña Empresa – MYPE (en adelante, Ley N° 32353). Sin embargo, a pesar del cambio de nombre y nueva finalidad, la norma mantiene el mismo enfoque que sus predecesoras: incentivar el tránsito a la formalidad sobre

1 La expresión original es “*Insanity is doing the same thing, over and over again, but expecting different results*”. Puede que esta discusión le importe solo al autor, pero no quisiera dejar de comentar que esta expresión suele ser confundida con la intención de definir la locura; tarea por demás difícil con una sola frase. Por lo tanto, la acepción que se le da a dicha expresión consiste en lo irracional que representa esperar resultados diferentes si se sigue la misma estrategia.

la premisa de que son los costos laborales el principal obstáculo. Como se ha evidenciado por más de dos décadas, esta receta no ha generado los resultados esperados.

En este breve trabajo presento tres comentarios críticos en torno a la aprobación de la Ley N° 32353. El primero revisa cómo llegamos a este punto, describiendo el enfoque que ha guiado a las normas predecesoras: la flexibilización laboral. El segundo se centra en una de las principales deudas pendientes del Estado peruano en los procesos de formalización dentro de este sector: la ausencia de un balance que evalúe el impacto de esta estrategia. Finalmente, el tercero analiza los cambios —o la ausencia de ellos— introducidos por la Ley N° 32353, así como la oportunidad perdida que representa.

I. ENTRE LA IMPROVISACIÓN Y LA FLEXIBILIDAD: UN BREVE REPASO CRONOLÓGICO DE LA CONSOLIDACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA

La consolidación del régimen laboral aplicable a este tipo de empresas no respondió a una política estatal integral o comprensiva de la complejidad de este fenómeno, sino, en realidad, es el producto de una serie de normas fragmentadas que fueron aprobadas de forma aislada por cada Gobierno de turno entre el año 2000 y el año 2013. Aunque con prioridades y estrategias diferentes, en materia laboral, estas gestiones tuvieron un mismo enfoque común: la flexibilización como motor para alentar la formalidad laboral.

El primer hito se traza con la aprobación de la Ley N° 27268, Ley General de Pequeña y Micro Empresa, antes del término del Gobierno de Alberto Fujimori. Esta norma tuvo como finalidad dar facilidades y beneficios para el desarrollo y consolidación de la actividad empresarial, sin un componente laboral específico.

Tres años después, durante el Gobierno de Alejandro Toledo, se promulgó la Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresas, la cual creó el régimen laboral especial de la micro empresa, con una vigencia inicial de cinco años. Es así como nace, por primera vez, este régimen laboral diferenciado para las personas que laboren dentro de este tipo de empresas. Nótese que, en un primer momento, el régimen estuvo pensado únicamente para las micro empresas.

Las principales diferencias con el régimen laboral privado estuvieron concentradas en el goce del descanso vacacional diferenciado (15 días en comparación con los 30 días del régimen general)²; una indemnización por despido injustificado menor (15 remuneraciones diarias por cada año laborado con un límite de 180 remuneraciones diarias)³. Cabe destacar que dos días antes del término de dicha gestión, el Gobierno de Alejandro Toledo promulgó la Ley N° 28851, modificando algunos artículos de la Ley N° 28015. En materia laboral, el cambio más relevante fue la modificación de la duración del régimen “temporal” que se creó en dicha oportunidad, pasando de cinco años a diez años.

Dos años después, el Gobierno de Alan García dio un paso más en la consolidación del régimen especial que hoy conocemos, al aprobar el Decreto Legislativo N° 1086, Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, en 2008. Con este decreto se introdujeron varias de las condiciones que hoy conocemos dentro del régimen laboral especial: primero, se incorporó a las pequeñas empresas como beneficiarias de este régimen diferenciado⁴; luego, se establecieron menores derechos para los trabajadores de la micro empresa y, con una intensidad menor, para los trabajadores de la pequeña empresa (por ejemplo: gratificaciones diferenciadas, al igual que la compensación por tiempo de servicios, la posibilidad de establecer una remuneración mínima vital inferior a la del régimen general, entre otros aspectos)⁵.

Finalmente, se plantearon dos disposiciones no menores. La primera fue la mención a que los derechos colectivos de los trabajadores de la pequeña empresa se regirán por las normas del régimen laboral general⁶; dejando la duda de cuál sería la norma aplicable para los derechos colectivos de los trabajadores de la micro empresa o si, en todo caso, cabía preguntarse si es que dichos derechos seguían siendo encontrándose vigentes para tal categoría de trabajadores. La

2 Artículo 48 de la Ley N° 28015.

3 Artículo 49 de la Ley N° 28015.

4 Artículo 43 de la Ley N° 28015, modificado por el Decreto Legislativo N° 1086.

5 Artículo 45 de la Ley N° 28015, modificado por el Decreto Legislativo N° 1086.

6 Artículo 43 de la Ley N° 28015, modificado por el Decreto Legislativo N° 1086.

segunda fue la modificación de la temporalidad del régimen, pues pasamos de uno de carácter transitorio a uno de naturaleza permanente⁷.

Si bien ya se mencionó en un trabajo anterior (Galicia, 2023), es importante tener presente que la creación del régimen laboral especial de la micro y pequeña empresa no estuvo exenta de un debate en la academia laboral de nuestro país. De hecho, en el año 2009, los profesores Javier Neves y Mario Pasco (probablemente dos de los principales referentes del derecho laboral peruano) debatieron públicamente alrededor de la pertinencia de un régimen con tales características, intercambio que fue documentado por la Revista Themis un año después de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1086 (2009).

La amplia variedad de los cambios introducidos por dicho decreto legislativo generaron la necesidad de la aprobación de un texto único ordenado, lo que se dio al final con la promulgación del Decreto Supremo N° 007-2008-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente.

Ahora bien, cinco años después, el Gobierno de Ollanta Humala continuó con la consolidación del régimen laboral especial, a través de la promulgación de la Ley N° 30056, Ley que modifica diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial. El principal cambio a destacar de esta nueva normativa fue la eliminación del número de trabajadores como requisito para la calificación de las micro y pequeñas empresas. Meses después se aprobó el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial. Un punto a destacar es el cambio de rectoría en esta materia, que antes estaba a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y, a partir de dicha norma pasó a formar parte del Ministerio de la Producción.

Toda esta sucesión normativa representa claramente cuál ha sido el punto de partida de cada una de las modificaciones que fueron introducidas para crear el régimen laboral especial que hoy conocemos: reducir los costos laborales y **flexibilizar** las instituciones clásicas del Derecho del Trabajo.

7 Artículo 44 de la Ley N° 28015, modificado por el Decreto Legislativo N° 1086.

En este punto, es importante tener en cuenta que esta premisa es conocida, en el mundo de los estudios del trabajo, como la **escuela “legalista” de la informalidad** (Chen, 2012). Como se mencionó en un trabajo anterior, esta escuela parte por asumir que el sujeto informal es uno de características homogéneas y similares, quien preso por los altos costos de la formalidad (no solo laborales, sino tributarios, administrativos y de cualquier otra índole), se ve forzado a operar en la informalidad (Galicia 2017, Galicia, 2023). De ahí que, si lo que queremos es alentar el tránsito hacia la formalidad, lo que debemos hacer es reducir los costos legales de la operación en dicho sector (De Soto, 1986, Chen, 2012)

En el campo laboral esta escuela tiene una de sus máximas expresiones en el régimen especial de la micro y pequeña empresa: se reduce severamente los beneficios laborales aplicables a los trabajadores de dicho sector, y se debilitan las instituciones laborales clásicas (como la estabilidad en el empleo o el acceso a los derechos colectivos), generando un mayor campo de **flexibilidad** para el empleador. Si bien este concepto puede tener una variedad diversa de acepciones (Ermida 2000; Canessa 2013), en este trabajo adoptamos aquella vinculada con centrada en la libertad para poder modificar y relajar las instituciones típicas del derecho laboral con el objeto de “reducir los costos” de contratación y otorgar un poder mayor al empleador (Ojeda, 2010).

¿Cuál es el principal problema con la aplicación irrestricta de este enfoque? Que, 20 años después, en nuestro país no ha logrado demostrar el impacto buscado.

II. LA DEUDA PENDIENTE: LA FALTA DE BALANCE DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA MICRO Y LA PEQUEÑA EMPRESA

Han pasado más de 20 años desde que se promulgó la primera norma relacionada a esta materia y, hasta la fecha, el Estado peruano no ha presentado un **balance** sobre el impacto de la flexibilización laboral de dicho sector en la formalización del mismo. En sentido contrario, no son pocos los estudios que dan cuenta de que este tipo de medidas, por sí solas, **no han tenido los efectos deseados**.

Por un lado, en el año 2009, Chacaltana identificó que después de más 30 meses de instaurado este régimen especial, de más de 2 millones de micro y

pequeñas empresas, solo 5,000 unidades (poco más del 0.2%) se habían acogido a dicho régimen (2009), demostrando que éste no había sido lo suficientemente usado como se esperaba⁸. Más aun, en el mismo trabajo, se demostró que bajo el esquema presentado por el régimen especial, a pesar de la reducción de costos laborales, la carga económica con mayor impacto para las micro y pequeñas empresas se encontraba en los aspectos tributarios y administrativos, de ahí que, para Chacaltana, *“volver dicho sistema atractivo requiere, primero, que la estructura tributaria para las micro y pequeñas empresas sea modificada (...), [s]egundo, se debe proveer otros incentivos exógenos para la formalización, tales como accesos a mercados, mejora de la productividad, entre otros”* (2009, 32).

En un estudio que se concentra específicamente en la información disponible derivada del registro de la micro y pequeña empresa a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Cuadros (2016) arriba a una conclusión similar. Luego de cuantificar cuántas micro y pequeñas empresas se habían acogido al régimen especial, identificó que para el año 2013, de más de 800 mil microempresas, poco más de 153 mil (15%) se inscribieron al régimen especial, de las cuales, al momento del corte (2016), solo 73,000 siguieron activas (8%).

En un análisis similar para las pequeñas empresas, se encontró que de las poco más de 55,000 unidades de tales características, cerca de 5,000 se habían acogido a dicho régimen (9%), pero solo cerca de 3,000 empresas se encontraban activas a la fecha de corte del estudio (7%). Adicionalmente, Cuadros (2016) identifica que en el caso de las microempresas con registro vigente, solo se logró la formalización del 5.1% del total de puestos de trabajo, mientras que en las pequeñas empresas la cifra llegó a 3.9%.

Evidencia más reciente vuelve a concluir que la reducción de costos laborales, por sí sola, no ha sido suficiente para fomentar el tránsito hacia la formalidad en este sector (Díaz *et al.*, 2018), sugiriendo que es necesario un replanteamiento entre, los incentivos para las empresas, y la fiscalización y fortalecimiento de la

8 De acuerdo con Chacaltana, la justificación del Estado peruano en ese momento se basó en dos argumentos: las micro y pequeñas empresas no encontraban certeza de afiliarse al régimen especial pues este era considerado como temporal y que el régimen no había sido lo suficientemente difundido (2009, 30).

9 Traducción literal de: *“First, to make this system appealing, the tax structure for MSEs needs to be changed. Second, provide other (exogenous) incentives for formalization, such as access to markets, increased productivity, etc.”* (Chacaltana, 2009, 32).

capacidad del Estado en materia de fiscalización (concepto denominado en la academia anglosajona como “*enforcement*”).

Con conclusiones similares, Jessen y Kluve (2021), en un metaestudio sobre intervenciones para reducir la informalidad en países de ingresos bajos y medios (donde se incorporan más de 10 estudios sobre el caso peruano), encuentran que las medidas clasificadas como “*tax incentives*” (entre las que se incluyen reducciones de costos de la seguridad social y, en algunos supuestos, podrían encajar los laborales) muestran resultados mixtos y no necesariamente superiores a otro tipo de estrategias. En cambio, dichos autores identifican que estrategias destinadas a formalizar directamente a los trabajadores, así como las acciones de fiscalización (“*labor inspection enforcement*”) tienden a presentar mayores probabilidades de generar impactos significativos y sostenidos.

Ahora bien, a pesar de que el impacto de la inspección del trabajo a nivel global ha sido identificado como uno de los principales disparadores para fomentar la formalización laboral (Alaimo *et al.*, 2016), el caso peruano no necesariamente ha presentado la misma tendencia. Tal como documenta Viollaz (2016, 2017, 2019), la inspección del trabajo en el Perú ha presentado una efectividad severamente limitada (únicamente centrada en la mejora del cumplimiento de la remuneración mínima vital), y sobre todo enfocada en las empresas de mayor tamaño. Este limitado impacto, de acuerdo con Viollaz (2016), se explica en función de (i) el diseño institucional del sistema de inspección, (ii) su baja cobertura (falta de “*enforcement*”) y las multas segmentadas por tamaño empresarial, que reducen el efecto disuasivo. Esto es, aún cuando se incrementa la fiscalización, los impactos sobre el cumplimiento normativo suelen ser marginales.

De hecho, en un estudio de hace más de 20 años, Chacaltana (2001) encontró que la probabilidad de detección tributaria era del 60%, mientras que la probabilidad de detección laboral era únicamente del 6%. En esa línea, la capacidad reducida de la inspección del trabajo en el Perú ya ha sido anotada previamente en comparación con el resto de país a nivel global. Por ejemplo, Alaimo *et al.* (2016) identifican que, de un total de 72 países, el Perú ocupa el puesto 10 más bajo en el índice de número de inspectores por trabajador, muy por debajo del promedio general, así como de la región.

En línea con lo anterior, de acuerdo con el último Informe Anual de Inspección del Trabajo publicado por la Superintendencia Nacional de Fisca-

lización Laboral – SUNAFIL del año 2021¹⁰, únicamente se contaba con 761 inspectores de trabajo a nivel nacional, cuando para dicho año contábamos con más de 3,850,000 trabajadores registrados dentro del régimen de la actividad privada (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2022).

De esta manera, como hemos podido ver, a pesar de que la evidencia sugiere que los procesos de formalización deben venir acompañados de incentivos integrales, junto con el fortalecimiento de la capacidad de fiscalización de los países, el Perú no ha sido el mismo rumbo. De ahí que sigamos con una deuda pendiente: no tenemos un balance oficial del impacto de la implementación del régimen especial y, a la par, no hemos logrado cubrir el déficit de recursos en materia de inspección laboral.

III. LA OPORTUNIDAD PERDIDA: LOS CAMBIOS –MARGINALES–EN LA LEY N° 32353 Y LA CONTINUIDAD DE LA FLEXIBILIZACIÓN

Con todo el marco descrito previamente, es legítimo preguntarnos si es que esta nueva legislación ha representado algún cambio significativo para la política de promoción de la formalización laboral. Lamentablemente, la respuesta es adversa.

En este punto, es importante aclarar que nos vamos a concentrar únicamente en el análisis del campo laboral de las variaciones introducidas por la Ley N° 32353, por lo que los comentarios relacionados al campo de la seguridad social (entendiendo por estos tanto el acceso al sistema de salud, como el previsional), podrán ser complementados de forma posterior.

1. La continuidad del régimen especial

Dicho esto, la Ley N° 32353 no supone una modificación sustancial al régimen laboral especial de la norma predecesora, esto es la Ley N° 30056 y el Texto Único Ordenado de la misma, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE. En ese sentido, la reducción de beneficios sociales

10 Disponible en este enlace: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5056592/INFORME%20ANUAL%20-%202021.pdf?v=1693254435>.

de los trabajadores de la micro y la pequeña empresa se mantienen, bajo el siguiente esquema:

Cuadro N° 1
Cuadro comparativo de beneficios legales según régimen laboral

Materia	Régimen general	Pequeña empresa	Microempresa
Compensación por tiempo de servicios	Una remuneración por seis meses de servicio por los periodos de noviembre a abril y de mayo a octubre.	15 remuneraciones diarias por año completo de servicio. Tope de 90 remuneraciones diarias.	No aplica
Vacaciones	30 días de vacaciones por año calendario de servicio.	Quince días de vacaciones por año calendario de servicio.	Quince días de vacaciones por año calendario de servicio.
Gratificaciones	Dos gratificaciones anuales otorgadas por Fiestas Patrias y Navidad. Cada una equivale a una remuneración.	Dos gratificaciones anuales otorgadas por Fiestas Patrias y Navidad. Cada una equivale a media remuneración.	No aplica
Indemnización por despido arbitrario	Una remuneración y media por cada año completo de servicio con un máximo de 12 remuneraciones.	20 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de 120 remuneraciones diarias	10 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de 90 remuneraciones diarias
Sobretasa por trabajo nocturno	Derecho a recibir, como mínimo, una sobretasa del 35% por la jornada nocturna	No aplica	No aplica
Seguros privados de protección	Cobertura del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y del Seguro de Vida Ley	Cobertura del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y del Seguro de Vida Ley	No aplica
Utilidades	Sí	Sí	No aplica

Elaboración propia

Asimismo, además de las críticas planteadas previamente al enfoque únicamente centrado en la reducción de los costos laborales (y la perpetuación de la flexibilización laboral como única respuesta frente a la informalidad), permanecen otros aspectos que previamente fueron criticados de este régimen. Por un lado, la Ley N° 32353 continúa la senda de las normas previas que catalogaron

a este sistema como uno de naturaleza permanente (y no temporal, como fue diseñado originalmente), a través de su artículo 45.

Por otro lado, la ley bajo comentario profundiza más la diferencia que ya se había establecido previamente en cuanto al acceso de los derechos colectivos para los trabajadores de este tipo de empresas. Como comentamos líneas arriba, el Decreto Legislativo N° 1086 introdujo una regulación restrictiva de este tipo de derechos, al señalar que, para el caso de la pequeña empresa, aquellos eran regulados por las normas aplicables al régimen laboral de la actividad privada, dejando la duda de cuál sería la norma aplicable para el caso de los trabajadores de la microempresa.

La Ley N° 32353 no solo replica esta fórmula, sino que la profundiza al señalar específicamente que *“Los trabajadores de la pequeña empresa tienen, además, los siguientes beneficios: (...) A los derechos colectivos que continúan regulándose por las normas del régimen general de la actividad privada”* (literal c, del numeral 44.3 del artículo 44). Una lectura en sentido contrario podría llevar a que se sostenga que, dado que la mención a los derechos colectivos se encuentra únicamente para el caso de los trabajadores de la pequeña empresa, los trabajadores de la microempresa no tendrían dichos derechos.

Dicha interpretación, sin duda, es absolutamente refutable con, por lo menos, dos argumentos concretos. El primero es que el artículo 40 de la Ley N° 32353 conserva la fórmula del respeto de los derechos laborales fundamentales, incluyendo expresamente la obligación de *“[r]espeter el derecho de los trabajadores a formar sindicatos, así como no interferir con el derecho de los trabajadores a elegir o no elegir y a afiliarse o no a organizaciones legalmente establecidas”*, sin establecer distinción entre los trabajadores de la micro y la pequeña empresa. El segundo argumento, y probablemente el más importante, es que el artículo 28 de la Constitución Política del Perú no da margen a establecer una diferenciación en el acceso del derecho a la libertad sindical, en función del tipo o tamaño de empresa, lo que es concordante con el artículo 2 del Convenio núm. 87 de la OIT.

De hecho, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado, justamente sobre el caso de restricciones a la libertad sindical para el personal de micro o pequeñas empresas, que *“la excepción del derecho de formar sindicatos en las pequeñas empresas que emplean diez o menos trabajadores (...) constituiría una clara contravención del artículo 2 del Convenio núm. 87 que estipula que los*

*trabajadores sin ninguna distinción tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes o de afiliarse a las mismas*¹¹.

Por lo tanto, sostener que los trabajadores de las micro empresas no gocen del derecho a la libertad sindical (y los derechos derivados de tal derecho fundamental) es una interpretación absolutamente inconstitucional que, lamentablemente, no es aclarada -sino empeorada- por la nueva redacción de la Ley N° 32353.

2. Las modificaciones incorporadas

Luego de esta descripción, concentrémonos en los cambios específicos que se han producido a raíz de esta nueva legislación. El primero, y probablemente el que mayor atención ha generado, es el relativo a la conservación de los beneficios derivados del régimen especial.

La fórmula que se encontraba presente en el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE era la siguiente: si una micro o pequeña empresa superaba el nivel anual de ventas definido a nivel legislativo (150 y 1,700 UIT, respectivamente) por dos años consecutivos, podía conservar los beneficios del régimen especial por un período adicional de uno y dos años, respectivamente. Luego de ese período, la empresa pasaba definitivamente al régimen laboral que le corresponde (artículo 51).

Con la Ley N° 32353 esta disposición ha sido modificada. De acuerdo con el artículo 45 de dicha norma, ahora el período por el que podrán conservar ambos tipos de empresas los beneficios derivados del régimen especial es de tres años en total. Asimismo, en *“caso las ventas se reduzcan por debajo del límite antes mencionado, la empresa podrá retornar a su régimen laboral registrado previamente”* (último párrafo del artículo 45 de la Ley N° 32353). Esto implica dos cambios relevantes. Primero, se amplía el período durante el cual una micro o pequeña empresa puede permanecer en este régimen, incluso si ya no cumple los requisitos. Segundo, si en el futuro sus ventas anuales disminuyen, la empresa podría volver a acogerse al régimen especial.

11 Párrafo 415, de la Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, recuperado a partir de: https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO:70002:P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3944255,3. Consulta realizada el 11 de agosto de 2025.

Tal como se ha advertido, esta redacción genera dos posibles problemas (La Rosa, 2025). El primero es que no se ha establecido la oportunidad en la que se debe computar la reducción de las ventas anuales. No se precisa si la reducción debe producirse dentro de los tres años de gracia o si, aun transcurrido dicho plazo y aplicado un régimen mayor, la empresa podría retornar al régimen especial.

Y, en caso se acepte esa segunda postura, es decir, se haya permitido que trabajadores que antes tenían acceso solo a los beneficios limitados del régimen especial y, posteriormente, gozaron de los beneficios de un régimen laboral mayor, ¿se les podrá volver a considerar dentro del régimen especial primigenio que les fue aplicado al inicio de su vínculo laboral, reduciendo los beneficios que ya estaban gozando? Como advierte La Rosa (2025), esta redacción plantea riesgos interpretativos y posibles vulneraciones al principio de intangibilidad de los contratos, reconocido en el artículo 62 de la Constitución.

Es muy probable que esta situación deba ser atendida por el futuro reglamento de la Ley N° 32353, el cual deberá no solo resolver las interrogantes planteadas, sino asegurar que los trabajadores que ya gozaron de los beneficios de un régimen mayor (por la superación del límite de las ventas anuales establecido legalmente), no experimenten una reducción directa en sus condiciones de trabajo.

El segundo cambio que se puede anotar en materia laboral es uno vinculado con la inspección del trabajo. Si bien la Ley N° 32353 conserva la fórmula de la meta de inspección anual no menor al 20%, que ya contenía el artículo 57 del Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, hay algunos cambios que deben ser resaltados. El primero es que el artículo 57 de dicha norma situaba dicha meta específicamente para las microempresas (que, proporcionalmente, representan la categoría de mayor representación en nuestro país). En cambio, el artículo 52 de la Ley N° 32353 establece que para el cómputo de dicha meta también se puede considerar a las pequeñas empresas¹², reduciendo, en la práctica, el número de microempresas que obligatoriamente debían ser sujetas a acciones de fiscalización.

12 Así lo establece el numeral 52.1 del artículo 52 de la Ley N° 32352: *“La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) y los gobiernos regionales realizan la fiscalización de la micro y pequeña empresa - Mype, establecen metas de inspección anual no menores al veinte por ciento de las Mype a efectos de cumplir con las disposiciones del régimen laboral especial establecido en la presente ley.”* (énfasis añadido)

En segundo lugar, el artículo 52 de la Ley N° 32353 replica la fórmula previa de señalar que “[l]a determinación del incumplimiento de alguna de las condiciones indicadas da lugar a que se considere a la Mype y a sus trabajadores, excluidos del régimen especial y genera el cumplimiento del íntegro de los derechos contemplados en la legislación laboral y de las obligaciones administrativas conforme se hayan generado”. El problema con dicha disposición normativa es que no operativiza específicamente cuáles son esas condiciones indicadas que habilitan la “exclusión” del régimen especial, replicando un problema arrastrado por la redacción previa del Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE.

Ahora bien, lo que sí se presenta de forma diferente es tanto el porcentaje aplicable a la reducción de las multas para las micro y pequeñas empresas, junto con la incorporación de las medidas de educación previas a la aplicación de multas por infracciones leves.

Con relación al primer punto, debe recordarse que la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, estableció que “la sanción que se imponga por las infracciones que se detecten a las empresas calificadas como micro o pequeñas empresas conforme a ley se reducen en 50%” (artículo 39). La aprobación de la Ley N° 32353 ha supuesto un cambio a dicha fórmula, pues ha establecido dos topes diferenciados. Mientras que el límite del 50% se mantiene para las pequeñas empresas, para el caso de las micro empresas, la reducción ahora será del 70% (esto significa, directamente, una reducción en el monto máximo a ser impuesto como sanción para dichas empresas).

En lo que respecta al segundo aspecto, el artículo 48 del Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE regulaba el acompañamiento laboral para las microempresas, estableciendo específicamente que las micro empresas “gozan de un tratamiento especial en la inspección del trabajo (...), por el que ante la verificación de infracciones laborales leves detectadas deben contar con un plazo de subsanación dentro del procedimiento inspectivo y una actividad asesora que promueva la formalidad laboral”. Asimismo, el referido artículo establecía que dicho beneficio no era aplicable en caso de reiterancia de obligaciones laborales sustantivas, ni de aquellas relacionadas a la protección de los derechos fundamentales laborales. Finalmente, se concluía señalando que este tratamiento especial regía por tres años, desde el acogimiento al régimen especial.

La Ley N° 32353 no ha replicado la fórmula mencionada y, al modificar el artículo 39 de la Ley N° 28806, introdujo que, en la fiscalización de infracciones leves, SUNAFIL debe aplicar, primero, una medida educativa, antes de cualquier sanción. Asimismo, ha establecido que estas medidas educativas deben ser definidas por resolución y pueden incluir capacitaciones presenciales en sus locales o en la empresa, entrega de material instructivo u otros medios (presenciales o virtuales). Asimismo, no se aplicarán medidas educativas a micro y pequeñas empresas con titulares o socios condenados por delitos contra los derechos de los trabajadores ni a entidades públicas.

Finalmente, se indica que la medida educativa debe notificarse en un máximo de 30 días hábiles desde la notificación de la infracción. En caso la empresa no cumpla con la medida educativa, se aplicará la sanción correspondiente. Asimismo, si es que SUNAFIL no cumple con notificar la medida en el plazo establecido, no podrá aplicar sanción alguna por la infracción detectada.

Al respecto, como se podrá apreciar, la modificación introducida por la Ley N° 32353 amplía el tratamiento especial que antes se otorgaba únicamente a las micro empresas para infracciones laborales leves, extendiéndolo también a las pequeñas empresas. Este cambio implica que un mayor universo de empleadores podrá beneficiarse de medidas educativas antes de la imposición de sanciones, lo que, en la práctica, reduce el efecto disuasivo de la fiscalización para un segmento más amplio de unidades productivas (que tienen un mayor número de ventas y de personal).

Si bien la capacitación y la asesoría son herramientas valiosas para promover el cumplimiento normativo, la extensión indiscriminada de este beneficio puede debilitar la capacidad sancionadora en sectores donde las infracciones no son necesariamente producto del desconocimiento, sino de decisiones deliberadas de incumplir.

Por otro lado, los cambios recientes exigen que SUNAFIL notifique la medida educativa en un plazo máximo de 30 días hábiles desde notificada la infracción, bajo riesgo de no poder sancionar luego dicha infracción. Este requisito, aunque pensado como una garantía para las empresas, plantea un serio problema de viabilidad: la propia SUNAFIL enfrenta limitaciones estructurales de personal y cobertura –como lo han señalado estudios como Viollaz (2016, 2017, 2019)–, los que dificultan la posibilidad de cumplir con plazos tan estrictos,

sobre todo si se considera la logística de coordinar capacitaciones presenciales o personalizadas. El riesgo evidente es que este nuevo esquema termine generando espacios de impunidad, no por voluntad normativa, sino por incapacidad operativa de la autoridad inspectiva para cumplir los plazos.

3. La oportunidad perdida

Este último comentario nos permite entrar al cierre de este trabajo. Como se podrá apreciar, la medida educativa previa a la sanción, al extenderse a las pequeñas empresas y al imponer plazos perentorios poco realistas para SUNAFIL, puede terminar debilitando aún más la efectividad de la inspección laboral en los segmentos de menor tamaño empresarial, justamente donde la informalidad y el incumplimiento presentan mayores índices.

Y esa es, a mi criterio, la principal oportunidad perdida. Si, como hemos visto, el tránsito hacia la formalización laboral de las micro y pequeñas empresas no depende exclusivamente de la flexibilización laboral, sino que debe venir acompañada de programas integrales que se enfoquen en determinantes de mayor relevancia (como el fomento de la productividad e innovación), así como en el fortalecimiento de la capacidad de fiscalización del Estado (esto es, del “*enforcement*”), esta nueva ley falla en abordar dichos aspectos.

Ni retoma los programas de diversificación productiva, los cuales tenían un fuerte componente en la identificación de *clusters* y sectores de unidades productivas con potencial de crecimiento (Ghezzi y Gallardo, 2013), ni se centra en el fortalecimiento de uno de los aspectos clave en esta materia: la inspección del trabajo. A los documentados déficits y recursos escasos de este sector se le suma, ahora, la imposición de cargas adicionales sin un acompañamiento de fortalecimiento logístico y presupuestal. Peor aún, estas cargas establecen plazos sumamente cortos de realización (30 días hábiles de notificación para programas que, solo en su diseño, pueden demandar mayor tiempo aún).

Asimismo, la Ley N° 32353 descuida una de las medidas que mayor despliegue ha tenido en los últimos años por la inspección del trabajo: el envío de cartas disuasivas cuyo impacto, de forma relativamente reciente, ha sido estudiado. En un experimento liderado por Bosch, González y Silva-Porto (2020), se demostró que, el envío de cartas de la SUNAFIL con mensajes disuasivos y una

amenaza creíble de sanción generó incrementos en la formalización de alrededor del 10%, en comparación con cartas disuasivas que no se concentraban en la posible sanción, sino únicamente en los beneficios del cumplimiento normativo.

Este resultado confirma que la fiscalización, cuando es visible y acompañada de un riesgo real de sanción, puede producir cambios significativos¹³. Sin embargo, la Ley N° 32353 descuida la oportunidad de institucionalizar este tipo de iniciativas que, en la práctica, han probado tener un mayor impacto.

En síntesis, esta era la oportunidad para que el Congreso exigiera un balance real sobre la aplicación del régimen laboral especial de la micro y pequeña empresa, identificara los cuellos de botella que impiden el tránsito hacia la formalidad y promoviera medidas con respaldo empírico. Lamentablemente, se prefirió disfrazar como nueva, una vieja estrategia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alaimo, V., Bosch, M., Kaplan, D. S., Pagés, C., & Ripani, L. (2015). *Empleos para crecer*. Recuperado a partir de: <https://doi.org/10.18235/0000139>
- Bosch Mossi, M., González, S., & Silva-Porto, M. T. (2021). *Chasing informality: Evidence from increasing enforcement in large firms in Peru* (IDB Working Paper Series No. IDB-WP-01222). Inter-American Development Bank. <https://www.econstor.eu/handle/10419/237500>
- Canessa Montejo, M. F. (2013). *Material de lectura – Tema 4: La aplicación de la flexibilización laboral en el Perú (1990-2000)* [Material de curso de Sociología del Trabajo]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Chacaltana Janampa, J. (2001). Políticas públicas y empleo en las pequeñas y microempresas en el Perú (SEED Working Paper No. 56). International Labour Office. <https://researchrepository.ilo.org/esploro/outputs/encyclopediaEntry/Políticas-publicas-y-empleo-en-las/995369865702676>
- Chacaltana, J. (2009). *Economic implications of labour and labour-related laws on MSEs: A quick review of the Latin American experience* (Employment

13 Se debe tener en cuenta que el experimento solo se aplicó en empresas de más de 50 trabajadores y el mayor impacto se concentró en las empresas grandes.

Working Paper No. 31). International Labour Office. <https://researchrepository.ilo.org/esploro/outputs/encyclopediaEntry/Economic-implications-of-labour-and-labour-related/995219370902676>

Chen, M. (2012). *La economía informal: definiciones, teorías y políticas*. Cambridge: Wiego. <https://www.wiego.org/sites/default/files/publications/files/Chen-Informal-Economy-Definitions-WIEGO-WP1-Espanol.pdf>

Cuadros, F. (2016). *La informalidad laboral en el Perú y propuestas para su reducción* [Presentación en diapositivas]. Trabajo Digno. <http://trabajodigno.pe/regulacion-laboral-2/>

De Soto, H. (1986). *El otro sendero: La revolución informal* (3.^a ed.). Editorial El Barranco.

Díaz, J. J., Chacaltana, J., Rigolini, J., & Ruiz, C. (2018). *Pathways to formalization: Going beyond the formality dichotomy: The case of Peru* (Policy Research Working Paper No. 8551). World Bank Group. Recuperado a partir de <https://grade.org.pe/en/publicaciones/pathways-to-formalization-going-beyond-the-formality-dichotomy-2/>

342

Ermida, O. (2000). La flexibilidad. En *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú* (pp. 3–26). Oficina Internacional del Trabajo. https://staging.ilo.org/public/libdoc/ilo/2000/100B09_149_span.pdf

Galicia Vidal, S. R. (2017). *Derecho e informalidad: Explicaciones alternativas a la relación entre el derecho laboral y la informalidad a partir del caso de Gamarra* [Tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Institucional PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/9944>

Galicia Vidal, S. R. (2023). Régimen laboral de la micro y pequeña empresa: Cuestiones previas y aspectos críticos. En M. F. Canessa Montejo (Coord.), *Los regímenes laborales especiales: El archipiélago normativo del ordenamiento laboral peruano* (pp. 81–101). Palestra Editores.

Ghezzi, P., & Gallardo, J. (2013). *Qué se puede hacer con el Perú : ideas para sostener el crecimiento económico en el largo plazo*. Universidad del Pacífico. <http://hdl.handle.net/11354/2429>

- Jessen, R., & Kluve, J. (2021). *The effectiveness of interventions to reduce informality in low- and middle-income countries: A systematic review* (IZA Discussion Paper No. 14663). IZA Institute of Labor Economics. <https://docs.iza.org/dp14663.pdf>
- La Rosa, S. (13 de junio de 2025). El verdadero gran cambio de la nueva ley MYPE. *Damma Legal Advisors*. <https://www.damma.com.pe/el-verdadero-gran-cambio-de-la-nueva-ley-mype/>
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2022). *Anuario estadístico 2022*. <https://www.gob.pe/institucion/mtpe/informes-publicaciones/3247012-anuario-estadistico-sectorial-2021>
- Ojeda Avilés, A. (2010). *La deconstrucción del derecho del trabajo*. La Ley.
- Pasco Cosmópolis, M., & Neves Mujica, J. (2009). Régimen legal de las mypes: ¿acierto o falla?. *THEMIS Revista De Derecho*, (57), 91-102. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9146>
- Viollaz, M. (2016). *Are Labor Inspections Protecting Workers' Rights? Adding the Evidence from Size-based Labor Regulations and Fines in Peru*, CEDLAS, Working Papers 0205, CEDLAS, Universidad Nacional de La Plata. https://www.cedlas.econo.unlp.edu.ar/wp/wp-content/uploads/doc_cedlas205.pdf
- Viollaz, M. (2018). Are labour inspections effective when labour regulations vary according to the size of the firm?: evidence from Peru. *International Labour Review*. Recuperado a partir de: <https://doi.org/10.1111/ilr.12107>
- Viollaz, M. (2019). “Multiple Violations of Labor Market Regulations: Patterns in the Peruvian Labor Market and the Impact of Enforcement,” CEDLAS, Working Papers 0244, CEDLAS, Universidad Nacional de La Plata. Recuperado a partir de https://www.cedlas.econo.unlp.edu.ar/wp/wp-content/uploads/doc_cedlas244.pdf

Extensión de beneficios pactados entre empleadores y sindicatos minoritarios: estado de la cuestión y propuesta de metodología constitucional para el análisis jurídico laboral de casos

Extension of benefits agreed between employers and minority trade unions: state of the art and proposed constitutional methodology for the labor law analysis of cases

LUIS MENDOZA LEGOAS*

Correo electrónico: lmendozalegoas@puccp.pe.
<https://orcid.org/0000-0002-6247-8400>

RESUMEN: El artículo aborda uno de los temas más discutidos en nuestro medio y procura exponer metodológica y conceptualmente consideraciones para el análisis de la materia, considerando las discrepancias existentes en el ámbito jurisdiccional, administrativo y en los escritos dogmáticos y de perspectiva profesionalizante que se han volcado en medios escritos. Así, se procura ofrecer una revisión de los argumentos existentes y su compatibilidad con ciertos derechos fundamentales, cuyo contenido resulta indispensable para la discusión seria sobre la materia.

ABSTRACT: This article addresses one of the most debated topics in our field, and seeks to present methodological and conceptual considerations for the analysis of the subject, considering the existing arguments in the jurisdictional and administrative spheres, as well as in the dogmatic and professional perspective writings that have been published. Thus, it seeks to offer a review of the existing arguments and their compatibility with certain fundamental rights, the content of which is essential for a serious discussion on the subject.

PALABRAS CLAVE: Sindicatos, minoritario, beneficios, empleador, extensión

KEYWORDS: Trade unions, minority, benefits, employer, extension

Recibido: 10/08/2025

Aceptado: 14/09/2025

Publicado en línea: 03/11/2025

* Profesor universitario. Magíster en relaciones industriales y de empleo por la Universidad de Turín y el Centro Internacional de Formación de la OIT. Vocal titular de la primera sala del Tribunal de Fiscalización Laboral.

SUMARIO: I. Estado de la cuestión en la praxis jurisdiccional y administrativa. II. La posición que sostengo. La metodología procurada. III. El problema de la extensión de beneficios de un sindicato minoritario dentro del modelo constitucional de libertad sindical. 1. ¿No quiero afiliarme, no puedo afiliarme o ignoro el asunto?. 2. La funcionalidad de los criterios de representatividad y la minoría en las relaciones colectivas de trabajo. 3. Los actos antisindicales en su modalidad de discriminación indirecta y la cuestión de la extensión de beneficios. 4. La fuerza vinculante del convenio colectivo de trabajo. 5. La dimensión salarial de la facultad organizativa del empleador como escenario típico de las tensiones propias del ejercicio del poder normativo empresarial y los derechos sindicales. 6. La extensión como acto de injerencia. IV. Algunos casos prácticos. V. Conclusiones. Bibliografía

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA PRAXIS JURISDICCIONAL Y ADMINISTRATIVA.

La casi inadvertida emisión de la Casación Laboral 50298-2022 Lima, del 30 de abril de 2025, podría generar interrogantes acerca de cuál es, finalmente, la posición sobre la que se ha emitido doctrina jurisprudencial con respecto a la interpretación de la regla del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) que se ocupa sobre el ámbito subjetivo de los convenios colectivos de trabajo. La aplicación de la citada regla no parece haber sido resuelta concluyentemente, si se toma en cuenta la existencia de otros pronunciamientos de la misma Corte.

Es relevante esclarecer este tema pues actualmente asistimos a una polémica en la que se argumenta, con vivo apasionamiento, en pos y en contra de la extensión de beneficios acordados entre empleadores y sindicatos minoritarios. Muchas veces —por buscar demostrar las mejores razones que sean consistentes con la perspectiva adoptada por quien argumenta— se omite que nos encontramos ante un problema jurídico que reviste cierta complejidad, pues intersecta a una pluralidad de instituciones legales. En este trabajo pretendo examinar algunos de los argumentos expuestos dentro del estado de cuestión, con el propósito de contribuir metodológicamente en la evaluación que tienen a su cargo operadores de diverso ámbito —órganos jurisdiccionales, como administrativos, como también abogados patrocinantes y estudiantes que se aproximan a este

tema— todos quienes están llamados a participar con algunas precauciones conceptuales respecto de este asunto.

Dentro de la jurisprudencia constitucional, un par de pronunciamientos del TC se refieren a casos en donde un empleador ha ofrecido pagos económicos coetáneos y semejantes a los acordados con un sindicato minoritario para un grupo de trabajadores que no está sindicalizado.

En el caso del expediente 2789-2021-PA/TC, el TC ha establecido —por mayoría y con ayuda del voto dirimente de su entonces presidente— la improcedencia del recurso de agravio constitucional. La tesis prevalente ofrecía como resultado que la Casación 20956-2017 Lima ya había expresado razones que no convenía reexaminar.¹ El voto minoritario anexo a dicha decisión consideró que debía ponderarse a la decisión de la empresa —fundamentada en la libertad de empresa— con los derechos a la libertad sindical y la igualdad.

Años después y con otra conformación del TC, su Sala Segunda convalidó la entrega de un incremento remunerativo a lo largo de cuatro años —antes de la fecha de presentación de los pliegos de reclamos en cada uno de esos años— al amparo de una política de empresa que excluía, de forma explícita, a los sindicalizados de su ámbito de regulación. La Sentencia del 20 de mayo de 2024 (expediente 4818-2022-PA/TC) argumenta, sobre la libre sindicación negativa, que no está probado que quienes no se afilian al sindicato mantengan esa decisión por la operación del empresario. De otro lado, se sostiene que el nexo causal entre la desafiliación de 22 de los 153 afiliados en 2017 no resultaría una prueba suficiente.

Por razones atribuibles a los planteamientos que cada caso trasladó al TC, ambas decisiones emitidas por el máximo intérprete de la Constitución tienen distintos parámetros de control jurídico. En el primer caso citado se resuelve la autorización de la extensión desde la base de la libertad del empresario ante un grupo de reglas y principios que, en la línea de pensamiento que venimos expo-

1 La casación aludida convalidó la extensión del “bono por cierre de pliego” bajo la forma de un “bono por integración”, adoptando un argumento que podemos resumir en que la ley no prohíbe al empleador la extensión unilateral, conforme con su fundamento jurídico décimo quinto. Se trata de una invocación al principio dispositivo que parece sugerir la inexistencia de un bloque de legalidad en la materia, al ni siquiera sopesar razones que puedan definir límites al poder de dirección que provengan de normas jurídicas aplicables al caso.

niendo, parece insuficiente por no justificar el razonamiento legal en el modelo de pluralidad sindical ni en los fundamentos de las reglas de representatividad. Tampoco se observa, en este caso, una consideración sobre los actos antisindicales ni sobre la discriminación indirecta. En el segundo pronunciamiento se expone primordialmente la falta de correlación entre la operación de la extensión y el presunto daño a la libertad sindical (la desafiliación), así como la invocación descontextualizada de la libertad sindical negativa (al referirse a la falta de prueba de que la falta de afiliación provenga de los comportamientos del empresario).

Recientemente, Boza y Briones (2024, p. 77) han ofrecido uno de los elencos más completos de sentencias casatorias emitidas alrededor de esta polémica. Se trata de 15 casaciones que acogen la tesis favorable a la extensión de beneficios del convenio colectivo acordado con un sindicato minoritario, dadas entre 2010 y 2016, en un primer tramo y entre 2018 a 2023. Añaden cuatro casaciones entre 2016 y 2017² que plantearon que esta extensión no era posible y 20 que, entre 2017 y 2022, acogieron una tesis mixta: denegatoria de la extensión, aunque con importantes excepciones (que, a la larga, suponen una autorización fáctica). Es importante subrayar, en ese conjunto de pronunciamientos provenientes de la judicatura, al VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, emitido en 2019, y cuyo objetivo unificador permitía establecer que el estado de cuestión judicial se posicionaba, con claridad, en favor de la extensión de beneficios.

Esta tesis parece haber sido rectificada en la Casación Laboral 50298-2022 Lima, donde la Corte Suprema ha sentado doctrina jurisprudencial respecto de este asunto, la que parece rectificar el criterio antes sostenido. Expresamente, el cuarto fundamento jurídico establece lo siguiente:

Cuarto. Doctrina Jurisprudencial: interpretación del artículo 42° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo
[...]

3. Tratándose de sindicatos minoritarios, los efectos de los convenios que celebren solo podrán extenderse a sus afiliados y no pueden hacerse extensivos a quienes no los integran.

2 Cuando menos, en el año 2017 se registra una Casación adicional en este grupo, como es la Casación Laboral 1315-2016 Lima. En particular, esta casación recoge, dentro de su fundamentación, a lo resuelto por el TC en la Sentencia del expediente 3655-2011-PA/TC, que definió a las minorías sindicales como objeto de protección dentro de los sistemas de mayor representación.

Con perspectiva unificadora, esta referencia podría ser interpretada como el retorno sigiloso de la tesis que restringía la extensión de beneficios desde sindicatos minoritarios. Más aún si la Corte Suprema expresa, en el quinto fundamento jurídico de su decisión, que se aparta de la interpretación preexistente del artículo 42 del TUO de la LRCT efectuado por el mismo órgano jurisdiccional. Lamentablemente, la ausencia de un razonamiento extendido sobre la materia evita que pueda concluirse esto categóricamente, pues la Casación Laboral 50298-2022 Lima y aquella a la que alude al apartarse, resuelven un problema jurídico puntual: si prestadores de servicios que alegan que no pudieron afiliarse a un sindicato por la modalidad de contratación a la que se encontraban sujetos, debido a la decisión de su empleador, tienen derecho a los beneficios sindicales logrados durante ese periodo.

En relación con la posición del Tribunal Constitucional, desde la segunda década del presente siglo cabe referirse a dos sentencias emitidas en el Sento del máximo intérprete de la Constitución. La primera, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional, unánimemente sostuvo que la exclusión de los afiliados de un sindicato minoritario de los aumentos salariales resultaba justificado pues supone un trato diferenciado o desigual no antijurídico ya que quienes estaban sindicalizados podrían aspirar a tales aumentos a través de la negociación colectiva (fundamentos jurídicos 7 a 9 de la Sentencia del 24 de octubre de 2011, expediente 2974-2010-PA/TC). En cambio, la Sala Primera del Alto Tribunal resolvió que constituía un acto discriminatorio el que se ofrezcan condiciones diversas por razón del estatus de afiliado o no afiliado a un sindicato, por lo que (en este caso) se consideró como acto antisindical el otorgamiento de tales incentivos económicos (fundamento jurídico 11 de la Sentencia del 2 de noviembre de 2011, expediente 2476-2010-PA/TC).

El tema ha permanecido dentro de una relativa indefinición dentro de los pronunciamientos del máximo intérprete de la Constitución. Más adelante, a través de la sentencia interlocutoria del TC del 23 de junio de 2021 (expediente 1073-2021-PA/TC), se estimó, al declararse como improcedente un recurso de agravio constitucional, que no existía razón para cuestionar una resolución expedida por el Octavo Juzgado de Trabajo de Chiclayo que calificaba a la tesis de la extensión de beneficios acordados con sindicatos minoritarios como una restricción formal que podría verse superada, al ofrecer “un tratamiento remunerativo de notoria inequidad ante la aplicación voluntaria que efectúa el

empleador a la totalidad de trabajadores”. Este criterio fue validado, indicándose que el órgano judicial había expresado sus razones sin que la sala estime que exista reproche alguno sobre la motivación de lo resuelto.

Posteriormente, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional del 20 de mayo de 2024 —expediente 4818-2022-PA/TC— ha fallado considerando que una práctica acreditada de extensión de beneficios no fue antijurídica al no haber impedido las negociaciones colectivas que el empleador y sindicato afectado por la medida culminaron con acuerdos a lo largo de cuatro años. La sala del Alto Tribunal consideró que como los afiliados al sindicato percibían aumentos remunerativos respectivos, los que, además, pese a ser en sustancia coincidentes con los que la empresa adelantaba a los no afiliados antes de que se suscriba cualquier acuerdo con la organización de trabajadores, no resultaban en afectaciones contrarias al contenido protegido de la negociación colectiva (fundamentos jurídicos 13 y 14).

Finalmente, el Tribunal de Fiscalización Laboral, instancia de revisión de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, también participa de la polémica, con un entendimiento sobre la cuestión que contemporáneamente objeta lo resuelto por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Los precedentes establecidos por el colegiado administrativo en las Resoluciones de Sala Plena núm. 9-2022-SUNAFIL/TFL, 4-2023-SUNADIL/TFL y 26-2024-SUNAFIL/TFL ha establecido, en suma, que la extensión de beneficios fuera de lo permitido por el modelo legal —que examinaremos a partir de los artículos 9 y 42 del TUO de la LRCT— supone un comportamiento antisindical, sin que se requiera de la comprobación de un daño palpable en la organización minoritaria que padece el acto antisindical. El tribunal administrativo, definiendo a las reglas de extensión de beneficios conforme a los atributos de representatividad o no del sindicato participante del acuerdo junto con la naturaleza del beneficio pactado, ha calificado a la extensión como un acto que desobedece la fuerza vinculante plasmada en el ámbito subjetivo del convenio colectivo ordenado por las reglas imperativas del modelo de relaciones colectivas de trabajo, reglas a las que, por cierto, les ha atribuido un carácter imperativo sobre la pretendida autorización de un sindicato minoritario al empleador para extender los acuerdos convenidos.

II. LA POSICIÓN QUE SOSTENGO. LA METODOLOGÍA PROCURADA

Cuando someto este tipo de casos a la evaluación de mis estudiantes de la clase de Derecho Laboral General que dicto en la Facultad de Derecho de la PUCP —personas que nacieron alrededor de la época en la que se aprobó el TUO de la LPCL— les advierto que se acompañan lecturas de autores que argumentan en contra de la extensión de beneficios y a favor de este criterio. Procuro no develar mi posición, para que los y las estudiantes evalúen los razonamientos expuestos por ambas fuentes y así no traten de argumentar, convenientemente, en la misma línea de pensamiento del docente. Desde luego, quienes han seguido las clases con mayor atención podrían inferir qué posición sostengo, pero si son personas que tienen tal interés en el aprendizaje del derecho ante casos controversiales, seguramente podrían valorar la posibilidad de arribar a conclusiones propias y desarrollar así su propio razonamiento legal. Cuando esto forma parte de una dinámica calificada, se premia de forma especial a quien desarrolla argumentos contemplando las ideas de ambas fuentes.

Me parece importante que en el aprendizaje y ejercicio del Derecho existan oportunidades relevantes para la síntesis por el contraste de ideas encontradas. Así, en la examinación de razones alrededor de los problemas jurídicos que motivan este artículo, el valor de la argumentación constitucional y de la lógica formal —por tanto, contra de la invocación de falacias *ad vaculum* o *ad hominem*— resulta esencial para el ejercicio de la profesión, sin perjuicio del nicho ocupacional que se ocupe.

En lo que me corresponde, actualmente cumplo funciones como vocal titular de la primera sala del Tribunal de Fiscalización Laboral. Gané el concurso público de méritos en 2020 y desde 2021, cuando se instaló dicha sala, pude participar en la discusión y formulación de los tres precedentes de observancia obligatoria antes citados, que consagran un entendimiento que considero jurídicamente correcto en relación a la materia. Estos precedentes adoptan algunos parámetros metodológicos que me parece conveniente mencionar: i) se trata de decisiones colegiadas que recogen la interpretación aplicada en varios expedientes, los que reúnen al entendimiento de al menos cinco vocales que alternaron o alternan en la misma sala; ii) se han citado pronunciamientos previos del órgano y otros, incluso de criterios opuestos, añadiéndose a referencias dogmáticas que se juzgan relevantes dentro del ámbito; iii) se han ofrecido razones para apartarse de la tesis del VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en

materia Laboral y Previsional de 2019, que sujeta la extensión de los beneficios de un convenio colectivo ratificado con un sindicato minoritario a condiciones ciertamente imprecisas.

Respecto de lo último, considerando las premisas de la posición divergente, opino que el Tribunal de Fiscalización Laboral ha ofrecido elementos suficientes, dentro de la motivación de los respectivos precedentes, para que se adviertan los fundamentos razonados para abordar los problemas jurídicos relevantes alrededor de la operación de la extensión de beneficios que corresponden a un sindicato minoritario. La suficiencia de la justificación razonada para una decisión de estas características resulta en una exigencia indispensable para la legitimidad de un órgano que administra justicia (en este caso, en la vía administrativa).

Hay algo más que anotar. En este apartado me he permitido aludir a mi experiencia en el órgano pues considero relevante que quienes participan en el debate laboral, en general y, en esta discusión —en particular— expongan si los argumentos que se ponen en blanco y negro encuentran algún elemento subjetivo relevante o hasta conflicto de interés respecto del asunto abordado. Me parece exigible un estándar ético inevitable el que quienes debaten en el derecho con argumentos, así procedan. Sobre todo, si sus argumentos pueden tener (como el caso del suscrito) algún impacto en el ámbito profesional —en mi caso, por la mera circunstancia de ocupar, provisionalmente, una función pública— o, cuando corresponde, por gozar de una reconocida trayectoria en el ámbito profesional o en el académico (y en ambos espacios, en aquellos rarísimos casos donde aplica).

En general, muchos escritos de debate en el Derecho Laboral parecen asignársele al lector la responsabilidad de saber discernir si los argumentos expuestos en los artículos que abordan temas como éstos pueden verse afectados de estos riesgos de parcialización. Esto me parece criticable pues debe considerarse dentro del universo de destinatarios de estos textos a una importante porción de personas que recién atraviesan su formación en el Derecho y por el hecho de que muchas personas prefieren aproximarse únicamente a cuanto resulte congruente con una cierta forma de pensar y argumentar.

Entonces, siguiendo una metodología que revele posibles coincidencias entre los argumentos esgrimidos y la defensa privada de intereses, la persona destinataria del texto deberían contar elementos de juicio para examinar, por

ejemplo, si la tesis de un autor respalda el sentido de las resoluciones que firma (por ejemplo) o si el argumento presentado por alguien redundante en el espectro de la expresión de ideas dispuestas bajo la máxima del diligente patrocinio y sus rendimientos económicos (que son muy justificados en el ámbito forense, pero no necesariamente pueden extrapolarse sin cuidados ya en el ámbito del intercambio de ideas con pretensión académica).

Quiero aclarar que los ejemplos citados a lo largo de este artículo buscan señalar que es preciso invocar un derecho o una libertad de una forma atenta al método sociológico en el Derecho, para evitar construir argumentos falaces desde la lógica formal. Por ejemplo, la construcción del falso dilema (“la diferencia salarial originada en un convenio colectivo celebrado con un sindicato minoritario genera discriminación contra quienes no están afiliados”), sin establecer que, pudiendo existir alguna práctica discriminatoria extraordinaria, el efecto señalado proviene de las reglas dispuestas por el modelo democrático de relaciones sindicales. Otro ejemplo muy manido en estas construcciones argumentativas es la falacia *ad verecundiam* (“si la Corte Suprema lo sostiene, es necesariamente cierto”), sin examinarse la suficiencia de la motivación desplegada por aquel Alto Tribunal con respecto a si el derecho a la igualdad de trato es realmente un pretexto justificante para la extensión de este tipo de beneficios. También encontramos falacias *ad ignorantiam* (“no se ha demostrado que los trabajadores no sindicalizados deseen sindicalizarse, por lo que tienen que, necesariamente, ejercer la libertad sindical negativa”).

De esta manera, solo tras una construcción lógica formal válida, los argumentos puestos en escrito deben ser examinados por lectoras y lectores, especialmente quienes deben resolver controversias jurídicas respecto de estos temas. Tras esta opción metodológica, debe establecerse una argumentación constitucional que examine a las instituciones jurídicas en concurso. Procuraremos explicar esta secuencia en la sección siguiente.

III. EL PROBLEMA DE LA EXTENSIÓN DE BENEFICIOS DE UN SINDICATO MINORITARIO DENTRO DEL MODELO CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD DE SINDICAL

Es importante observar que, sin perjuicio de la opinión que se tenga sobre un sindicato, un grupo de ellos —o sobre la totalidad de estas organizaciones—

que su actividad recae en la base misma de nuestro modelo jurídico de relaciones laborales. Son actores que intermedian entre los sujetos que los constituyen y el empleador o conjunto de empleadores ante los que negocian. La función que cumplen es doble: la prototípica regulatoria —tan explorada en la dogmática y que puede ser ejercida por aquellas organizaciones que finalmente se consolidan dentro de su ámbito— y otra función que, en países como el nuestro, muchas veces explica a la existencia del propio sindicato: la función defensiva ante incumplimientos laborales del empleador.

La polémica que nos interesa explorar es una que se produce dentro del ámbito de la empresa, cuestión que nos exonera de contemplar aquí al panorama amplio de la libertad sindical. Además, el nivel de empresa es el contexto en donde la sindicación peruana se presenta de forma prevalente, esto muy a pesar de un número no especificado de trabajadores que laboran en empresas que no superan los veinte trabajadores, lo que supone una grave restricción legal a la libertad sindical en nuestro país. Se ha especulado que esta regulación ha contribuido al permanente declive de la tasa de sindicalización en Perú, la misma que representa un 4.9% de los ocupados en el sector privado formal a nivel nacional (Marcos-Sánchez & Balbín, 2025, p. 10).

354

Las razones por las que existe un modelo constitucional que ofrece una alta valoración sobre la presencia del sindicato pueden evidenciarse desde perspectivas interdisciplinarias. Desde una mirada jurídica —la que interesa aquí—, debe subrayarse la concreción de los valores democráticos y participativos, asignándose un rol social y económico a la asociación sindical para representar a intereses homogéneos dentro del mundo del trabajo, en general, y en su ámbito de incidencia, en particular. Estos intereses combinan expectativas tutelables y también a derechos laborales, propiamente. En razón de lo segundo, el sindicato se comporta como órgano defensivo ante incumplimientos de los derechos laborales de los afiliados y los de la organización, que puedan ser cometidos por el empleador.

Respecto a otros contextos, se alude al rol que cumplen los sindicatos para evitar el crecimiento de la desigualdad económica. Así, citando a un estudio aplicado a los Estados Unidos de Norteamérica, se subraya que la reducción constante de la sindicación y de su influencia puede ofrecer una vía para que se consoliden lógicas de mercado desenfrenadas (Cohen, 2021, p. 229). En

nuestro medio, esta reducción vino acompañada por un giro normativo, que no hizo sino —en palabras de Villavicencio— plasmar una “visión autoritaria y excluyente de las relaciones laborales, que ve al sindicato como un enemigo al que hay que presentar todos los obstáculos posibles para su surgimiento y desenvolvimiento” (2002, p. 221). Por esto, resulta indiscutible la pertenencia de estos grupos al propio modelo democrático de las relaciones de trabajo y su protección ante operaciones que pueden significar actos antisindicales merece un análisis riguroso y no simplista.

Para nuestro tema de investigación, consideramos que, en esencia, no se ha puesto en entredicho a la libertad sindical individual positiva. Si bien algunos escritos cuestionan que los sindicatos minoritarios puedan obtener beneficios que no se apliquen al resto de trabajadores (la literatura que defiende la extensión de beneficios del convenio con el minoritario omite —deliberada o involuntariamente— razonar sobre los artículos 9 y 46 de la LRCT), en el fondo las tintas se han cargado en relación con la *libertad sindical individual negativa*. Así, se ha planteado a esta vertiente de la libertad sindical individual como parámetro de control para justificar a la extensión sobre quienes no están afiliados al sindicato minoritario.

355

1. ¿No quiero afiliarme, no puedo afiliarme o ignoro el asunto?

La dimensión negativa de la libertad sindical no está reconocida expresamente en la Constitución peruana ni en las normas internacionales del trabajo que conforman al bloque constitucional de nuestro sistema jurídico. Sin embargo, no parecen haber razones para dudar de que se trata de una manifestación implícita de la libertad sindical que, de forma precisa, ha sido estimada por los órganos de control de la OIT.

La dinámica propia de una libertad negativa es un asunto que requiere una examinación rigurosa, mayor en todo caso que la que se ha dedicado en nuestro medio. Bobbio (citado por Gianibelli *et al.*, 2011, p. 7) explicaba que la libertad negativa comprende, de forma indispensable, a la ausencia de impedimento (o la posibilidad de hacer) y a la ausencia de restricción. Como recuerda Pamparacuatro —recogiendo en esta parte al pensamiento de Isaiah Berlin— la libertad negativa se relaciona con concepciones formales de ley y de un imperativo ético, constituyendo un valor en tanto que no es susceptible de deformación: se

refiere a la ausencia de coacción y debe ser una libertad semejante para todos (2015, pp. 63-64). De allí que la libertad sindical negativa requiere examinarse en relación con la capacidad de sus agentes de ejercerla contra la posibilidad de verse obligados a realizar alguna acción sindical (típicamente: afiliarse a una organización existente).

Así, la referencia a la libertad sindical negativa puede justificarse en contextos determinados. De manera que, digamos, es distinto interponerla como una libertad defensiva ante cláusulas de seguridad sindical —en el contexto de legislación norteamericana expedida en favor de la sindicación como medida anticíclica de respuesta a la gran depresión— o invocarla en un contexto precario, donde su ejercicio parece ser un acto de resistencia poco favorecido.

Cláusulas como las conocidas como *closed shop* (contratación de empleo exclusiva para afiliados al sindicato pactante), de empleo preferencial (contratación prevalente de afiliados), taller sindicado (tras la contratación libre, el empresario se compromete a lograr la afiliación total de los trabajadores del sindicato negociador), de mantenimiento de la afiliación (que ningún trabajador abandone el sindicato), representan ejemplos que ponen en mayor tensión a la libertad sindical, al contraponerla a la libertad de trabajo. Tales casos representan la típica tensión entre derechos individuales e intereses colectivos tutelables.

Otro grupo de cláusulas también han sido señaladas dentro de esa polémica: las *cláusulas de ventajas reservadas* también encuentran recepción dentro de una tensión típica, por cuanto excluyen a los no afiliados de los beneficios. Sin embargo, en Perú existe un mandato legal en ese sentido, derivado de los artículos 9 y 42 de la LRCT. Bajo esa perspectiva, no se trataría de ventajas reservadas por un mandato delimitador del convenio colectivo, sino una opción claramente anclada en la formulación de los criterios de representatividad habidos en un modelo de pluralidad sindical y de garantía de la sindicación, como resulta ser el caso peruano.

Se puede echar de menos esta conceptualización cuando se examina a la libertad sindical negativa como base argumentativa para sostener a la supuesta legitimidad de la extensión de beneficios pactados con un sindicato minoritario. Entonces, quienes así proceden dedican su atención a una manifestación de la libertad sin reparar en las condiciones indispensables para el ejercicio de la misma. Esto recuerda lo subrayado por Ermida, quien —citando a Mario Grandi— exponía

la perplejidad que merece para un observador externo que en Latinoamérica se preste igual o aún mayor atención a la manifestación negativa que a la positiva de este derecho (2012, p. 51). No parece ser una cuestión exclusiva de esta parte del mundo, en todo caso, si tomamos en cuenta que Ferradans informa que ha llevado a que en la práctica española no se observe una difusión de cláusulas que amplíen o mejoren los derechos de los afiliados a los sindicatos (2015, p. 273).

Lo cierto es que la enunciación de una libertad sindical negativa debe recaer en ciertas condiciones objetivas determinables en el contexto, lo que hace que este ejercicio negativo se defina no por actitudes omisivas como sí por manifestaciones expresas de voluntad. Por eso, de forma acertada proceden Matos y Manrique cuando, por ejemplo, alegan que la imposición de la agremiación a un colegio profesional resulta un supuesto análogo a la afectación a la libertad sindical negativa, por compelerse a personas a asociarse (2020, p. 79). En ese caso se evidencia una obligación tendente a la asociatividad, que entonces, ya no será libre. Llevado el caso a la libertad sindical negativa, Sanguinetti ha precisado que el trabajador que la ejerce debe desear no ejercer la afiliación (s/a, p. 12).

En cambio, en ediciones pasadas de esta revista *Laborem* constan esfuerzos argumentativos tendentes a equiparar al otorgamiento de beneficios para trabajadores afiliados a un sindicato minoritario con un comportamiento compulsivo que buscaría obligar a quien no forma parte de un sindicato a afiliarse a él contra su voluntad (Pasco, 2023, p. 274). Del mismo modo, otros sostienen que todo trabajador no afiliado a una organización sindical es un trabajador que ejerce la libertad sindical negativa (Cornejo, 2023, p. 264). No parecen trasladar ideas muy precisas sobre la libertad si consideramos las cosas con cuidado.

En el derecho comparado, la judicatura también ha resuelto con una mirada suspicaz sobre la diferencia de trato basada en la sindicación. Ferradans informa, en ese sentido, que cierta jurisprudencia española ha anulado los acuerdos que conllevan a un trato más favorable a los afiliados del sindicato firmante como actos de discriminación que lesionan la libertad negativa. La autora subraya casos donde así se razonó, por ejemplo: la exclusión de los no afiliados de beneficios derivados del cambio de concesionario en un centro de trabajo; o el incremento de la indemnización correspondiente a los afiliados cuando se adopten medidas tales como la reducción de la jornada, la suspensión perfecta de labores o hasta la culminación de contratos (Ferradans, 2015, p. 270).

Estas alegaciones parecen coincidir con la tesis de los Friedman, que consideran a los sindicatos como nuevas clases de grupos privilegiados que reemplazan a otros, generando nuevas desigualdades (Friedman y Friedman, citados por Pamparacuatro, 2015, p. 78). Desde luego, estos autores escribieron esto atendiendo a un contexto con relaciones industriales robustecidas, donde la práctica de actos antisindicales es conjurada, principalmente, por la fuerza de los mismos sindicatos. Pareciera, por tanto, que emplear este tipo de premisa dentro del panorama laboral peruano pudiera ser una importación de dudoso provecho.

Creo que una forma clara de exponer el error resultante de argumentar que los no afiliados a un sindicato minoritario ejercen la libertad sindical negativa de forma necesaria es el pensar en otra libertad y su manifestación negativa (aunque más inusual): la libertad de empresa negativa. El que un emprendedor decida interrumpir su *vita activa* para dedicarse, a tiempo completo, a la meditación y a la vida contemplativa, pudiera significar que, efectivamente, estará ejerciendo la libertad empresarial negativa. Esto es así pues, teniendo condiciones suficientes para realizar actividades tendentes a la obtención de rentas empresariales, simplemente rechaza esta alternativa. En cambio, resultaría más difícil argumentar con seriedad que —digamos— un enajenado en situación de calle ejerce la libertad empresarial negativa: este último supuesto implica que el personaje no tiene siquiera opciones materiales para emprender la libertad en cuestión.

Añadamos otro ejemplo: una persona que, producto de un comportamiento criminal como la extorsión —sufrida en carne propia o padecida por negocios vecinos al suyo— decide dejar de lado la actividad empresarial no estaría ejerciendo, en rigor, la libertad de empresa negativa. Por el contrario, se requerirían medidas jurídicas profilácticas para remover los comportamientos antijurídicos y restituir a la posibilidad de que el sujeto se comporte con libertad. Esto mismo ocurre respecto de la libertad sindical —positiva y negativa— y la remoción de los actos antisindicales y las formas de discriminación directas e indirectas por razón de la sindicación que dificultan adoptar una tesis absoluta sobre la libertad sindical negativa.

Entonces, los linderos de la libertad sindical negativa deben predicarse en donde *de iure* y *de facto* sea posible que se ejerza la opción de sindicalizarse. Así, podríamos descartar argucias argumentativas que, de otro modo, podrían llevar a sostener que los cientos de miles de trabajadores que operan en empresas con

menos de veinte trabajadores ejercen la libertad sindical negativa de, por ejemplo, conformar sindicatos de ámbito superior al de la empresa o de afiliarse a los existentes. La opción, en este caso negativa, se debe determinar por una manifestación de voluntad espontánea antes que por una hipótesis no comprobada.

2. La funcionalidad de los criterios de representatividad y la minoría en las relaciones colectivas de trabajo

Desde 1992, la LRCT contempla entre sus reglas matriz al artículo 9, que otorga al sindicato mayoritario la aptitud de ser parte pactante especial para la eficacia *erga omnes* del convenio colectivo, dentro del ámbito correspondiente. Es así como el modelo legal ha consagrado a la extensión de beneficios universales como un elemento consustancial al estatus de representatividad que goza la organización de trabajadores pactante. La extensión de beneficios, entonces, se fundamenta en dos condiciones: la bilateralidad del acuerdo entre empleador y sindicato pactante y la aptitud de aquella organización de trabajadores: es mayoritario absoluto dentro del ámbito, reuniendo a más de la mitad de los votos.

Los sindicatos se comportan en una libre competencia respecto de la captación de afiliados en sus ámbitos de operaciones. Un sindicato de empresa puede competir con otro u otros, del mismo nivel, de nivel infraempresarial o supraempresarial. El que reúna a más de la mitad de posibles afiliados para su ámbito respectivo adquiere esta aptitud, la misma que es tan dinámica como volátil pueda llegar a ser la afiliación y desafiliación de un sindicato a otro. Además, el propio artículo 9 del TUO de la LRCT admite otra manifestación típica de la democracia representativa: la coalición de dos o más sindicatos para, en una ocasión en concreto, comportarse como un sindicato mayoritario, sin que medie fusión ni absorción entre las diversas personerías jurídicas concurrentes.

El Tribunal Constitucional ha establecido algunos criterios significativos sobre los sindicatos minoritarios. Muchos de ellos, relacionados a la posibilidad de reconocer su capacidad para ser sujetos de la negociación colectiva, aunque con una restricción esencial en relación con la existencia de una organización que afilie a la mayoría de trabajadores en su ámbito. Así, en la Sentencia del Pleno del TC, del 10 de noviembre de 2020 (expediente 3982-2019-PA/TC) se sostiene —recogiendo el sentido de un fallo más antiguo, de la Sala Primera— que los minoritarios no podrían negociar “[...] supuestamente en representación de

todos los trabajadores, y en forma directa al margen del sindicato que represente a la mayoría de los trabajadores” (fundamento jurídico 19).

En efecto, este entendimiento se construye desde la Sentencia de la Sala Primera del TC, del 21 de julio de 2014 (expediente 3655-2011-PA/TC), que fue citada en varias otras sentencias de la misma sala del Alto Tribunal. Lo particular del fallo de la Sala Plena del TC de 2020 es que, recogiendo varios de los fundamentos jurídicos de la sentencia original, se omitió uno que, en particular, cometía un error. El fundamento jurídico 18 de la sentencia de 2014 afirmaba que los sindicatos minoritarios *debían* ser escuchados y sus propuestas integradas en forma activa dentro de la negociación a cargo del sindicato mayoritario, quien tendría —bajo esta particular óptica— “el deber de recibir todas las propuestas de las minorías sindicales y concertar de la mejor forma posible todos los intereses involucrados por las partes involucradas” (fundamento jurídico 18). Lo cierto es que el modelo de mayor representatividad no acoge esta creativa interpretación y existen buenas razones para ello. Incluso no parece que pudiese postularse a esta como una buena práctica sindical, habida cuenta de los frecuentes conflictos inter sindicales existentes y ciertas prácticas antisindicales desplegadas por (o a través de) sindicatos. El modelo de representatividad otorga más poder al mayoritario en un contexto en el que se prohíben las injerencias que también pueden practicar unas organizaciones de trabajadores respecto de otras.

El fallo del 2020 del TC confirma una serie de casos conocidos por el Alto Tribunal en donde un sindicato minoritario coexiste con otro mayoritario. Todos estos casos se resuelven con relativa simpleza: basta invocar las reglas explícitas sobre la *representatividad* del mayoritario y aptitud que los efectos de sus acuerdos adquieran eficacia general (*erga omnes*) debe dilucidarse únicamente por aplicación de una fórmula legal y reglamentaria existente hace más de tres décadas.

En opinión de Neves —recojida por Chinchay (2023, p. 10)— la causa objetiva de la diferente representatividad del sindicato mayoritario versus el minoritario radica en la capacidad de representar a todos, el primero y sólo a sus afiliados, el segundo. En ese sentido, el trato diferenciado impartido por la ley resultaría justificado.

El propio Comité de Libertad Sindical recuerda que el artículo 3, párrafo 5 de la Constitución de la OIT consagra la noción de “organizaciones profesionales más representativas”. En ese sentido, para el órgano de control no

resulta criticable que en un ordenamiento jurídico se trate en forma diferente al sindicato mayoritario y al minoritario, debiendo preservarse, en todo caso, que éste último pueda desplegar su propio programa de acción (Comité de Libertad Sindical, 2018, p. 98).

Apuntando a razones fundamentales, se ha señalado que el mecanismo de la verificación administrativa de la afiliación respectiva, la ausencia de procedimientos y reglas es un asunto sensible, pues la negociación colectiva con eficacia personal es uno de los pilares del sistema democrático de relaciones colectivas (Villavicencio, 2010, pp. 162-163). No es este el único modelo, aunque se verifica que siempre la autoridad administrativa tiene cierto papel en la certificación de la calidad mayoritaria de una organización de trabajadores a través del atributo de la mayoría.³

Un problema adicional es el criterio para determinar el momento en el que el sindicato mayoritario efectivamente reúne el atributo de la representatividad. Acertadamente, Quiñones sugiere que esta oportunidad debe entenderse con arreglo a la magnitud de afiliados de esa organización a la fecha de la presentación del pliego de reclamos (2018, p. 135). Está siempre abierta la posibilidad de que un representativo deje de serlo en cierto punto, bien por la dinámica de libre competencia que rige a los sindicatos en libertad como también por el hecho de que se ensayen estrategias ingenieras para afectar la fuerza negociadora de una organización a través de una forma de comportamiento antisindical: la promoción —expresa o velada— de la desafiliación.

Existen variadas lecturas sobre la relevancia del artículo 9 del TUO de la LRCT, que en todo caso parece ser tenida como regulación cardinal. Bien para hacer cumplir los criterios de representatividad como base para la extensión, o bien para discutir su aplicación con arreglo al modelo de pluralidad sindical. Como hemos afirmado antes, se debe situar a esta regulación en el centro del análisis sobre la naturaleza jurídica del acto de extensión de beneficios pactados con un sindicato minoritario. Sin embargo, ciertos estudios omiten a esta norma. Inclusive, se registra la opinión que niega la existencia de esta regla (Pasco, 2023, p. 287), aunque no está justificado porqué esto se interpretaría de esa forma, por lo que parece tratarse de una alegación errada.

3 Así ocurre, incluso, en un sistema industrial de características tan distintas al nuestro como en los Estados Unidos de Norteamérica. Consúltase en el trabajo del profesor Compa (2019, p. 30).

Un sector de la doctrina parece considerar a la regla contenida en el artículo 9 del TUO de la LRCT como elemento suficiente para explicar el diferente destino del ámbito subjetivo que puede tener el acuerdo: si universal en el ámbito o no. Así, Cárdenas sostiene que la prohibición del segundo tipo de extensión de beneficios se desprende de las reglas de la LRCT (2019, p. 43). En cambio, otros parecen sugerir que el artículo comentado plasma una regulación expresa en relación con la aptitud del sindicato mayoritario para extender los beneficios pactados, sin que necesariamente deba concluirse necesariamente que los minoritarios estén vedados de tal extensión. No otra cosa podría desprenderse de la posición adoptada por Toyama y Torres cuando razonan que el restringir que todos los trabajadores se beneficien de un acuerdo con un sindicato minoritario representa una expresión del modelo de unicidad sindical (2017, p. 293); aunque es preciso advertir que esto se ha sostenido en la doctrina no respecto de la representatividad, como sí del reconocimiento de sindicatos múltiples (Ermida, citado por Morgado, 2021, p. 65).

Parece inconveniente concluir que el artículo 9 enuncia contingentemente a la eficacia *erga omnes* del acuerdo con el sindicato mayoritario. El que no refiera a la extensión del minoritario no es una omisión que pueda integrarse con el principio dispositivo sino una expresión del modelo de representatividad democrática. Parece claro que, en abstracto, esta regla se articula al principio de autonomía colectiva promoviendo que una real capacidad de representar al universo de trabajadores pueda partir de un sindicato con un cierto porcentaje de integrantes del universo respectivo.

Encontramos que el atributo de la representatividad incorpora a un valor que sostiene la arquitectura de la pluralidad sindical y, por lo tanto, que el sindicato mayoritario sea el facultado a activar el deber de negociar del empresario resulta justificado.

3. Los actos antisindicales en su modalidad de discriminación indirecta y la cuestión de la extensión de beneficios

Se ha señalado que el sindicato de empresa es particularmente sensible a los actos de discriminación sindical por encontrarse a mayor disposición del ejercicio desviado del poder de dirección (Ermida, 2012, p. 55). La magnitud de una medida adoptada por el empleador puede medirse entonces respecto

de un ámbito afectado —que, dadas sus características, adquiere un perfil colectivo— y otro que se beneficia del trato impartido por el empleador. Aquí, la inintencionalidad de discriminar recae en el plano fáctico, lo que tiene una serie de consecuencias anotadas por la doctrina: desde enfoques probatorios tendentes al uso de estadísticas referidas a los grupos afectados por el presunto trato desigual hasta la posibilidad de adoptar enfoques en pos de la superación de desventajas históricamente consolidadas (Rodríguez-Piñero, 2022, p. 16).

La igualdad se comporta como un principio jurídico basal para el modelo del Estado social y democrático de Derecho: limita la arbitrariedad de quienes detentan poder y soporta la idea de la justicia social (Seco, 2017, pp. 68-69). Por esto, para determinar en nuestro sistema jurídico a la relación entre este principio y derecho material con el problema de investigación abordado, parece pertinente emplear el método jurisprudencial con atención en lo resuelto por el máximo intérprete de la Constitución, respecto de estos asuntos.

Una referencia trato desigual impartido a sindicalizados y no sindicalizados se puede rastrear en la resolución del 12 de agosto de 2005, cuando el Pleno del TC resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28175. En el fundamento jurídico 23 se alude como ejemplo de discriminación directa a la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros, por su mera condición de no afiliados a una organización sindical.

Como recuerda la doctrina, “el derecho subjetivo a obtener un trato igual pretende evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias” (Eguiguren, 1997, p. 66). Entonces, la inconstitucionalidad del trato diferenciador lo es, precisamente, por consagrar tales arbitrariedades y consolidar una situación en donde un conjunto de individuos obtienen un beneficio antijurídico. No parece ser el caso de los convenios colectivos, que provienen de un producto con especial reconocimiento constitucional (que goza de “fuerza vinculante”) y se desarrolla de acuerdo a un proceso —la negociación colectiva— que es objeto de fomento. Todo esto conforme con el artículo 28 de la Constitución.

Podemos perfilar a la población sindical como una que, en contextos de minoría porcentual dentro del universo de trabajadores asalariados, merece una atención tutelar específica ante comportamientos que quizá no se muestren como comportamientos discriminatorios explícitos, pero que en su aplicación sí adquieran características antijurídicas por afectar al mandato de no discriminación.

La estadística da a entender que es, concretamente, un grupo que subsiste en un entorno particularmente complejo, muy a pesar del enfoque constitucional sobre la dimensión de lo sindical. En esa medida, el análisis de las decisiones empleadoras o los acuerdos que arriben con actores sindicales —inclusive, los propios sindicatos afectados— deben determinarse en función de la medida en que la extensión consiste en una decisión —de fuente unilateral o bilateral, dependiendo del caso— que se permite excluir a un grupo protegido, de forma específica, reportándoles un perjuicio explicado en el ejercicio del derecho constitucional de sindicación.

La atención a la magnitud de la medida y su capacidad de excluir de una decisión en el trabajo a un grupo de personas de un grupo jurídicamente protegido nos recuerda a la doctrina del impacto adverso —*disparate impact*— que se concibió en 1971 cuando la Corte Suprema Norteamericana resolvió el caso *Griggs v. Duke Power Company*, utilizándolo como prueba para evaluar prácticas de reclutamiento de personal bajo criterios que, si bien son técnicamente neutros, afectan desproporcionadamente a los miembros de un colectivo discriminado (Otero, 2022, p. 270; Balta, 1996, pp. 118). Se ha reseñado acertadamente que la construcción de esta técnica varió el enfoque, desplazándolo desde una cuestión subjetiva (la intención de discriminar hacia una de tipo objetivo (la existencia de políticas que generan el efecto discriminatorio), facilitando así que los trabajadores ganen juicios antidiscriminatorios y, de otro lado, obligando a los empleadores a considerar si sus políticas podrían generar efectos discriminatorios sobre colectivos protegidos (Cohen, 2021, p. 199). Si bien se trata de un enfoque sobre la fase de la contratación laboral, ha servido como criterio inspirador para el desarrollo de la discriminación indirecta y, en particular, puede extrapolarse a casos como éste, donde el comportamiento antijurídico discriminatorio se materializa dentro de la relación de trabajo.

Respecto de ambas dimensiones de la discriminación, ya en el ámbito internacional se hizo un enfático recordatorio a las funciones públicas —jurisdiccionales o administrativas— sobre la necesidad de garantizar que los trabajadores y sus representantes gocen de adecuada protección en el empleo contra todo acto de coacción o de discriminación, directa o indirecta, tendiente a menoscabar el ejercicio de su libertad sindical (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 31). Así, para el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, ha

sido importante referir de forma explícita a la discriminación indirecta, que obra de forma subyacente, en el Convenio 98 de la OIT.

Esta precisión es muy importante. Más allá de que existan comportamientos explícitamente antisindicales, se debe tener en cuenta que en la práctica forense se observa esta forma especial de discriminación como manifestación típicamente indirecta. Esto puede obedecer a muy diversas razones, pudiendo presentarse combinadamente cuestiones dentro del pudor comercial (ante el posible descrédito que pudiese surgir tras hacerse conocidas las prácticas antisindicales), para ocultar comportamientos de mala fe en las relaciones sindicales (que pudieran ser tomados como base para pretensiones jurídicas que van desde la imputación causal del arbitraje potestativo hasta la acción por daños y perjuicios) o por el temor de las consecuencias económicas (las que pudiera imponer la Autoridad de Trabajo o las que provienen de un contratante externo que exige el cumplimiento de los derechos fundamentales en el trabajo dentro de su cadena de valor).

Pues bien, un argumento usualmente esgrimido a favor de las prácticas del empleador para evitar que los sindicalizados “cierren el paso” al resto de trabajadores a ser tratados con igualdad cuando las condiciones de empleo se basa en el conflicto entre la libertad sindical y el derecho a no ser tratado con discriminación. La cuestión central a ser resuelta es si la Constitución permite esta diferenciación de trato o si ella es adoptada por un poder privado (en este caso, el del sindicato pactante), frente al cual el poder privado del empleador —convengamos: uno prevalente en el espacio de trabajo— pudiera adoptar algún recaudo, también con base constitucional, para atender a la situación de los no sindicalizados.

En perspectiva, este argumento debe examinarse para determinar si cabe sostener la legalidad de alguna forma de discriminación inversa, orientada a permitir a los no afiliados equiparar su tratamiento jurídico laboral con aquellos que forman parte de un sindicato. No obstante, no podría reconocerse a esta como una acción afirmativa, en tanto que no se observa que los no afiliados pertenezcan a un conjunto de individuos que enfrenten situaciones estructurales de discriminación que deban superar. No sería la extensión de beneficios sobre este universo —ajeno al ámbito de aplicación subjetiva del convenio aplicable— una operación legítima. No se trata de un colectivo que se defina como necesitado de una medida que se oriente a superar obstáculos que impidan la materialización

de la igualdad ante la ley o su aplicación ni formas de intervención que posibiliten un mejor acceso a derechos (Eguiguren, 1997, p. 69). En rigor, se trata de una pluralidad de individuos que pueden elegir la sindicación, pero deciden no hacerlo, o que tienen temor (más o menos fundado, en cada caso) de las consecuencias adversas que les represente el ejercer este derecho o simplemente desconocen de la posibilidad de ejercer acción sindical. Tampoco se descarta que en ese colectivo hayan quienes ignoren de la sindicación o su utilidad.

Por otro lado, debemos notar que resulta común que el comportamiento antijurídico busque ser ocultado por su perpetrador. Invocaciones a la neutralidad del poder de dirección o a la protección de los intereses tutelables de los no sindicalizados han sido argumentados —como hemos pasado revista— en ese sentido. Nada de nuevo tiene esto, razón por la que la teoría del Derecho del Trabajo ha motivado la objetivización de esta forma especial de discriminación, que incluye a un elenco amplio y variado de comportamientos caracterizados por perjudicar indebidamente a un titular —individual o colectivo— de los derechos sindicales en el ejercicio de esa actividad o a causa de ésta (Ermida, 1987, pp. 41-42).

366

El rol del Comité de Libertad Sindical, en ese sentido, se ha caracterizado por su relevancia conceptual y su rigor para calificar comportamientos discriminatorios del empleador por razón del ejercicio de la actividad sindical por parte de sus trabajadores (Rodríguez-Piñero, 2022, p. 12). Estos criterios deben ser contemplados, inclusive, para enjuiciar comportamientos aparentemente tolerados por el mismo órgano de control de la OIT, como se verá más adelante.

4. La fuerza vinculante del convenio colectivo de trabajo

Lo típico y lo atípico en materia de eficacia personal del convenio colectivo de trabajo lleva a entender que mientras que dicha fuente suele ser un instrumento aplicable a los afiliados a la organización sindical pactante, bajo ciertas condiciones, el acuerdo puede extenderse a sujetos que no están afiliados al sindicato. Es más, entre ellos pudiera existir alguna persona que no desee jamás formar parte del grupo de afiliados al sindicato o que nunca jamás forme parte de alguna organización de trabajadores (ejemplos éstos de ejercicio de la libertad sindical negativa, en sentido estricto). Pero igual, de cumplirse las condiciones específicas, el acuerdo les será extensible.

Esta muy interesante cuestión sobre la libertad individual y las imposiciones colectivas provienen de la configuración del modelo de relaciones laborales. Los artículos 23, 28, 58 y 59 de la Constitución reportan un contenido cuya lectura sincronizada sugiere que la sindicación compone al modelo de la economía social de mercado en un entorno democrático. Esto impone que las organizaciones sindicales sean entendidas como agentes de intermediación de intereses dentro de un contexto que intersecta a varios valores relevantes para la Constitución. Así, debe entenderse que el rol autónomo desempeñado por estas organizaciones resulta congruente con la configuración de relaciones colectivas de trabajo con regulaciones razonables, determinadas en procesos significativos de diálogo social.⁴

Consecuentemente, una mirada sistemática a las regulaciones de rango constitucional debe tener en cuenta que el empleador, como centro de imputación de responsabilidades laborales, está sujeto de forma positiva y negativa a varias obligaciones derivadas de esa posición jurídica. Debe evitar que el ejercicio de su poder privado altere el ejercicio de los derechos constitucionales derivados de la libertad sindical o que, en términos del Convenio núm. 98 de la OIT, cometa actos de injerencia o participe de ellos, de alguna forma, directa o indirecta. De otro lado, se encuentra vinculado, positivamente, a deberes relacionados a la negociación colectiva.

En lo que respecta a la eficacia personal del convenio colectivo, existen reglas que se refieren a la posibilidad de la extensión de los convenios a sujetos atípicos: los no sindicalizados. Como se ha visto, las primeras son reglas de representatividad del órgano representativo de trabajadores pactante —si es mayoritario, por vía de la afiliación de los más entre aquellos concernidos en el ámbito o por la coalición de dos o más organizaciones que logran dicha condición— y otras reglas están referidas al convenio colectivo como producto jurídico con eficacia especial. En este apartado, prestaremos atención al segundo tipo de reglas, habida cuenta de lo tratado en el punto anterior, respecto del primer conjunto de ellas.

4 Asimismo, este marco ordena que, cuando resulta necesario, el Estado adopte una actitud promocional para la superación de las desigualdades, pero que no cometa injerencias indebidas dentro de este ámbito. En este trabajo nos enfocaremos en el abordaje garantista antes que el promocional, sin dejar de lado que esta expresión resulta fundamental desde la identificación de los sindicatos como una expresión del pluralismo social y económico (Villavicencio, 2002, p. 211).

La Constitución atribuye al convenio colectivo la “fuerza vinculante”, que —en opinión de la doctrina— ofrece una perspectiva clara en relación con el componente normativo y el atributo de la fuente de Derecho (Boza [1989], citado por Neves, 2024, p. 33). Es una fuente especial del Derecho Laboral: representa a una forma especial de autonomía privada que se busca privilegiar, como es la autonomía colectiva, de naturaleza bilateral y necesariamente arreglada a los márgenes que otorgan las normas imperativas.

Es preciso tener muy en cuenta que los convenios colectivos son acuerdos que vertebran regulaciones privadas dentro del sistema de relaciones laborales, un sistema donde otras regulaciones públicas y privadas coexisten. Respecto de las primeras, existe un deber de respeto del bloque de legalidad existente (sin perjuicio del deber estatal de fomentar a la negociación colectiva como proceso deliberativo para arreglar los contratos colectivos); mientras que respecto de las segundas (otros contratos individuales, así como el poder normativo del empleador) el deber constitucional de fomento del proceso dialéctico asigna a su producto, el convenio colectivo, un rol prevalente.

Estos últimos instrumentos (acuerdos individuales entre el empresario y sus trabajadores o el ejercicio unilateral del poder normativo del empleador) representan un riesgo permanente para el régimen del valor constitucional de la fuerza vinculante del convenio colectivo. La doctrina sostiene que la inderogabilidad *in peius* de las cláusulas del convenio colectivo demanda una “tutela jurídica superior a la función normativa del convenio colectivo respecto de esa misma función desarrollada por el contrato de trabajo” (Valdés, 2004, p. 30).

Ciertamente, al acordar un convenio colectivo, las partes fijan determinados parámetros contractuales. Las cláusulas expresan y, en buena fe, dejan entrever la intención de las partes con respecto al ámbito objetivo de lo acordado (condiciones vinculadas al qué se acuerda y cómo se procedimentaliza su cumplimiento), el ámbito temporal (el lapso en el que se ejecutan los acuerdos) y el ámbito subjetivo (a quienes se le extienden determinados beneficios). Las condicionalidades que afectan a estos ámbitos son determinadas por las normas estatales y por el principio dispositivo.

En particular, para el tema que nos interesa en este trabajo, el ámbito subjetivo del convenio colectivo también está afectado por la fuerza vinculante del instrumento, un plus jurídico a la mera conceptualización de esta fuente como

contrato entre privados. Como bien recuerda Valdés —al indagar sobre este tema en los propios orígenes del Derecho del Trabajo— en el nivel de empresa la cuestión estuvo alejada de los debates sobre la extensión personal de los efectos del contrato colectivo sobre los individuales, cuando los pactantes eran el empresario y una representación social de los trabajadores a su servicio (2004, pp. 32-33).

En todo caso, la discusión sobre la extensión de beneficios de los minoritarios se debe estimar considerando el rol histórico de esta fuente del derecho del trabajo, construido desde fundamentos protectores. En cambio, un enfoque puramente civilista sobre el convenio colectivo no puede ser útil para abordar la extrapolación de los beneficios contemplados en cláusulas normativas de eficacia limitada hacia situaciones jurídicas no regidas por dicho convenio colectivo. Por ello, ni la libertad de contratación ni la libertad de empresa se pueden sostener como criterios útiles en la exploración de fundamentos para esta operación, máxime en un sistema jurídico en donde la fuerza vinculante del convenio colectivo ha sido consagrado constitucionalmente, como es el caso de Perú.

En ese sentido, la regla consagrada en el artículo 42 del TUO de la LRCT debe interpretarse sincronizadamente con la ya analizada del artículo 9 del TUO de la LRCT. Se define, entonces, al ámbito subjetivo del convenio colectivo en términos relativos a la representatividad del producto, obligando a las partes suscriptoras, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, como reza la ley. Sin hacer alusión explícita a este marco jurídico, el Decreto Supremo núm. 14-2022-TR añadió al Reglamento de la ley la prohibición al empleador de extender los efectos de la convenio y me parece que esta adición —reiterativa de lo que se desprende ya del artículo 9 del TUO de la LRCT— se fundamenta también en la fuerza vinculante predicada sobre la dimensión subjetiva del convenio colectivo, que impide al empresario efectuar operaciones que trastorquen el diseño de las reglas de representatividad, vinculadas al régimen democrático de pluralidad sindical.

5. La dimensión salarial de la facultad organizativa del empleador como escenario típico de las tensiones propias del ejercicio del poder normativo empresarial y los derechos sindicales

Quizá el caso que menores dificultades conceptuales ofrece es el de la extensión unilateral del empleador de los beneficios derivados de un acuerdo con el sindicato minoritario. El comportamiento unilateral parece encontrar justificación, dentro de los estándares argumentativos empleados por la Corte Suprema de Justicia de la República, en dos supuestos: (i) la autorización que un sindicato otorgue a su empleador para extender los efectos del convenio colectivo a los demás trabajadores, de forma abierta; o (ii) en la configuración de beneficios más favorables por la operación de la extensión unilateral. Cárdenas ha subrayado que se habría construido una regla general prohibitiva (2019, p. 46).

Preguntas operativas pueden desprenderse del planteamiento aprobado por el Alto tribunal en 2019: ¿un sindicato puede autorizar al empleador a hacer aquello que la ley ha impedido? Si la respuesta fuera sí, claramente necesitará una suficiencia argumentativa para advertir que dicha autorización es compatible con la regla, digamos, a través de la invocación a principios y derechos fundamentales pertinentes para resolver la aparente colisión.

Una pregunta adicional surge, en vista de la pragmática conocida de las relaciones laborales domésticas: ¿Este criterio contempla u omite la existencia de organizaciones de trabajadores que son afines a los intereses de empleadores? Al no haberse contemplado ningún criterio que absuelva esta cuestión, tal falta de previsión no puede sino resultar en un déficit de motivación que peligrosamente podría ser adoptado por algún órgano que deba administrar justicia.

En sentido estricto, un caso de extensión unilateral de los beneficios del convenio colectivo supone un hecho donde el poder privado del empresario se estaría usando de manera tal que al sindicalizado se le trataría de forma menos favorable por una razón legalmente prosrita para generar distinciones en el trato impartido dentro de las relaciones de trabajo. No debemos olvidar que esta forma de trato diferenciado recae sobre un motivo prohibido de forma evidente. Como cita Balta, la Corte Suprema Norteamericana ha calificado a este tipo de discriminación —en donde el motivo prohibido salta a la vista— como la “más fácilmente entendible” (1996, p. 117), a diferencia de la discriminación indirecta.

No es vano recordar que las facultades organizativas que forman parte del poder de dirección pueden, sin que haya lugar a dudas sobre esto, generar efectos discriminatorios (García, 2022, p. 93). Por esto, contra lo que se ha argumentado —entre otros, consúltense los trabajos de Cornejo (2023, p. 263) o Pasco (2023, p. 263), aparecidos en números pasados de esta revista—, no resulta compatible con el mandato de no discriminación el que un empleador se permita excluir a los sindicalizados de sus instrumentos de gobernanza salarial. No constituye un trato diferenciado legítimo por dos razones: no ampara a un conjunto de sujetos históricamente protegidos y, precisamente, posterga a quienes sí componen a un grupo protegido. Por lo demás, no parece conceptualmente riguroso depositar en manos del ente frente al cual el órgano sindical ejerce funciones representativas-defensivas el asignar criterios compensatorios en beneficio de quienes, mediando el ejercicio de la libertad sindical negativa o sin él, no se encuentran sindicalizados.

Llevado el argumento de la discriminación positiva a favor de los no sindicalizados a sus consecuencias últimas, cabría deducir que bastaría el poder privado del empleador para ofrecer mayores compensaciones a quienes no requieren de licencias por maternidad, ya que —permitiéndonos extrapolar los argumentos que venimos criticando— las madres trabajadoras ya resultaron agraciadas por dicho beneficio. Tampoco resultaría atendible el caso de un empresario que, movido por una genuina preocupación por el trato igualitario, busque ofrecer políticas preferentes de reclutamiento de personas sin discapacidad alguna, habida cuenta de la cuota de empleo que ya beneficia a las personas que componen a dicha población vulnerable. Como se ve, no parecen existir razones jurídicas convincentes que justifiquen estas prácticas, como tampoco las hay para descuidar que, como bien recuerda Miguel Rodríguez-Piñero la tutela discriminatoria laboral originaria se centró en los actos antisindicales, por producirse principalmente éstos comportamientos dentro de los lugares de trabajo (2022, pp. 12-13).

Por tanto, resulta necesario advertir que el poder privado del empleador está vedado para producir tal efecto —a través de la operación de la extensión de los beneficios pactados con un sindicato minoritario o a través del acuerdo con el propio sindicato— desde el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores como límite externo del poder de dirección.

La antijuridicidad del comportamiento unilateral de extensión del mismo beneficio, de un beneficio análogo —analizable en su cuantía, oportunidad y universo subjetivo desde la primacía de la realidad— se postula desde la utilización de un criterio de diferenciación históricamente significativo. Se suele incluir en los listados de motivos históricos de trato peyorativo que pueden ser discriminación a la actividad sindical. En ocasiones, se alude al acto de la afiliación como detonante del trato discriminatorio (Otero, 2022, p. 268). De esta forma, el Sistema Jurídico atiende al trato desigual vedado que estas medidas procuran por razón de la sindicación, un motivo de postergación histórico para las relaciones laborales y, por tanto, discriminatorio.

De otro lado, observamos que la cláusula del convenio colectivo por la que se extiende cierto beneficio acordado entre el empresario y un sindicato minoritario y que termina afectando a un tercero (otro sindicato) podría verse afectada en su validez desde la propia teoría del negocio jurídico. Es así como podemos encontrar fundamentos normativos consistentes para predicar su anulabilidad: un sindicato afectado por la extensión pactada entre el empleador y otro sindicato minoritario podrían invocar la aplicación sincronizada de los artículos 221 —inciso 3— y 190 del Código Civil, para solicitarse ante el Juez que se anule el acuerdo.

Considerando esta entrada desde la teoría del negocio jurídico, destacada doctrina laboralista ha argumentado en un sentido que nos parece perfectamente aplicable a la dimensión de las relaciones colectivas. Así, el acuerdo entre un sindicato y una empresa puede verse afectada por el efecto nulificante que una decisión judicial extienda sobre dicha operación contractual cuando ella oculte otro negocio jurídico que perjudica a terceros. De esta forma, el acto jurídico simulado para ocultar otro será afectado de nulidad; mientras que el negocio disimulado será anulable bajo la acción del tercero interesado (Toyama, 2012, p. 469). En consecuencia, ante la vía del proceso laboral, el sindicato afectado por la extensión acordada por el empleador y otro sindicato minoritario podrá accionar la anulación del acuerdo de extensión, sin perjuicio de otras pretensiones (como, por ejemplo, la eventual responsabilidad civil por esta operación).

Por último, también debemos referirnos a la invocación, por parte del VIII Pleno de 2019, a un criterio habilitante para la extensión unilateral: la mayor favorabilidad de los beneficios otorgados por el empresario.

6. La extensión como acto de injerencia.

Una conjugación de criterios sentados por el Comité de Libertad Sindical puede ofrecer claridad sobre la presencia de la exclusión de los afiliados al sindicato de medidas adoptadas durante el empleo que comporten, entre otros actos perjudiciales, a la postergación y a cualquier acto de represalia contra quien ejerce actividades sindicales. (Comité de Libertad Sindical, 2018, p. 208). Así, en una de las sumillas sobre sus decisiones, el órgano de control sostiene lo siguiente.

1099. El otorgamiento de gratificaciones al personal no afiliado a la organización sindical – aun si no es a la totalidad de los trabajadores no afiliados – excluyendo de ellas a todos los trabajadores afiliados en momentos que existe un conflicto colectivo, es un acto de discriminación antisindical contrario al Convenio núm. 98. (Comité de Libertad Sindical, 2018, p. 209).

El caso analizado por el Comité es uno en donde la privación de los trabajadores sindicalizados de pagos fue sintomático de un comportamiento antisindical adoptado por el empleador. Sobre el particular, el órgano de control internacional consideró que “los actos de acoso e intimidación perpetrados contra los trabajadores por motivo de su afiliación sindical o de sus actividades sindicales legítimas, aunque no impliquen necesariamente perjuicios en su empleo, pueden desalentarlos de afiliarse a las organizaciones de su elección, lo cual constituye una violación de su derecho de sindicación” (Comité de Libertad Sindical, 2012). La potencialidad del daño es un asunto crítico aquí pues, con razón, se requiere de estándares de comprobación que permitan discernir en el contexto la comisión del acto antijurídico. Sin embargo, es preciso distinguir al ánimo de causar mella en el sindicato de la objetividad del reproche jurídico por tal situación.

La doctrina también ha prestado atención al asunto. Es muy reconocida la posición de Ermida en torno a la irrelevancia de la intención del agente que comete el acto antisindical cuando se evidencian los efectos contrarios a la sindicación deriva, de forma necesaria, en una inversión de la carga de la prueba (1987, p. 71). Por su parte, Paredes se pregunta si acaso la extensión no resulta en un desincentivo al ejercicio de la libertad sindical (2011, p. 199), atribuyéndole una connotación negativa desde su potencialidad.

Para otros, se requiere una prueba de la afectación de la libertad sindical. Por ejemplo, Toyama y Torres sostienen, con base en un criterio del Comité

de Libertad Sindical, que la extensión implica una potencialidad de daño al sindicato, por poderse promover la desafiliación. Así, concluyen que “la OIT no es determinante en asegurar que existiría una afectación a la libertad sindical en caso se extienda el convenio colectivo a los no afiliados” (2017, p. 294). Los autores pierden de vista, sin embargo, que la supervisión practicada por el órgano de control internacional se practica contra la actividad del Estado, razón por la cual el Informe Definitivo se dirige, en ese caso, al gobierno del Perú para exigirle que asegure de que los convenios individuales ofrecidos por la empresa a los trabajadores no sindicalizados no impliquen discriminaciones con respecto a los afiliados a un sindicato minoritario (Comité de Libertad Sindical, 1997).

Como se aprecia, la situación antijurídica creada por la extensión de los beneficios pactados por un empleador con un sindicato minoritario ha sido puesta en debate. El Tribunal Constitucional, dentro de un caso en el que se quiso proteger a la libertad sindical de la práctica de la extensión de beneficios a través de un proceso de amparo, razonó que no estaba probado que quienes resolvieron desafiliarse del sindicato tras la extensión de beneficios sea una consecuencia del incremento salarial operado sobre los trabajadores no sindicalizados.

374

Lo que observamos es que parecen confundirse algunas cuestiones en este punto. Es preciso observar que la desafiliación no es el único daño posible y por ende no necesariamente debe verificarse para comprobar la existencia del acto antisindical. No es lo mismo el daño producido por el acto de injerencia que uno de sus efectos, entre tantos otros, como puede ser la decisión de un número de trabajadores sindicalizados de desafiliarse a la organización. Por lo tanto, un comportamiento como la extensión de los beneficios derivados de un convenio colectivo con un sindicato minoritario no debe, indispensablemente, originar la desafiliación. Cuando ella se produzca y pueda determinarse con prueba, los órganos jurisdiccionales o administrativos podrán emplear esa evidencia como un elemento de comprobación de la hipótesis del comportamiento antisindical. Pero, podemos admitir de forma pacífica que ciertamente existirá un acto de injerencia sin que se requiera de ninguna desafiliación cuando la antedicha extensión origina malestar de los afiliados respecto a la junta directiva (por no evitar los actos antisindicales anotados).

¿Por qué el resultado del último ejemplo constituye un resultado jurídicamente censurable? Un órgano que administra justicia ante este tipo de casos

requiere aterrizar su análisis en una cuestión importante: no es imperativo establecer un juicio causal sobre el comportamiento desplegado por el empresario y su resultado. Por el contrario, basta que el comportamiento pueda ser encuadrable en un acto de injerencia, típicamente prohibido por el artículo 2 del Convenio 98 de la OIT, convenio fundamental del sistema internacional de derechos humanos laborales que, además, goza de nivel constitucional dentro del Derecho peruano.

El Comité de Libertad Sindical —cuya pragmática tiene relevancia constitucional por razones ya abordadas en este trabajo— expone, sobre las injerencias vedadas, que ellas pueden operar sobre la constitución, funcionamiento o la administración de los sindicatos, y que, entre las diversas formas de injerencia conocidas, está la asignación de prestaciones que procuran afectar la subsistencia de negociaciones colectivas futuras (Comité de Libertad Sindical, 2018, 227 y 230). El propio órgano debió exhortar a un gobierno para que evitase que los empleadores debiliten las organizaciones sindicales con medidas tendentes a menoscabar el universo de trabajadores que pueden ejercer, efectivamente, la libertad sindical (Comité de Libertad Sindical, 1991).

Entonces, la apreciación de la pragmática internacional nos es útil para determinar que los actos de injerencia, vedados por el Convenio 98 de la OIT, adquieren significancia por su aptitud. Entonces, un juzgador que debe resolver sobre la existencia de un acto antisindical aquí debe examinar los hechos estableciendo un nexo causal esencial entre el comportamiento específico —la extensión de beneficios pactados con un sindicato minoritario a quienes no están afiliados a dicha organización— y la intromisión en la esfera jurídica del sindicato. No es necesario establecer un nexo causal entre el comportamiento y el daño (nexo causal complementario y meramente contingente) para la determinación del acto antisindical. Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad civil, este daño sí debe ser estimado desde la prueba correspondiente.

IV. ALGUNOS CASOS PRÁCTICOS

A lo largo de este trabajo hemos analizado el estado de cuestión jurisprudencial y se han examinado los argumentos esgrimidos en el debate existente, incluyendo los que a juicio del autor constituyen los trabajos más citables (por su rigor conceptual o por la visibilidad de los artículos o por haberse incluido

en números pasados de esta misma revista). Ahora debemos poner a prueba los criterios en un caso hipotético. Pretendo exponer que las reglas que afectan la eficacia subjetiva del convenio colectivo pactado con el sindicato minoritario podrían ceder ante un cuidadoso balanceo con otros fines constitucionalmente valiosos que puedan impactar en los derechos fundamentales.

Imaginemos un caso donde un sindicato minoritario (*m*) acuerda con el empresario un convenio colectivo que incluye, entre ciertos beneficios, a los siguientes: (i) el incremento de la remuneración en 1%; (ii) el otorgamiento de un bono por cierre de pliego. Una cláusula obligacional del convenio colectivo establece lo siguiente: “Las partes acuerdan que la cláusula referida al incremento de la remuneración en 1% será otorgada, durante el presente ejercicio, a los trabajadores no sindicalizados”.

Ya en el caso, podemos asumir que “*m*” promueve esta extensión subjetiva con propósitos divulgativos, para fomentar que otros sujetos —no sindicalizados— conozcan y experimenten los beneficios de la sindicación de forma directa. Estaría en la expectativa de esta parte contratante el que se incremente su tasa de afiliados dentro de su ámbito de operaciones. El empleador, por otro lado, aceptaría esta fórmula en el entendimiento de que no es un coste desproporcionado y que ello puede contribuir a una lógica de paz industrial.

Un caso de este tipo nos lleva a examinar la legalidad del acuerdo, examinando los valores constitucionales detrás de la causa jurídica existente: el fomento de la actividad sindical. Esto se comportaría como un parámetro en donde habría que evaluar al valor de la libertad sindical en contexto: ¿hay otros sindicatos eventualmente afectados por la medida? ¿existe, no un sindicato con personería gremial como sí un movimiento de un número de trabajadores interesado en constituir un sindicato? En estos casos actúa la garantía constitucional de la libertad sindical (inciso 1 del artículo 28 de la Constitución), conjugadamente con la prohibición de injerencia del Convenio 98 de la OIT.

De esta forma, si no existiese otro sindicato y si además no se cuenta con un grupo de trabajadores que se encuentre desplegando medidas para conformar una organización de trabajadores, entonces la operación concertada entre “*m*” y el empresario podría ser examinada dentro del marco constitucional para determinar su legitimidad. Realmente, pienso que nos encontraríamos ante un comportamiento tendente a plasmar normas significativas relacionadas con la

libertad sindical. En este supuesto, cabría examinar entonces la compatibilidad de la regla contemplada en los artículos 9 y 42 de la LRCT en tanto consagran al mayoritario como ente apto para la extensión de beneficios. En pocas palabras, resultaría procedente un análisis que enjuicie la proporcionalidad de la restricción impuesta a los sujetos pactantes: *m* —único sindicato del ámbito, sin que exista ninguna otra organización que esté siguiendo los pasos para obtener la personería gremial— y a su empleador.

Entonces, siempre desde mi perspectiva, ciertas condiciones deben reunirse para que la extensión pueda ser convalidable. En concreto, cuando se supere un típico *test* de proporcionalidad, cuyos linderos se esbozan a continuación como parte de la aportación metodológica que este artículo busca procurar para los órganos judiciales y administrativos que tienen a su cargo motivar en relación con este tipo de casos.

En primer lugar, la finalidad de la medida debe ser legítima, por promover la afiliación sindical a *m*, precisamente. En ese sentido, no debe dejarse de lado que el sindicato debe ser uno que obra en libertad sindical, esto es, no podría constituir una organización “títere” del empleador —empleamos aquí el término usado por el Comité de Libertad Sindical— y en su autonomía busca un acuerdo de extensión por resultar conveniente para promover la afiliación de las personas concernidas en el ámbito. La idoneidad de la medida puede explorarse desde la articulación de este acuerdo, si bien controvertido, anclado en la cláusula constitucional de fomento de la negociación colectiva. Así, la autorización a extender beneficios como acto de publicitación dentro del ámbito relevante para el sindicato parece adecuado, a la vez que menos restrictivo que otras medidas de fomento de la sindicación. Además, podemos asumir que su eficacia pudiera llegar a ser significativa.

Creo que, dentro del plano de la evaluación de la legitimidad del fin, debe determinarse con precisión que en el ámbito donde se producirá la extensión no existe otro sindicato ni movimiento tendente a conformar una organización de trabajadores o acción tendente, por parte de algunos, a afiliarse a otra de ámbito distinto al de empresa. De lo contrario, esperaríamos un acto de injerencia concertado entre el empresario y el sindicato pactante contra ese sindicato o “proto sindicato”.

Es esperable que el acuerdo de extensión que venimos ejemplificando sea percibido con características realmente excepcionales, lo que abona a que el ejemplo proporcionado supere al juicio de proporcionalidad *strictu sensu*, a fin de que el diseño del modelo de representatividad en un contexto de pluralidad sindical no se vea trastocado de forma significativa. Por tanto, no es un pacto cuya repetición pueda encontrar justificación ni respecto de la misma cláusula ni de otras que pudieran conformar el convenio colectivo. Si se permitiese la extensión sucesiva de diversos acuerdos resultaría difícil discernir un comportamiento antijurídico en la suma de estas extensiones.

En adición, creo que sería deseable que se exprese la voluntad expresa de los pactantes, para determinar las condiciones indispensables para su legalidad. Desde la existencia de elementos que permitan establecer el objeto de la contratación y, eventualmente, las prestaciones recíprocas alrededor de este tema, lo que permitiría examinar de forma sistemática a la funcionalidad del acuerdo: bien para promover la afiliación sindical o bien para fines que puedan tildarse de antijurídicos.

En cambio, un caso donde este no sea el único sindicato minoritario, hace esta operación más crítica desde un enfoque constitucionalmente informado, alterando significativamente los cuadrantes en los cuales los pactantes acuerdan la extensión, desplazándola del terreno de lo viable a lo antijurídico.

Imaginemos ahora que el sindicato minoritario pactante no es el único existente. Esta organización (*m1*) acuerda con el empresario un convenio colectivo que incluye semejantes beneficios a los tomados en el ejemplo anterior. Ambas partes acuerdan la extensión de un beneficio económico a todo el universo y se expresa una razón pretendidamente articulada con la Constitución: fomentar la actividad sindical. El problema es que no es el único sindicato existente en el ámbito. Otro sindicato minoritario (*m2*) acaba de obtener, el día de hoy, su personería gremial, tras seguir el trámite administrativo. En este supuesto el pacto de extensión resulta abiertamente objetable, pues afecta a un universo de otra organización minoritaria existente dentro del ámbito. Cualquier intención deliberada de favorecer a la sindicación respecto de *m1* se estrella ante la existencia de otro que, conforme con el modelo de pluralidad sindical, también merece la tutela de la garantía de la libertad sindical.

El reciente caso expone lo crítico de la práctica de la extensión del ámbito subjetivo del convenio colectivo. Una observación aguda frente al caso anterior se plantearía si, por ejemplo, llegaríamos a la misma conclusión si un grupo de trabajadores se encontrase en proceso de conformar un nuevo sindicato y los interesados en afiliarse a esa nueva organización se les extendiesen los beneficios. Seguramente que en tal supuesto la misma razón resulta justificante, aunque quizá resulte necesario determinar la prueba de los actos tendentes a conformar la nueva organización para que pueda invocarse a la tutela contra actos antisindicales, a través de la prohibición de injerencia, específicamente.

Otro supuesto, del que tuve alguna vez noticia, puede servir también para ejemplificar los temas tratados en este artículo. Supongamos que una empresa pacta con un sindicato minoritario (*m*) un convenio colectivo, incluyendo un cláusula en la que se adjudicará a sus afiliados una bonificación por cierre de pliego de mil soles y otra en donde esta organización de trabajadores admite que el empleador puede extender beneficios, “conforme con su poder de dirección”. El empleador, posteriormente, otorga una gratificación extraordinaria en un monto casi equivalente al de la bonificación por cierre de pliegos: novecientos soles. Este monto se extendió al 89% de los no afiliados e incluye, en esta entrega, a dos de los afiliados al sindicato minoritario. Si bien el citado acuerdo ya resultaría anulable por su incompatibilidad con el régimen establecido dentro del modelo de pluralidad y mayor representatividad la haría anulable, la medida de extensión de estos beneficios resultaría censurable, además, por impactar desfavorablemente sobre el universo de sindicalizados, para lo cual debemos acudir a la discriminación indirecta que hemos reseñado.

V. CONCLUSIONES

El modelo legal peruano acoge un sistema de relaciones colectivas laborales, donde las reglas de representatividad se vinculan a la mayoría y minoría. Pasar por alto esta configuración puede no solo hacer peligrar las bases sustancialmente democráticas, sino prolongar las condicionantes adversas que afectan a la tasa de afiliación sindical dentro de nuestro medio. El papel de los sindicatos, conforme con la Constitución laboral impone que se evalúen los comportamientos aparentemente neutros que afectan la garantía de la libre sindicación.

Resulta imprescindible que los órganos llamados a administrar justicia en casos de extensión de beneficios pactados con sindicatos minoritarios contemplen en la motivación de sus decisiones a una dimensión seria de los derechos a la no discriminación, la libertad sindical positiva y negativa y los límites del poder privado del empleador. Esto es más urgente pues, conforme con nuestro diagnóstico, los pronunciamientos más significativos del periodo reciente que provienen de la judicatura vienen incurriendo en vicios de motivación aparente e insuficiente respecto de los contenidos de las citadas instituciones jurídicas. Creemos que los órganos judiciales y administrativos deben cumplir con mayor rigor el deber de adoptar decisiones razonadas, expresando con rigor la justificación adecuada de sus resoluciones para así evitar que los sesgos ideológicos, las falacias argumentativas o cualquier otra razón vicien la garantía constitucional de motivar tales decisiones.

En este trabajo hemos ofrecido algunos elementos conceptuales y metodológicos para examinar casos donde se ha puesto a prueba la tesis de la prohibición absoluta de extensión y la del permiso al empleador para extender beneficios. Como resultado de esta evaluación jurídica, la primera tesis ha sido acogida, aunque con una importante matización: el caso del sindicato minoritario que acuerda la extensión de un beneficio bajo una lógica excepcional y con fines tendentes a promover la afiliación al sindicato.

BIBLIOGRAFÍA

- Balta, José (1996). El impacto adverso. *Thémis*, pp. 117-124. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11837/12405>
- Boza, Guillermo y Briones, Joaquín (2024). La eficacia personal del convenio colectivo de trabajo: Idas y venidas sobre la extensión unilateral del convenio colectivo a los trabajadores no sindicalizados. *Ius et veritas* (69), pp. 70-86. https://revistas.pucp.edu.pe/public/documentos/iusetveritas/revista_ius_veritas_69-1.pdf
- Cárdenas, Ernesto (2019). Prohibido prohibir. La extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios. *Análisis Laboral. Dossier Aele negociación colectiva*. Aele. <https://www.estudiorodrigo.com/wp-content/uploads/2020/03/ERNESTO-CARDENAS-Análisi.pdf>

- Chinchay, Erika (2023). Extensión de los convenios colectivos de sindicatos a trabajadores no afiliados a éste. ¿Afectación a la sindicación?. Tesis para optar por el título de segunda especialidad en derecho del trabajo y de la seguridad social, Facultad de Derecho, PUCP. <https://tesis.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/e7ae7f37-7b78-4fc3-bbba-9a9eb0eb0016/content>
- Cohen, Adam (2021). *Supreme inequality. The supreme court's fifty-year battle for a more unjust America*. Penguin Random House.
- Comité de Libertad Sindical (2012). Informe en el que el Comité pide que se le mantenga informado de la evolución de la situación – Informe núm. 363. Caso núm. 2752 (Montenegro). https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3057189
- Comité de Libertad Sindical (1997). Informe definitivo – Informe núm. 306. Caso núm. 1845 (Perú). https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEX-PUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2903607#1
- Comité de Libertad Sindical (1991). Informe provisional – Informe núm. 278. Caso núm. 1534 (Pakistán). https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901988
- Compa, Lance (2019). La NLRA y los principios de libertad sindical de la OIT: ¿relación compatible o contradictoria?. *Laborem* (21), pp. 17-46. <https://www.sptdss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem21-17-46.pdf>
- Cornejo, Carlos (2023). Trabajadores sindicalizados y no sindicalizados: ¿buscando o eludiendo la igualdad?. *Laborem* (27), pp. 245-267. <https://laborem.sptdss.org.pe/index.php/laborem/article/view/38/83>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género. Opinión consultiva OC-27/21. Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/2810/CIDH_Opinión_Consultiva_DERECHOS_A_LA_LIBERTAD_SINDICAL__NEGOCIACIÓN_COLECTIVA_Y_HUELGA__Y_SU.pdf

Eguiguren, Francisco (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et veritas* (15), pp. 63-72. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15730/16166/0>

Ermida, Óscar (2012). Crítica de la libertad sindical. *Derecho PUCP* (68), pp. 33-61. <https://www.redalyc.org/pdf/5336/533656142004.pdf>

Ermida, Óscar (1987). *La protección contra actos antisindicales*. Fondo de Cultura Universitaria.

Ferrands, Carmen (2015). Análisis jurisprudencial de cláusulas de ventajas reservadas pactadas en la negociación colectiva española. *Derecho & Sociedad* (46), pp. 267-264. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18843/19063>

García, Jordi (2022). El concepto de la libertad sindical individual en España. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de la Seguridad Social* (4), p. 74-104. <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/13940/14774>

Gianibelli, Guillermo, José Tribuzio, Luis Campos, Javier Delfino, Javier Izaguirre, Rocío De Hernández, Victoria Flores, Julián Hofele, Jimena Frankel, Julia Campos, Maria Elena Mac'Enzie (2011). Estructura normativa y garantías para el ejercicio de un derecho fundamental: la libertad sindical en Argentina, 2003-2011. Proyecto UBACyT. Informe preliminar. <https://www.derecho.uba.ar/institucional/2014-ubacyt-version-final.pdf>

Marcos-Sánchez, José y Balbín, Edgardo (2025). *Diagnóstico sobre libertad sindical en Perú: limitaciones legales y prácticas para el ejercicio de un derecho fundamental*. Fundación Friedrich Ebert, Confederación General de Trabajadores del Perú, Central Unitaria de Trabajadores del Perú, Central Autónoma de Trabajadores del Perú y Centro de Solidaridad. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/peru/22107.pdf>

Matos, Mauricio y Manrique, Fiorella (2022). Los colegios profesionales en el Perú: una mirada desde la libertad sindical negativa. *Laborem* (22), pp. 71-86. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem22-71-86.pdf>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2021). *Libertad de asociación y negociación colectiva. Informe de diagnóstico y línea de base Plan Nacional*

de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (PNA) 2021-2025. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2023/01/Peru_Libertad-de-asociacion-y-negociacion-colectiva-Informe-de-DLB-del-PNA-2021-2025.pdf

Monteblanco, Alejandro (2016). La extensión de los convenios colectivos dentro de la negociación colectiva a nivel de empresa. *Derecho & Sociedad* (46), 259-265. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7793011.pdf>

Morgado, Emilio (2021). Releyendo “Sindicatos en libertad sindical” al analizar ciertos contenidos de Derecho Colectivo en el Código del Trabajo de Chile. *Revista Jurídica del Trabajo* (4), pp. 52-82. <https://oaji.net/articles/2021/9213-1620071118.pdf>

Neves, Javier (2020). El convenio colectivo en el sistema peruano de las fuentes del Derecho. *Laborem* (24), pp. 29-42. <https://www.spdts.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem24-03.pdf>

Oficina Internacional del Trabajo (2018). La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Sexta edición. Oficina Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40normes/documents/publication/wcms_635185.pdf

Orpetti, Paola y Marabotto, Andrés (2008). La libertad sindical negativa en el ordenamiento jurídico uruguayo. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* () 27-52. <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/777/946>

Otero, Laura (2022). La prohibición de discriminación laboral. Apuntes sobre su construcción, evolución y actualidad en el derecho comparado y la legislación mexicana. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* (4), pp. 265-280. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8386766&orden=0&info=link>

Pamparacuatro, Javier (2015). La igualdad no igualitarista: una perspectiva normativa. *Revista de Estudios Políticos - nueva época* (170), pp. 49-90. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5277588.pdf>

- Paredes, Paul (2011). Cuando la generosidad del empleador viola la libertad sindical: un caso de discriminación laboral por acción indirecta. *Derecho & Sociedad* (46), 196-199. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13172/13785>
- Pasco, Mario (2023). La libertad sindical negativa puesta en cuestión por la SUNAFIL. *Laborem* (27), pp. 269-288. <https://laborem.sptdss.org.pe/index.php/laborem/article/view/39/85>
- Quiñones, Sergio (2018). El derecho constitucional a la libertad sindical: una mirada actual a su contenido y alcances. *Derecho & Sociedad* (51), pp. 131-141. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7793049.pdf>
- Rodríguez-Piñero, Miguel (2022). *Temas laborales* (162), pp. 11-18. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8442387.pdf>
- Sanguinetti, Wilfredo (s/a). Los sindicatos y la libertad sindical en la nueva Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto-Ley 25593). <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/wp-content/uploads/2008/09/lrct-peru-sindicatos.pdf>
- Seco, José María (2017). De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar. *Derechos y libertades. Época II* (36), pp. 55-89. <https://core.ac.uk/download/pdf/288498757.pdf>
- Toyama, Jorge (2012). Validez y eficacia del contrato de trabajo. *Derecho Pucp* (68), pp. 449-467. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2842>
- Toyama, Jorge y Torres, Alfredo (2017). Extensión de los convenios colectivos de sindicatos minoritarios. *Ius et veritas* (55), 284-302. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/19772/19832/>
- Valdés, Fernando (2004). La eficacia jurídica de los convenios colectivos. *Temas laborales* (76), pp. 21-65. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1060619.pdf>
- Vílchez, Lidia (2017). Apuntes en torno a las prácticas antinsindicales: ¿es realmente posible probarlas?. *Ius et veritas* (55), pp. 74-88. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/19758/19820/>

- Villavicencio, Alfredo (2010). La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación. Organización Internacional del Trabajo, Programa Laboral de Desarrollo y Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://files.pucp.edu.pe/posgrado/wp-content/uploads/2017/05/22162507/LA-LIBERTAD-SINDICAL-EN-EL-PERÚ-2010-FINAL.pdf>
- Villavicencio, Alfredo (2002). La crisis del sindicalismo y la necesidad de promoción de la libertad sindical como expresión del interés público. *Ius et veritas* (24), pp. 211-226. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16181/16598>

El trabajo de reparto en la economía de las plataformas y el derecho laboral colombiano en transformación

Platform-Based Delivery Work and the transformation of Colombian labour law

FANNY E. RAMÍREZ ARAQUE*

Correo electrónico: fannyramirezaraque@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-8802-6947>

RESUMEN: La Ley 2466 de 2025 introduce una reforma profunda al derecho laboral colombiano, orientada a consolidar el trabajo digno y decente. Esta norma actualiza instituciones tradicionales como la estabilidad en el empleo, la jornada laboral y la remuneración; amplía la cobertura a sectores históricamente excluidos y, de manera innovadora, regula el trabajo en plataformas digitales. El presente artículo analiza los artículos 24 a 30 de la ley, en los que se desarrollan la primacía del contrato realidad, las obligaciones en materia de seguridad social, la transparencia algorítmica y los mecanismos de inspección laboral aplicables a este tipo de trabajo. Dichas disposiciones se contrastan con los principios del trabajo decente de la OIT y con experiencias comparadas, destacando los principales desafíos regionales: heterogeneidad normativa, informalidad estructural, debilidad en la fiscalización digital y ausencia de estrategias coordinadas. Se concluye que la experiencia colombiana constituye un referente normativo pionero en la región, siempre que se acompañe de voluntad política, capacidad institucional y cooperación internacional que garanticen la efectividad de los derechos laborales en la economía de las plataformas.

ABSTRACT: Law 2466 of 2025 introduces a comprehensive reform of the Colombian labor law aimed at strengthening decent work in the face of the challenges of the digital economy. The reform institutions such as employment stability, working time, and remuneration, expands coverage to historically excluded groups, and, most innovatively, regulates delivery work through digital platforms. This article analyzes Articles 24 to 30 of the law, which address the primacy of factual labor relations, social security obligations, algorithmic transparency, and labor inspections mechanisms applicable to this sector. These provisions are contrasted with the ILO'S decent work principles and comparative experiences, highlighting key regional challenges: regulatory heterogeneity, structural informality, weak digital enforcement, and the absence of coordinated strategies. It

* Abogada, Máster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona (España). Magister en Gerencia de Empresa Mención Finanzas Universidad Nacional Experimental del Táchira (Venezuela), con experiencia en la administración de justicia de la especialidad laboral y seguridad social y como catedrática de la Universidad Externado de Colombia, Universidad del Norte y la Universidad Nacional de Colombia.

concludes that the Colombian experience represents a pioneering regulatory reference in Latin American, provided it is accompanied by political will, institutional capacity, and regional cooperation to ensure the effectiveness of labor rights in the platform economy.

PALABRAS CLAVE: Trabajo de reparto en plataformas; plataformas digitales; Ley 2466 de 2025; trabajo decente; derecho del trabajo en Colombia; derecho laboral latinoamericano.

KEYWORDS: Platform -based delivery work; digital platforms; Law 2466 of 2025; decent work; labor law in Colombia; Latin American labor law.

Recibido: 20/08/2025

Aceptado: 24/09/2025

Publicado en línea: 03/11/2025

SUMARIO: Introducción. I. Reforma Laboral Colombiana de 2025: visión general. II. La regulación del trabajo en plataformas digitales en la Ley 2466 de 2025. III. Trabajo decente en la economía de plataformas: principios clave desde la OIT. IV. Desafíos para el derecho laboral latinoamericano en la protección del trabajo en la economía de las plataformas. 1. Heterogeneidad normativa y vacíos legales. 2. Alta informalidad estructural. 3. Débil capacidad de fiscalización digital. 4. Asimetrías de poder y dificultades para la acción colectiva. 5. Carencia de estrategias regionales articuladas. Conclusiones. Referencias

INTRODUCCIÓN

La aceleración del proceso de digitalización de las relaciones laborales, combinada con las nuevas formas de organización empresarial impulsadas por la economía de las plataformas digitales, ha generado importantes desafíos para el derecho del trabajo en América Latina. Estos desafíos se manifiestan tanto en el plano de la regulación jurídica como en la efectividad de los mecanismos de protección frente a fenómenos como la informalidad, la tercerización y la fragmentación del vínculo laboral tradicional.

En este contexto, la Ley 2466 de 2025, que introduce una profunda reforma laboral en Colombia, constituye un esfuerzo normativo de amplio alcance orientado a consolidar los principios del trabajo decente, la estabilidad en el empleo y la inclusión social. Entre sus innovaciones más significativas se encuentra el reconocimiento jurídico del trabajo de reparto en plataformas digitales, hasta ahora invisible en el marco nacional de protección laboral.

El presente artículo tiene como propósito ofrecer una visión general de los principales cambios introducidos por la Ley 2466 de 2025, con especial atención al régimen aplicable al trabajo de reparto en plataformas digitales. Desde un enfoque normativo-comparado y analítico, se examina la relación entre la reforma laboral y los convenios y recomendaciones de la OIT, en particular a partir de lo previsto en los artículos 24 a 30, en diálogo con el informe *Hacer realidad el trabajo decente en la economía de plataformas* (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2025)

La estructura del trabajo se organiza en cuatro partes: primero, una visión general de la Ley 2466 de 2025 y sus principales innovaciones; segundo, un análisis detallado del régimen aplicable al trabajo de reparto en plataformas digitales; tercero, la vinculación de estas disposiciones con las principales normas internacionales relativas al trabajo decente; y, finalmente, una reflexión sobre los desafíos y perspectivas para consolidar un marco protector efectivo en la economía de plataformas.

En este marco, resulta pertinente recordar que el *trabajo decente* se ha consolidado como eje central de la OIT y de la agenda laboral internacional. Sus antecedentes se remontan a la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 1995), en la que se reconoció el pleno empleo y trabajo productivo como objetivos prioritarios de la política social y económica. No obstante, fue en 1999 cuando la OIT formuló oficialmente el concepto, a través de la *Memoria del Director General Juan Somavia a la 87.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo* (OIT, 1999).

Desde entonces, el trabajo decente ha materializado el propósito de vincular el desarrollo económico con los derechos laborales de las personas y se ha convertido en parte del discurso socioeconómico y laboral en escenarios nacionales e internacionales. Su alcance trascendió rápidamente los marcos de la OIT para instalarse en foros multilaterales de gran influencia, como el Grupo de los Veinte (G20), el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial, la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Este enfoque recibió un amplio respaldo internacional en la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas de 2005 y, poco después, cobró mayor relevancia a raíz de la crisis económica y financiera mundial de 2008, que propició una intensa cooperación entre la OIT y las instituciones citadas.

Finalmente, alcanzó su consolidación normativa con la *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa* (OIT, 2008), que lo incorporó como parte esencial del mandato de la Organización.

El trabajo decente expresa así la aspiración universal de acceder a un empleo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Su contenido se articula en torno a cuatro pilares estratégicos: la promoción del empleo pleno y productivo; la garantía de los derechos fundamentales en el trabajo; la extensión de la protección social universal; y el diálogo social y el tripartismo como mecanismos de cohesión y gobernanza. A estos pilares se suman los principios transversales de igualdad de género y no discriminación, de manera que los cuatro objetivos estratégicos son inseparables y se refuerzan mutuamente (OIT, 2008). Este marco internacional permite comprender que el trabajo decente no se reduce a un estándar económico, sino que constituye un instrumento ético y social para promover la inclusión, reducir la pobreza y fortalecer la cohesión democrática, propósito que inspira y orienta la reforma laboral introducida por la Ley 2466 de 2025.

I. REFORMA LABORAL COLOMBIANA DE 2025: VISIÓN GENERAL

La Ley 2466 de 2025 constituye una reforma integral del régimen laboral colombiano, orientada a actualizar las normas laborales frente a los retos contemporáneos del mundo del trabajo. Su objetivo central es consolidar el *trabajo decente*, mediante el afianzamiento de los derechos individuales —como el salario, la estabilidad laboral y el bienestar integral— y de los derechos colectivos de los trabajadores, tanto de quienes ya estaban reconocidos como trabajadores subordinados, como de aquellos cuya prestación de servicios no se enmarcaba claramente en ese ámbito, lo que había dificultado su inclusión efectiva dentro de la protección del derecho laboral.

La reforma se articula en siete ejes principales:

1. **Estabilidad laboral y contratación a término indefinido.** Reconfigura el principio de estabilidad laboral, reforzando el carácter indefinido del contrato de trabajo como forma ordinaria de vinculación. Limita el uso del contrato a término fijo y fortalece el debido proceso disciplinario (arts. 5, 6 y 7).

2. **Reducción de la jornada laboral y aumento progresivo del pago de los recargos por trabajo en tiempo especial.** Disminuye la jornada máxima legal a 42 horas semanales y redefine el pago de los recargos por trabajo nocturno, dominical y en días festivos, lo que contribuye al equilibrio entre vida personal y laboral, y mejora los ingresos de quienes laboran en horarios especiales (arts. 10, 11 y 14).
3. **Prevención del acoso y la violencia en el trabajo.** Amplía la definición de violencia y acoso laboral, incorpora un enfoque de género y obliga implementar protocolos internos de prevención y atención (arts. 16 a 18).
4. **Formalización laboral de sectores excluidos.** Extiende la protección laboral a aprendices del SENA y de otras instituciones, trabajadores rurales y agrarios, empleados de servicio doméstico, periodistas y comunicadores, así como deportistas profesionales, mediante la inclusión expresa de estos grupos en la legislación nacional del trabajo (arts. 21-23, 31-33).
5. **Reconocimiento del trabajo en plataformas digitales de reparto.** Establece un régimen especial para este sector, con primacía del contrato realidad cuando concurren los elementos del vínculo laboral. Asimismo, incorpora obligaciones en materia de seguridad social, reglas de transparencia algorítmica y mecanismos de protección frente a desactivaciones arbitrarias, y prohíbe la discriminación por cualquier motivo que vulnere el derecho al trabajo (arts. 24-30).
6. **Protección a personas con responsabilidades familiares.** Reconoce el derecho a solicitar modalidades de trabajo flexibles o remoto para personas con hijas, hijos, dependientes o personas con discapacidad a cargo (arts. 46 y 47).
7. **Actualización del marco de teletrabajo y trabajo remoto.** Sistematiza las distintas modalidades de trabajo a distancia —incluyendo el trabajo híbrido, remoto por emergencia y transnacional—, reconoce garantías laborales, sindicales y de seguridad social, y establece un auxilio de conectividad obligatorio (arts. 52-57).

En síntesis, la Ley 2466 de 2025 no solo reforma aspectos tradicionales del derecho laboral, sino que proyecta su desarrollo hacia el futuro, adaptándolo a los desafíos que plantea la digitalización, la desigualdad estructural y la trans-

formación de las formas clásicas de protección. Su alcance es, por tanto, normativamente ambicioso y transversal, al articular equidad, eficiencia y garantía de derechos fundamentales, en coherencia con diversos convenios internacionales de la OIT.

El siguiente cuadro ofrece una comparación entre la regulación previa y las disposiciones introducidas por la Ley 2466 de 2025, indicando los artículos relevantes de la nueva norma, una selección —no exhaustiva— de los convenios de la OIT relacionados y los grupos de trabajadores directamente beneficiados.

Tema / Protección	Descripción antes de la reforma	Reforma Ley 2466 de 2025 (Artículos)	Convenios OIT vinculados	Grupos cobijados
Estabilidad laboral y contratación indefinida	Contrato a término indefinido como regla general, pero sin controles estrictos frente a contratos fijos.	Contrato indefinido como norma general; contratos fijos limitados a 4 años (Arts. 5–6).	Convenio 158 y Recomendación 166	Todos los trabajadores dependientes
Preaviso de renuncia	Renuncia sin exigencia de preaviso.	Preaviso de 30 días, sin sanción por incumplirlo (Art. 5).	Convenio 158 y Recomendación 166	Todos los trabajadores
Debido proceso disciplinario	Procedimientos informales, sin plazos definidos.	Protocolo de notificación, pruebas, plazos para descargos, presunción de inocencia (Art. 7).	Convenio 158; Recomendación 166	Todos los trabajadores
No discriminación en el empleo	Definición y protección limitadas.	Prohíbe toda forma de discriminación (género, raza, religión, salud, orientación sexual, etc.) (Art. 17).	Convenio 111 y Recomendación 111	Todos los trabajadores

Tema / Protección	Descripción antes de la reforma	Reforma Ley 2466 de 2025 (Artículos)	Convenios OIT vinculados	Grupos cobijados
Prevención de acoso y violencia laboral	Definición limitada de acoso laboral (Ley 1010/2006 y Ley 2365/2024).	Amplía definición e incluye violencia de género, xenofobia, salud mental; protocolos obligatorios (Arts. 16–18).	Convenio 111 y Recomendación 111 Convenio 190; Recomendación 206	Todos los trabajadores
Pago de la jornada laboral y recargos	Recargo nocturno desde 9 p.m.; festivo/dominical al 75 %.	Recargo nocturno desde 7 p.m.; dominical/ festivo progresivo al 100 % (Arts. 10 y 14).	Convenios 1, 30, 47, 106, 171 Recomendación 178	Todos los trabajadores dependientes
Reducción de la jornada laboral	48 horas semanales (Ley 2101/2021 preveía reducción a 42 h en 2026).	42 horas semanales en 2026; 44 h en 2025 (Art. 11).	Convenios 1, 30 y 47, Recomendación 116	Todos los trabajadores dependientes
Límite al trabajo suplementario	Sin límites adicionales claros.	Límites diarios/semanales al trabajo suplementario (Art. 13).	Convenios 1 y 30	Todos los trabajadores dependientes
Contrato de aprendizaje (SENA y otros)	Contrato especial sin reconocimiento pleno de derechos; afiliación parcial a seguridad social.	Contrato laboral especial con afiliación a seguridad social completa y salario proporcional (Arts. 21 y 23).	Convenios 122 y 142 Recomendaciones 195 y 208	Apprentices SENA y otros trabajadores en formación
Formalización de trabajadores de plataformas digitales de servicios de reparto	Sin regulación; clasificados generalmente como independientes.	Pueden ser dependientes o independientes; primacía del contrato realidad; aportes a seguridad social; control algorítmico (Arts. 24–30).	Convenios 81, 87, 95, 98, 102, 111, 128, 130, 138, 175, 183 y 190 Recomendaciones 131, 134, 182, 198, 201, 202 y 206	Trabajadores de plataformas digitales de servicios de reparto

Tema / Protección	Descripción antes de la reforma	Reforma Ley 2466 de 2025 (Artículos)	Convenios OIT vinculados	Grupos cobijados
Protección a trabajo agrario, rural, doméstico, de inmigrantes y comunidades étnicas	Políticas dispersas/voluntarias.	Programas de formación; contrato escrito para trabajo doméstico; garantías laborales y de seguridad social (Arts. 31–33, 36–37, 40).	Convenios 11, 97, 102, 118, 143, 157, 169, 184 y 189 Recomendaciones 86, 104, 151, 167 y 201	Trabajadores del campo, domésticos, inmigrantes, comunidades étnicas
Protección y formalización de deportistas profesionales	Régimen especial con limitaciones en la cobertura del CST.	Reconocimiento de derechos laborales y régimen especial compatible con la actividad deportiva (Art. 39).	Convenios 29, 87, 98, 100, 111, 105, 138, 155, 161, 182, 187 y 190 Protocolo relativo al C29; Recomendaciones 111, 171, 194, 198 y 206. Ficha informativa técnica de la OIT (2025)	Deportistas profesionales
Protección a trabajadores de las artes y la cultura	Protección dispersa, sin inclusión expresa en el CST.	Reconocimiento de derechos laborales y garantías específicas para artistas, creadores y gestores culturales (Art. 41).	Convenios 81, 95, 100, 102, 111, 128, 130, 138, 175, 183 y 190 Recomendaciones 131, 134, 182, 198, 201, 202 y 206	Trabajadores de las artes y la cultura
Derechos laborales a periodistas y comunicadores sociales	Aplicación parcial de normas laborales, con vacíos en estabilidad y protección social.	Aplicación plena del CST, garantías de estabilidad y protección frente a riesgos laborales (Art. 42).	Convenios 81, 87, 95, 98, 102, 128, 130, 138, 155, 175, 183, 187 y 190 Recomendaciones 131, 134, 182, 198, 202 y 206	Periodistas y comunicadores sociales

Tema / Protección	Descripción antes de la reforma	Reforma Ley 2466 de 2025 (Artículos)	Convenios OIT vinculados	Grupos cobijados
Incentivos al empleo (CREA EMPLEO; primer y último empleo; trabajo en emergencias)	Sin mecanismos concretos.	Programas de estímulo a contratación formal (Arts. 35, 38 y 43).	Convenios 122, 159 y 168 Recomendaciones 81, 111, 122, 169 y 176	Jóvenes, mayores, población desempleada
Uso adecuado de la tercerización e intermediación	Regulación general.	Fortalece control sobre contratistas y empresas de servicios temporales, y prohíbe elusión de obligaciones (Arts. 44–45 y 48).	Convenios 158 y 181, Recomendación 188, 189, 193 y 198	Trabajadores tercerizados
Derechos a personas con responsabilidades familiares	Sin regulación.	Horarios flexibles y teletrabajo para cuidadores (Arts. 46–47).	Convenio 156; Recomendación 165	Trabajadores con hijos, personas con discapacidad o dependientes
Convenios laborales para víctimas del conflicto armado	Escasos y dispersos.	Programas de inserción laboral para víctimas (Art. 49).	Convenio 122; Recomendaciones 122 y 205	Víctimas del conflicto armado
Empleos verdes y azules	Sin enfoque ambiental laboral.	Promueve empleos verdes/azules y formación (Arts. 50–51).	Convenios 155 y 187; Agenda trabajo decente verde de la OIT.	Trabajadores de sectores sostenibles
Modalidades de teletrabajo, garantías y auxilio de conectividad	Regulación fragmentada.	Sistematiza modalidades, reconoce garantías sindicales y de seguridad social, y crea auxilio de conectividad obligatorio (Arts. 52–55).	Convenio 177; Recomendaciones sobre trabajo digital; Recomendación 184	Teletrabajadores

Tema / Protección	Descripción antes de la reforma	Reforma Ley 2466 de 2025 (Artículos)	Convenios OIT vinculados	Grupos cobijados
Protección frente a automatización y transición energética	Sin medidas específicas.	Políticas públicas de transición justa (Arts. 57–58).	Convenio 122; Directrices para una transición justa de la OIT (2015) Recomendación 122	Trabajadores en sectores afectados
Ajuste de planillas de aportes a seguridad social	No previsto.	Ajuste del sistema de liquidación para tiempo parcial/concurrente (Art. 61).	Convenio 102	Trabajadores tiempo parcial/concurrente
Formalización de trabajadores en condición de vulnerabilidad	Políticas dispersas.	Ruta de empleabilidad e inclusión para discapacidad, cuidadores, adulto mayor (Arts. 65–68).	Convenios 122 y 111; Recomendaciones 122, 204;	Población vulnerable

396

En conclusión, la Ley 2466 de 2025 representa una reforma de amplio alcance que actualiza instituciones clásicas del derecho laboral e incorpora estándares internacionales de la OIT relacionados con el trabajo decente¹. Entre sus innovaciones, destaca de manera particular la regulación del trabajo de reparto en plataformas digitales, cuya inclusión normativa constituye uno de los avances más significativos y será objeto de un análisis detallado en la siguiente sección.

II. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES EN LA LEY 2466 DE 2025

El régimen específico para el trabajo de reparto mediante plataformas digitales se encuentra en los artículos 24 a 30 de la Ley 2466 de 2025. El artículo 24 define como *trabajadores digitales en servicios de reparto* a las personas que

1 No todos los convenios de la OIT mencionados en relación con la reforma han sido ratificados por Colombia; no obstante, constituyen referentes normativos para el legislador en su propósito de fortalecer las garantías laborales. La información actualizada sobre las ratificaciones puede consultarse en la base de datos oficial de la OIT, NORMLEX (Organización Internacional del Trabajo, consultado el 17 de agosto de 2025): https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLX_PUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102595

prestan servicios solicitados por un usuario a través de plataformas digitales, y como *empresas de plataformas digitales de reparto* a las personas naturales o jurídicas que operan y administran dichas aplicaciones. Asimismo, establece que los trabajadores pueden estar vinculados como dependientes y subordinados o como independientes y autónomos, de conformidad con las disposiciones del Título II de la misma ley sobre relaciones individuales de trabajo. A su vez, el artículo 25 dispone que, en todo caso, debe respetarse el principio de la primacía de la realidad contractual previsto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Cabe señalar, sin embargo, la redacción del artículo 24 (al igual que otros artículos de la ley) presenta cierta redundancia al referirse a los trabajadores como “dependientes y subordinados” o “independientes y autónomos”, lo cual, además de innecesario desde la dogmática laboral, puede generar confusión interpretativa sobre la naturaleza de los vínculos².

La Ley 2466 de 2025 señala que los trabajadores en las plataformas de servicio de reparto pueden vincularse como trabajadores subordinados o autónomos. Esta formulación implica que la norma no reproduce la presunción general del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, según la cual *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*. En consecuencia, la carga de acreditar la existencia de la subordinación recae en la persona trabajadora. Si bien la ley no consagra expresamente una presunción de laboralidad, sí dispone que, cuando en los hechos concurren los elementos de subordinación, la relación debe entenderse de naturaleza laboral, aun cuando se haya calificado contractualmente como autónoma. Este reconocimiento de la primacía del contrato realidad se armoniza con la Recomendación núm. 198 de la OIT, que promueve identificar la relación de trabajo a partir de las condi-

- 2 Los artículos 24, 25, 27 y 28 de la Ley 2466 de 2025 utilizan literalmente las expresiones “dependientes y subordinados” e “independientes y autónomos”. Se trata de fórmulas redundantes, pues en el derecho laboral colombiano la dependencia se expresa precisamente a través de la subordinación, mientras que la independencia se define por la autonomía. En consecuencia, la duplicación terminológica no aporta un contenido normativo adicional y, por el contrario, puede inducir a interpretaciones equívocas respecto de la existencia de categorías distintas, cuando en realidad los términos aluden a conceptos equivalentes. Esta deficiencia pone de relieve un problema de técnica legislativa que contrasta con experiencias comparadas. Así, la Directiva (UE) 2024/2831 sobre trabajo en plataformas digitales adopta una formulación más precisa, al establecer una presunción de relación laboral por estar probados los hechos de dirección y control sin recurrir a expresiones redundantes. De igual modo, la Ley 21.431 de 2022 en Chile opta por una categorización más clara, distinguiendo entre trabajadores dependientes e independientes, lo que evita duplicaciones terminológicas y reduce el margen de ambigüedad interpretativa.

ciones efectivas en que se desarrolla la prestación, más allá de la denominación contractual³.

El artículo 25, además, impone a las empresas obligaciones de transparencia contractual. Estas deben informar con lenguaje claro y sencillo, en la herramienta tecnológica a la que tenga acceso el trabajador, el tipo de contrato celebrado y comunicar cualquier modificación material al contrato suscrito, indicando sus motivos y garantizando al trabajador la posibilidad de presentar comentarios e inquietudes sobre la decisión de cambio contractual. También prohíbe las cláusulas de exclusividad en los contratos de independientes o autónomos e impone la obligación de garantizar el derecho al descanso.

El artículo 26 establece la obligación de registrar en las plataformas digitales de reparto un mecanismo para identificar al trabajador, respetando el habeas data, así como las modalidades de suscripción o términos y condiciones que rijan la relación contractual. Adicionalmente, asigna al Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones el deber de apoyar técnicamente al Ministerio del Trabajo con herramientas especializadas para cumplir su función de inspección laboral.

En materia de seguridad social, el artículo 27 establece un tratamiento diferenciado según la naturaleza del vínculo. Para los trabajadores subordinados, la empresa de plataforma debe realizar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social conforme a la regulación general, pudiendo cotizar por tiempo parcial. En contraste, para los trabajadores autónomos o independientes, se dispone un esquema de financiación concurrente: la empresa asume el 60% y la persona trabajadora el 40% de las cotizaciones a salud y pensiones, mientras que el empleador cubre en su totalidad la cotización al sistema de riesgos laborales. El ingreso base de cotización de estos trabajadores independientes corresponde al 40% de los ingresos obtenidos en la plataforma. Finalmente, la disposición ordena que el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Salud y Protección Social reglamenten la forma de cotización aplicable a los trabajadores independientes

3 Una comparación con otros modelos normativos permite advertir que la Directiva (UE) 2024/2831 exige igualmente que la persona trabajadora acredite hechos de dirección y control para activar la presunción de laboralidad, mientras que en España la *Ley Riders* (Ley 12/2021) establece una presunción general en favor del repartidor, trasladando al empleador la carga de demostrar la autonomía.

del sector que devenguen ingresos mensuales inferiores al salario mínimo legal diario.

La norma también introduce una innovación destacada al imponer a las empresas de plataformas la obligación de generar reportes mensuales sobre las horas de servicio efectivo de los trabajadores digitales, los cuales deben remitirse tanto a las respectivas entidades recaudadoras como a las propias personas trabajadoras. Adicionalmente, asigna a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP) la función de control y seguimiento de la afiliación y pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social de este colectivo. Con ello, la norma refuerza la capacidad institucional del Estado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de seguridad social en un sector caracterizado por la fragmentación contractual y la alta rotación.

El artículo 28 crea un registro de empresas de plataformas digitales de reparto ante el Ministerio del Trabajo, con la obligación de que estas reporten trimestralmente el número de personas activas y su modalidad de contrato (dependiente o autónoma).

El artículo 29 introduce un marco de transparencia algorítmica, imponiendo a las empresas el deber de informar a los trabajadores sobre los sistemas automatizados que se utilizan tanto para supervisar su desempeño como para adoptar decisiones que afectan su acceso a pedidos, ingresos, seguridad y salud, jornada efectiva, posibilidades de promoción y continuidad contractual. La información debe presentarse en términos claros, accesibles e inteligibles, y el tratamiento de datos personales se limita a las finalidades autorizadas por los trabajadores.

Por último, el artículo 30 refuerza la idea de que los sistemas algorítmicos no pueden operar sin supervisión humana efectiva. Obliga a las plataformas de reparto a supervisar periódicamente el impacto de las decisiones automatizadas en las condiciones de trabajo y reconoce a las personas trabajadoras digitales el derecho a impugnar tales decisiones y exigir su revisión humana. Esto implica que medidas tan sensibles como la suspensión, cancelación de cuentas o retención de ingresos no pueden depender exclusivamente de la lógica algorítmica.

Dicha norma incorpora, además, un mandato de no discriminación, que prohíbe que los términos y condiciones de las plataformas contengan cláusulas discriminatorias por motivos de salud, sexo, orientación sexual, identidad de

género, creencias religiosas o políticas, nacionalidad, afiliación sindical, o cualquier otro criterio que limite el derecho al trabajo.

Aunque los artículos 24 a 30 de la Ley 2466 de 2025 —relativos al trabajo en plataformas digitales— no incluyeron disposiciones específicas sobre trabajadores migrantes, el artículo 37 de la misma ley sí estableció una protección transversal para este colectivo. La norma dispone que el estatus migratorio no puede ser un impedimento para acceder a las garantías laborales y de seguridad social, asegurando igualdad de trato con los trabajadores nacionales y acceso efectivo a la justicia laboral. De esta manera, la reforma se alinea con los convenios internacionales de la OIT sobre trabajadores migrantes (Convenios núm. 97 y 143)⁴, que extienden la protección más allá de la ciudadanía formal y refuerzan el principio de trabajo decente sin discriminación.

El diseño normativo de la Ley 2466 de 2025 refleja una preocupación creciente por el impacto de los algoritmos en la configuración de los derechos laborales y responde a los lineamientos internacionales de la OIT, particularmente los recogidos en el informe *“Hacer realidad el trabajo decente en la economía de plataformas (2025)”*, donde se destaca la necesidad de que el control tecnológico esté sujeto a principios de transparencia, supervisión humana y protección de datos. La regulación responde a lineamientos internacionales de la OIT en cuanto al principio de primacía de la realidad (Recomendación núm. 198); a la no discriminación laboral (Convenio núm. 111); protección contra la violencia y el acoso laboral (Convenio núm. 190 y Recomendación núm. 206); derechos de libertad sindical y negociación colectiva (Convenios núm. 87 y 98); y a la protección de la seguridad social (Convenio núm. 102). También se conecta con los debates recientes sobre economía de plataformas, que destacan la necesidad de garantizar la transparencia algorítmica, supervisión humana y respeto de los derechos fundamentales.

4 Colombia no ha ratificado estos convenios, pero su contenido ha servido de referente en la construcción normativa de la Ley 2466 de 2025.

III. TRABAJO DECENTE EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS: PRINCIPIOS CLAVE DESDE LA OIT

El informe de la Organización Internacional del Trabajo «Hacer realidad el trabajo decente en la economía de plataformas» (OIT, 2025) constituye un referente esencial para comprender cómo deben adaptarse los marcos normativos frente a la digitalización del trabajo. Su objetivo es doble: (i) ofrecer información actualizada sobre el trabajo en plataformas digitales y analizar la legislación y las prácticas adoptadas en distintos países; y (ii) fundamentar las discusiones de la 113.^a Conferencia Internacional del Trabajo (junio de 2025), apoyando el desarrollo de normas internacionales orientadas a promover el trabajo decente en este sector⁵.

El informe reconoce que el trabajo en plataformas ofrece ventajas en términos de flexibilidad y facilidad de acceso, lo que abre nuevas oportunidades para colectivos que enfrentan barreras de inserción en los mercados laborales tradicionales. No obstante, también identifica retos significativos en materia de protección laboral, especialmente vinculados al uso de algoritmos para organizar, supervisar, evaluar y condicionar el acceso a tareas o pedidos. Estos desafíos inciden directamente en distintas dimensiones del trabajo decente: la situación laboral de las personas trabajadoras, su remuneración y jornada, el acceso a sistemas de protección social y de seguridad y salud en el trabajo, la representación y el acceso al diálogo social, así como los mecanismos de terminación del vínculo y de resolución de conflictos. A ello suma la falta de acceso a la información sobre el impacto de los algoritmos en las condiciones laborales y sobre la equidad de sus resultados⁶.

5 Cabe señalar que, finalmente, en la 113.^a Conferencia Internacional del Trabajo (2025) resolvió avanzar en la elaboración de un convenio acompañado de una recomendación sobre trabajo decente en la economía de plataformas, cuya segunda discusión y eventual adopción se prevé para 2026, de conformidad con el procedimiento de doble discusión de la OIT. Organización Internacional del Trabajo (OIT). Comisión Normativa sobre el Trabajo decente en la economía del trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2025, párrs. 34-51. Disponible en: <https://www.ilo.org/es/resource/acta-de-actuaciones/ilc/113/informe-de-la-comision-normativa-sobre-el-trabajo-decente-en-la-economia-de>

6 Organización Internacional del Trabajo (OIT). Hacer realidad el trabajo decente en la economía de plataformas. Informe para la 113.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2025, párrs. 24-27. Disponible en: <https://www.ilo.org/es/resource/documento-de-conferencia/ilc/113/hacer-realidad-el-trabajo-decente-en-la-economia-de-plataformas>

- **Desafíos con incidencia en las distintas dimensiones del trabajo decente**

El informe de la OIT subraya que los retos del trabajo en plataformas se manifiestan de manera diferenciada en cada una de las dimensiones del trabajo decente:

1. Empleo (acceso y estabilidad): persisten las dificultades de clasificación jurídica de los trabajadores, que pueden quedar en la informalidad o bajo figuras contractuales de autonomía ficticia. La ausencia de presunción legal clara en algunos países genera inseguridad jurídica y limita la estabilidad del vínculo.
2. Derechos en el trabajo: la dispersión geográfica y la fragmentación de la relación dificultan la sindicalización y el ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Además, el uso de algoritmos puede dar lugar a prácticas de discriminación indirecta y a sanciones sin garantías del debido proceso.
3. Protección social: los esquemas tradicionales de seguridad social no se ajustan a las relaciones basadas en tareas o tiempo parcial irregular, lo que generalmente produce exclusiones de facto en salud, pensiones y riesgos laborales. El carácter transnacional de algunas plataformas complica la exigibilidad de aportes y la cobertura efectiva.
4. Diálogo social: la falta de acceso de los trabajadores a información sobre criterios algorítmicos limita su capacidad de participación en la toma de decisiones. Asimismo, los mecanismos tradicionales de diálogo social no contemplan la intermediación tecnológica ni la actuación de empresas transnacionales sin sede física en el país.

A estos retos se suma la dimensión transversal de igualdad de género y no discriminación. Las mujeres, los migrantes y otros grupos en situación de vulnerabilidad suelen concentrarse en segmentos peor remunerados, con mayores riesgos de violencia y menores posibilidades de ascenso dentro de las plataformas. Los algoritmos, si no son supervisados con criterios de equidad, pueden reproducir y amplificar estos sesgos estructurales.

En conjunto, puede afirmarse que la Ley 2466 de 2025 incorpora varios de los lineamientos fundamentales planteados por la OIT para la regulación del

trabajo en plataformas, y lo hace en un contexto en que aún no existe un convenio internacional específico sobre esta materia. Ello ubica a Colombia como referente normativo emergente en la región, al lado de Chile —Ley núm. 21.431 de 2022 y Ley núm. 21.553 de 2023—, aunque persisten desafíos en materia de implementación, extraterritorialidad y efectividad de la fiscalización. Aunado a que la nueva ley colombiana no regula todos los trabajos en las plataformas digitales, vacío que podría suplirse mediante aplicaciones extensivas de la norma.

IV. DESAFÍOS PARA EL DERECHO LABORAL LATINOAMERICANO EN LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO EN LA ECONOMÍA DE LAS PLATAFORMAS

De acuerdo con el informe de la OIT (2025), la regulación del trabajo en plataformas digitales plantea desafíos significativos para los sistemas laborales latinoamericanos, los cuales deben enfrentar realidades productivas fragmentadas, limitaciones en sus capacidades institucionales y la tensión constante entre innovación tecnológica y la garantía de los derechos laborales. En este apartado se analizan con enfoque comparado y crítico los principales obstáculos comunes que la región debe afrontar:

403

1. Heterogeneidad normativa y vacíos legales

La regulación del trabajo en plataformas digitales en América Latina refleja una marcada heterogeneidad. En Colombia, la Ley 2466 de 2025 adoptó el principio de la primacía de la realidad del contrato de trabajo (art. 25), sin consagrar expresamente una presunción general de laboralidad para los trabajadores de plataformas, de manera que estas relaciones pueden ser subordinadas o independientes. En Chile, la Ley núm. 21.431 de 2022 introdujo un marco regulatorio específico distinguiendo entre trabajadores dependientes y los independientes, aunque no protege de forma expresa la figura del contrato realidad. En contraste, la mayoría de los países de la región aún carecen de normas que reconozcan la existencia misma de la relación laboral en este sector, lo que dificulta calificar a quienes prestan servicios en plataformas como trabajadores subordinados o autónomos de manera clara. Ante este vacío legal, ha sido la jurisprudencia la encargada de determinar si corresponde o no extender la protección de los derechos laborales, pero no ha sido uniforme en uno u otro sentido, lo cual ha

generado fragmentación normativa e inseguridad jurídica tanto para los trabajadores como para las empresas.

2. Alta informalidad estructural

La persistente informalidad laboral en América Latina constituye un obstáculo central para la incorporación de trabajadores de plataformas al sistema formal. En este contexto, las plataformas suelen operar en un terreno ambiguo que les permite evadir obligaciones fiscales y laborales básicas, reproduciendo dinámicas de precariedad ya presentes en los mercados laborales tradicionales. Esta situación refleja un déficit institucional en la aplicación de los principios de formalización progresiva consagrados en la Recomendación núm. 204 de la OIT (2015) —sobre la transición de la economía informal a la economía formal—, lo que limita los avances hacia el trabajo decente en la economía digital.

3. Débil capacidad de fiscalización digital

La mayoría de los países latinoamericanos carecen de instrumentos normativos y tecnológicos adecuados para fiscalizar relaciones laborales medidas por algoritmos. Aunque Colombia ha otorgado competencias expresas a la UGPP y al Ministerio del Trabajo para intervenir en este ámbito, en la mayor parte de la región las instituciones laborales no cuentan con marcos regulatorios ni con capacidades técnicas adaptadas a la economía de las plataformas. Esta debilidad limita la eficacia de la inspección del trabajo prevista en el Convenio núm. 81 de la OIT (1947) y compromete la posibilidad de garantizar condiciones de trabajo decente en entornos digitales caracterizados por la opacidad algorítmica y la transaccionalidad de las operaciones.

4. Asimetrías de poder y dificultades para la acción colectiva

La dispersión territorial, la atomización de sus vínculos contractuales y el control unilateral ejercido por las empresas a través de algoritmos generan fuertes obstáculos para la organización sindical y la negociación colectiva. Si bien en Colombia se reconoce este derecho expresamente en la Ley 2466 de 2025, en otros países su ejercicio enfrenta vacíos normativos o restricciones prácticas, lo que delimita el alcance efectivo de la libertad sindical. Esta situación contrasta

con los estándares fijados en los Convenios núm. 87 (1948) y núm. 98 (1949) de la OIT, que garantizan la protección de la sindicación y la negociación colectiva como derechos fundamentales. En consecuencia, la economía de plataformas pone a prueba la capacidad de los sistemas laborales latinoamericanos para equilibrar las asimetrías de poder entre trabajadores y empleadores en un entorno altamente digitalizado y fragmentado.

5. Carencia de estrategias regionales articuladas

Si bien algunos países latinoamericanos han iniciado debates regulatorios sobre el trabajo en plataformas digitales, aún no existe una agenda regional común que permita armonizar criterios normativos y garantizar estándares mínimos de protección. Esta ausencia de coordinación contrasta con la experiencia de la Unión Europea, que dispone de un ordenamiento jurídico multinivel y ha avanzado en directivas supranacionales, como la Directiva (UE) 2024/2831, orientada a clarificar la presunción de relación laboral y regular la gestión algorítmica.

En América Latina, aunque existen espacios de concertación como la CELAC, la Comunidad Andina (CAN) y la OEA, a través de la Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo (CIMT), estos han funcionado principalmente como foros políticos y de cooperación técnica, sin capacidad de generar normas vinculantes en material laboral. La falta de un marco jurídico regional integrado debilita la capacidad de respuesta frente a las empresas transnacionales y profundiza la fragmentación normativa, a pesar de que la Recomendación núm. 204 de la OIT (2015) sobre la transición a la economía formal y el Convenio núm. 122 (1964) sobre política de empleo destacan la importancia de articular políticas de trabajo decente a nivel nacional y regional.

Los desafíos expuestos —heterogeneidad normativa, alta informalidad estructural, débil capacidad de fiscalización digital, asimetrías de poder en la acción colectiva, ausencia de estrategias regionales articuladas—evidencian la complejidad del trabajo en plataformas digitales en América Latina. En este escenario, la Ley 2466 de 2025 en Colombia constituye una referencia normativa relevante, aunque todavía enfrenta importantes retos de implementación y eficacia. Su impacto dependerá no solo de la voluntad política interna, sino también de la capacidad del país para impulsar, junto con otras naciones latinoamericanas, una agenda regional que aborde el trabajo en plataformas desde una perspec-

tiva de derechos, sostenibilidad institucional y bajo un marco de cooperación internacional que asegure la efectividad de las reformas en el cumplimiento del objetivo del trabajo decente. Este enfoque resulta coherente con la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008), que insta a los Estados a articular esfuerzos nacionales y regionales para avanzar en la protección de los trabajadores en un mundo del trabajo en transformación.

Con base en este análisis, corresponde ahora presentar las conclusiones del estudio, en las que se sintetizan los hallazgos principales y se plantean proyecciones para el futuro del derecho laboral en la región.

CONCLUSIONES

La Ley 2466 de 2025 constituye un avance significativo en la adaptación del derecho laboral colombiano a los retos de la economía digital. Mediante un enfoque integral, la norma fortalece la estabilidad laboral, amplía la cobertura del trabajo decente a colectivos de tiempo atrás excluidos y regula expresamente nuevas formas de prestación del trabajo, como aquellas mediadas por plataformas digitales.

El análisis ha mostrado que los artículos 24 a 30 establecen un régimen jurídico coherente con los principios internacionales del trabajo decente promovidos por la OIT, particularmente en materia de reconocimiento del vínculo laboral, protección social, transparencia algorítmica y garantías sindicales, y reconocimiento de derechos a los trabajadores independientes y los migrantes. Asimismo, se ha destacado que esta regulación sitúa a Colombia entre los países de la región que han dado pasos más decididos hacia la actualización normativa frente a la economía de las plataformas.

Sin embargo, el reconocimiento normativo no resulta suficiente si no va acompañado de capacidades institucionales robustas para su implementación, de mecanismos de fiscalización efectivos, y de estrategias regionales coordinadas que eviten la competencia normativa regresiva entre países.

Desde una perspectiva latinoamericana, el desafío consiste en construir marcos normativos que, sin frenar la innovación tecnológica, aseguren condiciones laborales dignas y sostenibles. Para ello, es clave que las reformas legales

se acompañen de inversiones en tecnología estatal, cooperación internacional para la fiscalización digital, fortalecimiento de la acción colectiva en entornos virtuales y procesos de diálogo social tripartito.

En suma, la experiencia colombiana representa un modelo de regulación garantista que puede contribuir al debate regional sobre el futuro del trabajo. La apuesta por una legislación que ponga en el centro los derechos de las personas trabajadoras constituye no solo una opción jurídica viable, sino una necesidad política, económica y ética para enfrentar las transformaciones del siglo XXI. En este sentido, la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa (2008) ofrece un referente esencial, al reafirmar que el trabajo decente y la justicia social deben ser la base de toda estrategia de desarrollo económico y de integración regional.

REFERENCIAS

República de Colombia. (2021). Ley 2101 de 2021, por medio de la cual se reduce la jornada laboral máxima legal. Diario Oficial, No. 51.719, 15 de julio de 2021. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2101_2021.html

República de Colombia. (2006). Ley 1010 de 2006, por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. Diario Oficial, No. 46.160, 23 de enero de 2006. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1010_2006.html

Congreso de la República de Colombia. (2025). Ley 2466 de 2025, por medio de la cual se reforma el Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones para garantizar el trabajo decente y digno en Colombia. Diario Oficial de la República de Colombia, 28 de febrero de 2025. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2466_2025.html

Reino de España. (2021). Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Boletín Oficial del Estado, núm. 233, 29

de septiembre de 2021, pp. 118735–118739. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/09/28/12>

República de Chile. (2022). Ley núm. 21.431, que modifica el Código del Trabajo regulando el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios. Diario Oficial de la República de Chile, 11 de marzo de 2022. Recuperado de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1173544>

República de Chile. (2023). Ley núm. 21.553, que regula a las aplicaciones de transporte remunerado de pasajeros y los servicios que a través de ellas se presten. Diario Oficial de la República de Chile, 19 de abril de 2023. Recuperado de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1191380>

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1999). Trabajo decente: Memoria del Director General a la 87.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Recuperado de <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2008). Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Recuperado de <https://www.ilo.org/es/resource/declaraci%C3%B3n-de-la-oit-sobre-la-justicia-social-para-una-globalizaci%C3%B3n-0>

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2025). Informe de la Comisión Normativa sobre el Trabajo Decente en la Economía de Plataformas (Documento D.3). 113.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Recuperado de <https://www.ilo.org/sites/default/files/2025-06/ILC113-CNP-D3-SP.pdf>

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2025). Hacer realidad el trabajo decente en la economía de las plataformas. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Recuperado de <https://www.ilo.org/es/resource/documento-de-conferencia/hacer-realidad-el-trabajo-decente-en-la-economia-de-plataformas>

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1919–2019). Convenios y Recomendaciones de la OIT. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Recuperado de <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12000:0> [Incluye los convenios núm. 87, 98,

100, 102, 111, 122, 142, 143, 156, 158, 168, 177, 181, 189, 190, 198, entre otros, y las recomendaciones núm. 121, 150, 165, 166, 169, 171, 188, 202, 204, 206 entre otras].

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1995). Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Copenhague, 6–12 de marzo de 1995. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de <https://digitallibrary.un.org/record/198966>

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2024). Directiva (UE) 2024/2831 relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. Diario Oficial de la Unión Europea, L/2024/2831. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32024L2831>



Vol. 25, N° 32, setiembre 2025-febrero 2026

La Revista se terminó de producir digitalmente
en noviembre 2025
Lima - Perú

ISSN 1996-4897 (impresa), ISSN 1996-5230 (en línea)
<https://doi.org/10.56932/laborem.25.32>