



FORSETI

VOL. | NÚM.
15 | 24

Derecho Laboral

Jorge Luis Toyama Miyagusuku

Diego Castillo Fuentes

Eric Castro Posadas y André Castro Arequipeno

Victor Andrés Mendoza Guerra

Rodrigo Pineda García y Acacia Bautista Cervantes

Allison Saldamando Egoavil y Santiago Garnica Franco

Nicole Vera Trujillo

Mariano Guillermo Aguayo Vallenás

Angie Débora Graciano Chávez

Valeria Moreno Machin

Anthony Wilman Peralta Delgado y Piero Amadeus Rojas Vásquez





FORSETI

© DERUP Editores, Lima, 2026

Av. Salaverry 2020, Oficina B-302-A

Jesús María, Lima, Perú

ISSN: 2312-3583

revistaforseti.com / <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/index>

El contenido de los artículos publicados en FORSETI - Revista de Derecho es responsabilidad exclusiva de los autores.

FORSETI autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

2026-II

Asociación DERUP Editores

Consejo Directivo

Ana Fernanda Crisanto Solís
Presidenta y Directora de Finanzas

Daniela A. Lecca Dhaga del Castillo
Vicepresidenta y Directora de
Comercialización

Luciana Olaza La Rosa
Luana Abigail Sandoval Gallo
Alberto Sebastián Hurtado Rosales
Ronald Abregú Choque
Patricio Velarde Villegas
Guadalupe De la Cruz Avalos
Mauricio Eli Caqui Arévalo
Fabiana Yamila Lazo Renteria

Directora de Edición
Directora de Eventos
Director de Gestión de Talento
Subdirector de Edición
Subdirector de Eventos
Subdirectora de Gestión de Talento
Subdirector de Comercialización
Subdirectora de Finanzas

Asamblea General

Comisión de Edición

Juan José Barriga Salcedo
Carlos Chuquilín Vásquez
Alejandra Sofia Dominguez Solis
Rafaela Hernández Bernos
Santiago Lores Michaels
Pablo José Nué Gutiérrez
Ariana Odría Acosta
Alicia Valdivia Lazarte
César Valverde Tito

Comisión de Eventos

Rina Gabriela Chanco Sucso
Mirian Edith Diaz Camones
Arianna Katelyn Díaz Quispe
Cesia Abigail Esparza Polo
Maria Cristina Hau Balta
Xiomara Hinostroza Pariamachi
Daniela Mañanes Meléndez
Valeria Olazo Cornejo
Atenas María Fernanda Quispe Tello
Giacomo Sanguineti Ravettino
Susan Isabel Torres Escobedo
Taira Travezaño Bueno-Tizón

Comisión de Comercialización

Camila Mirella Avellaneda Mansilla
Rodrigo Carranza Távara
Francesca Giribaldi Flórez
Camilo Luciano Lechuga Hanco
María Belén López Fonseca
Santiago Negrón Sánchez
Daniela de Fátima Pita Ahumada
Adriana Sacha Granados
Carmen Andrea Segura Manayay
Joaquín Alonso Talavera Becerra
Ivy Victoria Tenya Koizumi
José Leonardo Alonso Tubillas Aviles
Jorge Vera Castañeda

Comisión de Gestión de Talento

Abigail Gallardo Miranda
Andrea Fernanda Ramos Girón

Comisión de Finanzas

Camila Vanessa Fernández Menéndez
Leonardo Alberto Guevara Gallegos
Maria Fernanda Lam Saldarriaga
Amy Rosario Palacios Loyola
Franco Manuel Paucar Pacheco

SOBRE EL PRESENTE NÚMERO

Trabajar desde casa, recibir bonos por rendimiento o encargar actividades a una empresa especializada plantean preguntas cada vez más presentes en el derecho, donde se discuten la protección laboral y los límites de la organización empresarial. Con estas inquietudes, nos complace presentar la edición número veinticuatro de la revista FORSETI, dedicada a los desafíos del derecho laboral y la seguridad social, y abierta también al debate en otras áreas de nuestro ordenamiento.

Entre las contribuciones de esta entrega, la compensación variable aborda cómo reconocer el desempeño y promover la permanencia del talento, analizando su naturaleza remunerativa y los riesgos de una implementación inadecuada. Por su parte, el teletrabajo traslada estas preocupaciones al propio hogar, donde la distancia dificulta supervisar las condiciones laborales y calificar los accidentes de trabajo. El estudio sobre esta materia identifica vacíos regulatorios y propone fortalecer la prevención fuera de las instalaciones del empleador.

Por su parte, la tercerización ha dado lugar a una controversia que involucra al Tribunal Constitucional, INDECOPI y el Poder Judicial. El análisis del Decreto Supremo 001-2022-TR, los efectos de su nulidad y la defensa de la posibilidad de tercerizar actividades consustanciales al giro del negocio ofrecen al lector una oportunidad para comprender el debate sobre el régimen aplicable. A su vez, el estudio sobre informalidad y seguridad social cuestiona un sistema cuyo acceso depende casi exclusivamente del empleo formal, revisando su pasado y presente para proyectar una protección que alcance a quienes el modelo actual excluye.

El bloque misceláneo aporta perspectivas disruptivas al examinar los límites del uso de la inteligencia artificial en el arbitraje para evitar la indebida sustitución del juicio humano, así como la tensión existente entre el principio de irrevisabilidad del laudo y el control judicial de la competencia arbitral frente a materias inarbitrables. Asimismo, en el ámbito de la contratación pública, se analiza críticamente la nueva Ley 32069, demandando reformas que garanticen una verdadera separación entre las autoridades instructoras y sancionadoras.

Esta edición está dedicada a todos aquellos cuyo trabajo, visible o no, sostiene el día a día de nuestro país, y a quienes desde la academia buscan que el derecho esté a la altura de sus necesidades. A nuestros autores, por convertir sus inquietudes en propuestas y por abrir preguntas que merecen seguir discutiéndose. A nuestros lectores, por darle sentido a cada página que publicamos. Con este número, FORSETI reafirma la convicción que la acompaña desde su fundación: el derecho se construye con rigor, con sentido crítico y con la mirada puesta en los desafíos del presente. Les entregamos esta edición con la esperanza de que inspire nuevas ideas y nuevos diálogos.

Comisión de Edición

Luciana Olaza & Ronald Abregú

Índice

Entrevista

Tercerización laboral en el Perú: límites normativos, tendencias globales y debida diligencia en la cadena de suministro

Jorge Luis Toyama Miyagusuku..... 07

Derecho Laboral

Tercerización de Servicios en el Perú: Estado de la cuestión

Diego Castillo Fuentes..... 13

La compensación variable en el Perú: naturaleza, tratamiento laboral y desafíos en los sistemas de incentivos vinculados al desempeño y a la permanencia

Eric Castro Posadas y Andreé Castro Arequipaño..... 28

Riesgos laborales y accidentes en el teletrabajo: insuficiencias regulatorias de la Ley 31572 frente al principio de prevención

Víctor Andrés Mendoza Guerra..... 41

La evolución de la Seguridad y Salud en el Trabajo: un análisis a la normativa que regula los efectos de la radiación solar y el derecho al descanso sentado

Rodrigo Pineda García y Acacia Bautista Cervantes..... 69

Después de la tormenta, llega la calma: la tercerización laboral después del Decreto Supremo 001-2022-TR

Allison Saldamando Egoavil y Santiago Garnica Franco..... 88

Informalidad y Seguridad Social: pasado, presente y futuro

Nicole Vera Trujillo..... 114

Misceláneo

Una mirada al viejo continente para nuevas oportunidades: comparación de modelos de control previo de concentraciones de las respectivas autoridades de Derecho de la Competencia en Perú y la Unión Europea

Mariano Guillermo Aguayo Vallenas..... 132

El espejismo de la deliberación: inteligencia artificial, delegación decisoria y el deber de motivación arbitral en el ordenamiento peruano

Angie Débora Graciano Chávez..... 153

Sin tocar fondo: el principio de “irrevisabilidad” de los laudos y su relación con el control judicial de la competencia del tribunal arbitral

Valeria Moreno Machin..... 171

El principio de imparcialidad objetiva en la contratación pública: el caso del procedimiento sancionador y el recurso de reconsideración en la nueva Ley General de Contrataciones Públicas Peruana

Anthony Wilman Peralta Delgado y Piero Amadeus Rojas Vásquez..... 191

Tercerización laboral en el Perú: límites normativos, tendencias globales y debida diligencia en la cadena de suministro

Entrevista a Jorge Luis Toyama Miyagusuku^{***}

Resumen. - En esta entrevista, Jorge Luis Toyama Miyagusuku analiza la sentencia de la Corte Suprema que anuló el Decreto Supremo 001-2022-TR, que prohibía tercerizar actividades nucleares. Aborda el conflicto entre el INDECOPI, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, las tendencias en subcontratación, el concepto “núcleo del negocio”, la fiscalización de empresas ficticias, la debida diligencia en la cadena de suministro y la protección social.

Palabras clave. - Tercerización - Núcleo del negocio - Libertad de empresa - Subcontratación - Cadena de suministro - Devida diligencia - Fiscalización laboral - SUNAFIL.

Abstract. - In this interview, Jorge Luis Toyama Miyagusuku analyzes the Supreme Court ruling that annulled Supreme Decree 001-2022-TR, which prohibited outsourcing core business activities. He addresses the conflict among INDECOPI, the Constitutional Court, and the Judiciary, outsourcing trends, the validity of the “core business” concept, the inspection of shell companies, due diligence in supply chains, and the challenges of social protection.

Keywords. - Outsourcing - Core business - Freedom of enterprise - Subcontracting - Supply chain - Due diligence - Labor inspection - SUNAFIL.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la misma casa de estudios. Socio del estudio Vinatea & Toyama. Profesor principal de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico. Experto internacional en relaciones laborales, negociación colectiva y consultoría corporativa.

** La entrevista fue realizada por Acacia Bautista Cervantes, estudiante de Derecho de la Universidad del Pacífico y exdirectora del Área de Comercialización de la Revista FORSETI.

I. Tras un prolongado periodo de pronunciamientos divergentes entre el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, la Corte Suprema declaró la nulidad del Decreto Supremo 001-2022-TR. ¿Cuál es su punto de vista sobre este desenlace y qué acciones deberían tomar las empresas que habían adecuado sus contratos a la norma anulada?

Afortunadamente, muy pocas empresas llegaron a adecuarse a la norma emitida durante la gestión del expresidente Castillo. La mayoría continuó operando de la misma manera, no por un acto de insubordinación, sino porque, por un lado, existía un periodo de adecuación y, por otro, carecían de un plan alternativo viable a corto plazo. Asumir de un día para otro operaciones complejas —como la explotación en una mina o la producción total en una fábrica que habían sido tercerizadas— resultaba materialmente imposible.

Muchas empresas evaluaron como contingencia la contratación directa del personal, pero no llegaron a ejecutarla gracias a que la resolución del INDECOPI suspendió inicialmente la fiscalización y, posteriormente, inaplicó la medida. En retrospectiva, podemos distinguir tres etapas claras en este proceso:

- a. El primer periodo abarca desde la sorpresiva publicación de la norma en febrero de 2022 hasta la resolución del INDECOPI. Fue una etapa de gran preocupación, marcada por litigios y acciones de amparo, aunque con escasa adecuación práctica debido a la inviabilidad operativa y a la convicción de que la medida era inconstitucional e ilegal.
- b. El segundo periodo comprende el lapso entre la decisión del INDECOPI y la sentencia de la Corte Suprema. Fue una etapa de mayor tranquilidad para el sector empresarial, aunque los sindicatos aún mantenían la expectativa de que la Corte validara la norma.
- c. El tercer y actual periodo, consolidado con el reciente fallo de la Corte Suprema, deja establecido con claridad que sí es jurídicamente viable tercerizar las actividades nucleares.

II. Trascendiendo la coyuntura nacional, ¿qué tendencias globales y locales se observan en materia de subcontratación e intermediación laboral, y de qué forma estas transforman la estructura organizacional de las empresas?

Aunque las cifras oficiales del Ministerio de Trabajo no siempre reflejan su magnitud total, la tercerización sigue expandiéndose y ganando terreno en las estructuras empresariales. Este es un fenómeno a nivel global. Las organizaciones ya no solo tercerizan a nivel local, sino también internacional, encargando productos o servicios a otros países.

Un ejemplo claro es el sector de los *call centers*, donde el Perú se ha posicionado como un centro regional. Desde nuestro país se exportan estos servicios a Argentina, Colombia y otras naciones, favorecidos por un acento considerado neutral, nuestra ubicación geográfica y costos laborales competitivos.

La tendencia global apunta hacia una mayor tercerización, abarcando no solo áreas periféricas o principales, sino también el núcleo del negocio. De este modo, muchas empresas evolucionan hacia un modelo de inversionistas en activos. Por ejemplo, una empresa de energía eléctrica puede no contar con maquinistas ni operarios propios si la operación y el mantenimiento de sus centrales están totalmente tercerizados a un experto. Lo mismo ocurre con los fondos de inversión, un fenómeno global cuya esencia los lleva a preferir que un tercero especializado ejecute determinadas operaciones antes que desarrollar internamente esas capacidades. Esta irrupción del capital de inversión es uno de los grandes motores de la tercerización en el Perú y en el mundo.

III. La noción del “núcleo del negocio” constituyó el eje dogmático de la prohibición derogada. ¿Cómo evalúa la solidez jurídica de este concepto y cuál es su correlato en el derecho comparado?

El “núcleo de negocio” es una creación netamente peruana. Se introdujo en la norma para evitar que la prohibición sonara excesivamente radical, ya que vetar toda “actividad principal” habría paralizado múltiples operaciones esenciales que no necesariamente son nucleares.

Para ilustrarlo: en una empresa minera, la actividad nuclear comprende a quienes tienen contacto directo con el mineral (extracción, procesamiento en planta, obtención del metal). Las actividades principales, en cambio, abarcan a profesionales como los abogados o contadores de la mina; no son el núcleo, pero tampoco son meramente complementarios, pues son esenciales para la operación corporativa. Finalmente, las actividades complementarias o periféricas incluyen servicios accesorios como la limpieza o la vigilancia.

Existen áreas grises, como el transporte. El transporte del mineral extraído hacia la planta es indudablemente una actividad nuclear, o por lo menos principal. Por el contrario, el transporte del personal hacia el campamento calificaría como actividad complementaria o principal, dependiendo de su intensidad y relevancia. Sin embargo, a nivel internacional, generalmente solo existen dos categorías: principal y complementaria. Además, en el mundo y en organismos como la Organización Internacional del Trabajo, el término utilizado es “subcontratación”, siendo “tercerización” un vocablo de uso predominantemente peruano.

IV. Revisando las cifras de 2022, hubo poco más de cien inspecciones de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral frente a miles de empresas de tercerización activas. ¿Considera que el problema de fondo radica en el diseño normativo o en una falta de fiscalización efectiva?

Ese es un punto fundamental. Se suele asociar la tercerización con la precariedad laboral, argumentando que es una “forma moderna de esclavitud”. Es cierto que, a medida que se desciende en la cadena de suministro, las condiciones y beneficios pueden disminuir debido a la menor capacidad económica de los subcontratistas.

En un proyecto inmobiliario, el dueño del terreno contrata a una gran constructora. Esta, a su vez, subcontrata a una empresa global experta en ascensores. Esta última puede subcontratar a una empresa instaladora local, la cual, finalmente, podría subcontratar a dos técnicos independientes. Mientras más se baja en esta cadena, las empresas tienen menor envergadura y los beneficios laborales suelen reducirse, lindando a veces con la informalidad.

No obstante, también existen tercerizaciones donde el trabajador del tercero percibe mayores ingresos que el de la empresa principal, como ocurre con especialistas internacionales en perforación petrolera. El verdadero problema radica en las empresas ficticias o “de paja”. Se trata de empresas “huecas” que no poseen activos, herramientas ni *expertise* real, y cuyo único aporte es la provisión de personal en planilla para abaratar costos.

El ordenamiento ya prohíbe la simulación y el fraude. Bajo el pretexto de que existen abusos, se intentó prohibir la figura en su totalidad, cuando lo que realmente corresponde es controlar y supervisar de manera efectiva. Una tercerización legítima se caracteriza por la especialidad. Si una empresa busca un servicio de calidad, contrata a un especialista; si solo busca evitar cargas laborales mediante una figura ficticia, estamos ante un fraude que el Estado debe sancionar.

V. En ese sentido, ¿cómo afecta la prohibición de la tercerización a la libertad de empresa y a la eficiencia económica, considerando la economía de opción de las organizaciones?

Prohibir la tercerización tiene un efecto devastador, porque existen actividades que las empresas simplemente no pueden, ni deben, realizar por sí mismas. Si existe un tercero que puede ejecutar un proceso de manera más rápida, eficiente y económica utilizando sus propios recursos especializados, carece de sentido que la ley obligue a las empresas a ser especialistas en todo.

Esto se observa en los canales de televisión, donde los programas son producidos por terceros que alquilan el espacio y gestionan su propia publicidad. También es evidente en el sector salud: los laboratorios de análisis clínicos o centros de rayos X dentro de las clínicas suelen pertenecer a terceros especializados. Si se prohibiera esta práctica, la clínica tendría que implementar su propio laboratorio, lo que incrementaría sustancialmente los costos operativos. Al final, el principal perjudicado sería el ciudadano, quien tendría que asumir esos mayores costos. Prohibir la tercerización, al margen de atentar contra la libertad de empresa, atenta directamente contra la productividad y la viabilidad del crecimiento económico del país.

VI. ¿Considera que el debate sobre las restricciones a la tercerización está definitivamente cerrado, o anticipa una futura respuesta legislativa que busque reintroducir este tipo de limitaciones?

En el Perú, el panorama jurídico rara vez se encuentra definitivamente cerrado. Sin embargo, las recientes resoluciones de la Corte Suprema y del INDECOPI, sumadas a la actual composición del Congreso, sugieren que en los próximos años gozaremos de cierta estabilidad jurídica en esta materia, la cual es indispensable tanto para las empresas como para los trabajadores.

Para mantener este equilibrio, es crucial que los actores asuman sus roles. Por un lado, el Estado debe focalizar su fiscalización en las malas prácticas, utilizando herramientas modernas como la inteligencia artificial para detectar empresas con alta facturación, grandes consumos operativos, pero sin personal en planilla. El esfuerzo debe orientarse hacia los verdaderos bolsones de informalidad.

Por otro lado, el sector empresarial debe autorregularse y aislar a las organizaciones informales. Los gremios deben ser estrictos y, de ser necesario, expulsar a aquellos miembros que acumulen infracciones reiteradas y compitan de manera desleal. Los extremos son nocivos: un uso abusivo y descontrolado de la figura genera el caldo de cultivo para que surjan corrientes políticas que busquen prohibirla nuevamente.

VII. Respecto a esta autorregulación empresarial, ¿de qué manera la normativa internacional sobre la cadena de suministro impacta en las prácticas laborales de las empresas peruanas?

El impacto es cada vez mayor. En Europa, por ejemplo, ya están vigentes normativas estrictas de debida diligencia en la cadena de suministro. Un supermercado en Londres que importa productos agroindustriales peruanos tiene la obligación legal de verificar que la cosecha se haya realizado sin trabajo forzoso o infantil, y respetando los derechos laborales fundamentales.

Este estándar trasciende la legalidad estricta local para convertirse en una exigencia ética y comercial. Un caso emblemático ocurrió hace años en el sector textil, cuando una marca internacional exigió a su proveedor peruano la reposición de dirigentes sindicales despedidos, condicionando la continuidad de sus compras al cumplimiento de prácticas laborales adecuadas.

Un hito ilustrativo en materia de debida diligencia transnacional en el Perú fue el caso de la proveedora textil Topitop frente al grupo internacional Inditex (matriz de Zara). Ante el despido de dirigencia sindical en las plantas locales, la representación de los trabajadores acudió a la Federación Internacional de Trabajadores del Textil, Vestuario y Cuero, exponiendo el caso ante Inditex. Pese a que la empresa peruana sostenía la legalidad de los ceses al amparo de la normativa nacional y la existencia de procesos judiciales en trámite, el estándar ético y de debida diligencia exigido por Inditex fue determinante: la multinacional

apercibió con suspender sus órdenes de compra si no se restituía a los trabajadores desposeídos y se suscribía un código de buenas prácticas de cese.

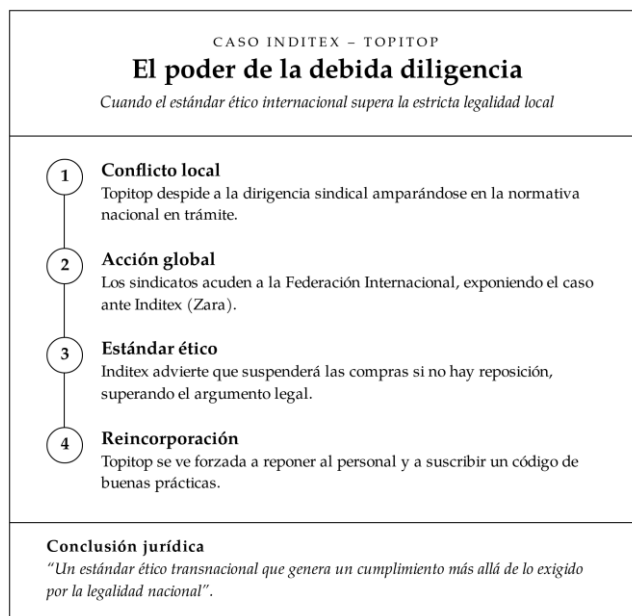


Gráfico generado con inteligencia artificial.

Ello motivó la reincorporación del personal, demostrando cómo la debida diligencia internacional genera un efecto de "contagio" positivo. Varias empresas transnacionales que operan en el Perú ya exigen estos estándares a sus proveedores de empaques o insumos, fomentando una responsabilidad social que va más allá del simple cumplimiento normativo.

Tercerización de Servicios en el Perú: Estado de la cuestión

Diego Castillo Fuentes*

Resumen. - Tras intentos reglamentarios para limitar la ejecución de servicios de tercerización en el Perú, criterios judiciales con carácter firme han hecho retroceder tales reformas reglamentarias, lo que nos invita a determinar cuál es el estado actual regulatorio aplicable para la ejecución de un esquema de tercerización de servicios válido, con especial incidencia en la posibilidad de tercerizar actividades que puedan ser consideradas como consustanciales a las actividades principales de la empresa o entidad contratante.

Palabras clave. - Tercerización de Servicios - Externalización de servicios - Núcleo de negocio - Reorganización empresarial.

Abstract. - Following regulatory attempts to limit the provision of outsourcing services in Peru, final judicial rulings have set back such regulatory reforms, prompting us to determine the current applicable regulatory framework for implementing a valid service outsourcing arrangement, with particular emphasis on the possibility of outsourcing activities that may be considered integral to the core activities of the contracting company or entity.

Keywords. - Outsourcing of services - Externalization of services - Core business - Corporate reorganization.

* Abogado Socio del Área Laboral de Hernandez & Cía. Magister en Dirección de Recursos Humanos por EAE Business School de Madrid y por la Universidad Rey Juan Carlos de España. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Laboral en la Universidad del Pacífico.

I. Apuntes preliminares

Desde una apreciación netamente personal del autor, no ha pasado inadvertida la tendencia peruana de referirse a la tercerización de servicios como “tercerización laboral”. En diversos trabajos o notas periodísticas se habla de tercerización de servicios como “tercerización laboral”.

Si bien pareciese que es solo un tema de nomenclatura, tal fraseo que busca identificar a la tercerización de servicios como una institución del derecho del trabajo, limita y encierra una figura de reorganización corporativa como la tercerización, como si su propósito empresarial fuera netamente laboral, a pesar de que tal premisa es profundamente equivocada.

La tercerización de servicios no se agota en las implicancias laborales que puede conllevar tal figura de reorganización empresarial; por el contrario, se trata de una herramienta para lograr eficiencias empresariales. En términos latos, estamos ante un esquema de organización por el cual una empresa o entidad, para lograr tener un desarrollo más eficiente de sus actividades productivas (sean éstas las principales o complementarias a su giro de negocio), opta por externalizar éstas a través de la contratación de empresas con mayor especialización, *know how* y sustentos técnicos para realizar estas actividades de manera más profesional, con mayor valor agregado, en un menor tiempo o, en síntesis, con un mayor valor a un menor costo (eficiencia económica).

Ciertamente, esquemas de tercerización u *outsourcing* podrán tener implicancias de naturaleza laboral, en cuyo caso deberá entrar a tallar la regulación laboral para procurar la protección de derechos laborales como la estabilidad laboral, libertad sindical entre otros que puedan ser conculcados bajo el uso fraudulento de esquemas de tercerización de servicios. No obstante, englobar cualquier esquema de tercerización como “tercerización laboral”, es una apreciación limitada y peligrosa, pues puede dar a entender que el principal propósito (sino el único) de dicha figura persigue eficiencias netamente laborales (relacionadas con desplazamiento de personal), lo cual está totalmente alejado de la realidad y del verdadero propósito de una tercerización de servicios.

II. Marco legal de la tercerización de servicios

El 24 de junio de 2008 se publicó la Ley 29245, “Ley que Regula los Servicios de Tercerización”, a través de la cual se plasmó un cuerpo normativo específico que aborda el tratamiento legal aplicable a esquemas de tercerización de servicios. Ello no quiere decir que, con anterioridad al 2008, no haya habido regulación alguna que haya buscado delinear un esquema ya usado el *outsourcing* o externalización productiva.

Ante confusiones del real tratamiento de una figura legal relacionada -pero no similar- a la tercerización de servicios, como la intermediación laboral, surgió la

necesidad de que el reglamento de esta segunda institución defina tangencialmente qué es lo que se tiene que entender por “tercerización de servicios”. Así, el Decreto Supremo 003-2002-TR, publicado el 28 de abril de 2002 para reglamentar la Ley 27626 que regula la Intermediación Laboral, cinco años antes de la publicación de la Ley 29245, utilizó los siguientes términos para esbozar lo que es una tercerización de servicios:

Artículo 4.- De la tercerización de servicios

No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al Artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.

La Ley 29245 recoge varios elementos de esta definición reglamentaria para establecer el concepto de tercerización en el artículo 2 de la referida ley:

Artículo 2.- Definición

Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.

La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

Las líneas coincidentes en estas definiciones se encuentran en el desarrollo de actividades especializadas por parte de la empresa contratada (la empresa tercerizadora), que involucre (i) la asunción de los servicios prestados por su cuenta y riesgo; (ii) cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; (iii) sean responsables por los resultados de sus actividades y (iv) sus

trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Así, ambas definiciones recogen lo que ahora se conoce como los requisitos de validez de una tercerización de servicios.

Nótese que, en ambas definiciones, nos encontramos ante una tercerización de servicios que puede ser llevada a cabo de manera totalmente externa (tercerización sin desplazamiento de personal) como llevada a cabo con participación del personal de la empresa de tercerización en las instalaciones de la empresa contratante o empresa principal (desplazamiento de personal). Para efectos del ámbito de aplicación de las normas que regulan la tercerización de servicios en materia laboral, el Decreto Legislativo 1038 publicado el 25 de junio de 2008 resuelve esa omisión, estableciendo que el ámbito de aplicación de la Ley 29245 se circunscribe a:

Aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica².

También es importante advertir que, ni el Decreto Supremo 003-2002-TR ni la Ley 29245, limitan la aplicación de las normas que regulan la tercerización de servicios a actividades principales o complementarias. No obstante, es el Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, aprobado por Decreto Supremo 006-2008-TR el cual determina que el ámbito de aplicación de esta regulación comprende a las empresas que tercerizan actividades principales, en la medida que tal tercerización se produzca con desplazamiento continuo:

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

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

² Artículo 2 del Decreto Legislativo 1038. Posteriormente, el Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, aprobado por Decreto Supremo 006-2008-TR, establecerá cuándo nos encontraremos ante una tercerización con desplazamiento continuo, lo que se configurará en caso de que a) el desplazamiento ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o, b) exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

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

Creemos que la mención de esta limitación en la aplicación de las normas de tercerización de servicios en el Reglamento y no en la Ley, generó la controversia sobre la validez de la tercerización sobre actividades que puedan ser catalogadas como parte del núcleo de negocio.

A la luz de las normas antes citadas, pareciese que no es posible determinar si las normas vigentes (o en todo caso, las normas vigentes antes de la publicación del ya ilegal Decreto Supremo 001-2022-TR) permiten la tercerización de servicios sobre actividades que puedan ser catalogadas como núcleo de negocio. Sin embargo, veremos a continuación que, en rigor, el Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, el Decreto Supremo 003-2002-TR resolvía de forma positiva tal incertidumbre, como veremos a continuación.

III. Decreto Supremo 001-2022-TR: prohibición de tercerizar el núcleo de negocio

Durante gran parte del año 2022 y todo el 2023 y 2024 se generó un acalorado debate, incluso en sede judicial, sobre si la modificación al Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, aprobado por Decreto Supremo 006-2008-TR, efectuada por el Decreto Supremo 001-2022-TR publicada durante el gobierno de Pedro Castillo, era constitucional y legal. Vale la pena recordar que el Decreto Supremo 001-2022-TR dispuso prohibir la tercerización de actividades que recaigan sobre el núcleo de negocio de la empresa principal con la modificación del artículo 2 del Decreto Supremo 006-2008-TR, antes citado (en su versión original):

Artículo 2.- Ámbito de la tercerización

El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan actividades especializadas u obras, que forman parte de su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.

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

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

No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio. (el énfasis es nuestro)

Diversas acciones de amparo se interpusieron contra el Decreto Supremo 001-2022-TR (por ser una norma autoaplicativa) por vulnerar derechos constitucionales como la libertad de contratar en el caso de empresas clientes de servicios de tercerización y libertad de empresa en el caso de empresas de servicios. Asimismo, se interpusieron sendos procesos de acción popular cuestionando la legalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR.

Con cargo a analizar con mayor detalle el devenir de estos procesos de acción popular que fueron acumulados en el Expediente 00756-2022-0-1801-SP-DC-03, la primera aproximación para resolver la controversia sobre prohibición de tercerizar actividades que formen parte del núcleo de negocio, provino de la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que resolvió en primera instancia el expediente acumulado y declaró fundada en parte la acción popular interpuesta por diversos gremios y entidades contra el Decreto Supremo No. 001-2022-TR; dejando sin efecto la necesidad de las empresas de adecuarse a una regulación -a nuestro juicio- ilegal e inconstitucional, pero dejando subsistente la restricción de tercerizar el “núcleo de negocio” de las empresas, término sin definición ni mención alguna en el texto de la Ley de Tercerización de Servicios.

Con la modificación del Reglamento de la Ley de Tercerización, cuyos efectos se encontraban ya suspendidos por medidas cautelares ante Indecopi³, entró en boga el uso del término “núcleo de negocio”, propuesto por el Decreto Supremo 001-2022-TR para prohibir el uso de contratos de tercerización de servicios para actividades que recaigan sobre el “núcleo de negocio” de la empresa contratante.

Es precisamente este término el que la Tercera Sala Constitucional dejó subsistente en su sentencia⁴:

INTERPRETAR que el artículo 2º del Decreto Supremo N° 001-2022-TR en el extremo que establece; “(...) No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio.”, es constitucional siempre que se entienda que esta prohibición debe establecerse ante la acreditación de la utilización indiscriminada y abusiva (fraudulenta) de esa forma de contratación con el consiguiente perjuicio de los derechos de los trabajadores; **INTERPRETÁNDOSE y ENTENDIÉNDOSE** en igual forma y alcances, el extremo del artículo 5º que establece que: “Se produce la desnaturalización de la tercerización: (...) b) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio (...) desde

³ Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas INDECOPI (2023). Expediente 000362-2022/CEB. Lima: 10 de febrero de 2023.

⁴ Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente acumulado 00756-2022-0-1801-SP-DC-03. Lima: 8 de marzo de 2023.

el inicio el desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto al momento en”; y el extremo del artículo 9º, que establece que:“...con la determinación del momento desde el cual se considera a la empresa principal como empleador de los trabajadores desplazados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del presente Reglamento (...). Sin Costos.

En opinión del autor, no se trata de una interpretación, sino la modificación sustancial de lo que establece el texto expreso del artículo 2 del Decreto Supremo 001-2022-TR al contemplar la prohibición de tercerizar actividades que formen parte del núcleo de negocio. Difícilmente puede sostenerse que, producto de mecanismos de interpretación normativa -llámese interpretación teleológica, literal, histórica, sistemática u otras-, pueda determinarse que una prohibición deja de serlo si no se demuestra un uso indiscriminado (fraudulento) de esa figura para afectar derechos laborales de los trabajadores desplazados al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal. En síntesis, bajo un pretexto de interpretación, la Tercera Sala Constitucional cambia el sentido de la prohibición de tercerizar el núcleo de negocio (el cual claramente tenía por propósito prohibir cualquier tercerización sobre el núcleo de negocio, sea que su uso sea indiscriminado o no), modificando sustancialmente su texto.

Fundamentos para concluir que dicha prohibición es ilegal existen, prueba de ello es que la Corte Suprema en segunda instancia finalmente declara la nulidad de la prohibición de tercerizar actividades que formen parte del núcleo de negocio (como veremos en este trabajo). Sorprendentemente, la Tercera Sala Constitucional opta por no declarar la ilegalidad de dicho texto normativo y decide cambiar sustancialmente el sentido de éste.

A pesar de tratarse de una definición elemental para determinar si una tercerización de servicios era válida o no a la luz del referido Decreto Supremo 001-2022-TR -norma cuya legalidad y constitucionalidad, nuevamente, resulta cuestionable-, no existe dentro del conjunto de normas que regula la tercerización de servicios en el Perú, una definición de lo que califica como “núcleo de negocio”, situación suficiente para declarar su ilegalidad (dado que un Reglamento no puede regular más allá de lo que dispone la Ley).

La norma que trajo a colación el término no definió qué era el núcleo de negocio para efectos de aplicación de tal prohibición, solo propuso indicios para su identificación, indicios que fueron declarados ilegales por la Tercera Sala Constitucional en la acción popular de marras:

Núcleo del negocio. - El núcleo del negocio forma parte de la actividad principal de la empresa pero, por sus particulares características, no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento.

Para identificar el núcleo del negocio en el caso concreto, se debe observar, entre otros:

1. El objeto social de la empresa.
2. Lo que la identifica a la empresa frente a sus clientes finales.
3. El elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades.
4. La actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes.
5. La actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos.⁵

El encargado de la fiscalización del cumplimiento del Decreto Supremo 001-2022-TR, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral -SUNAFIL-, tampoco tuvo claro qué era el “núcleo de negocio”. Para el desarrollo de sus actividades inspectivas, SUNAFIL emitió un Protocolo para la Fiscalización de la Tercerización Laboral⁶, en el que definió al “núcleo de negocio” en función a lo que no es: “lo que forma parte de la actividad principal de la empresa pero, por sus particulares características, no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento”.

Siendo la definición de núcleo de negocio trascendental para la aplicación de una prohibición expresa a la contratación de actividades de tercerización, ¿no resultaba indispensable por parte del Ministerio de Trabajo que, como mínimo, sea claro en qué consiste el núcleo de negocio como actividades no tercerizables?

Ad portas de la aplicación de una norma que supone en muchos casos la desaparición de empresas a las que se les prohibirá prestar servicios a sus clientes regulares, lo mínimo que se podía esperar era predictibilidad y claridad en la determinación de los supuestos de hecho prohibidos para la tercerización, más allá de los cuestionamientos de su legalidad y constitucionalidad. Por el contrario, solo tuvimos por parte del Ministerio de Trabajo y de la SUNAFIL, indicios y definición de aquello que no es núcleo de negocio. Esta incertidumbre tampoco fue resuelta por la Tercera Sala Constitucional de Lima, pues dejó como subsistente el famoso término de “núcleo de negocio” con definición ausente, bajo una interpretación que, en rigor, solo cambia el sentido de la prohibición, no la declara ilegal.

Si tuviéramos que esbozar qué es núcleo de negocio, partiendo de los indicios propuestos por el Ministerio de Trabajo y lo que SUNAFIL consideró que no es núcleo de negocio, lo definiríamos como aquella actividad que es consustancial al giro de negocio de la empresa.

De hecho, tal definición ya era utilizada por normas que regulan la tercerización de servicios en el Perú (léase el Decreto Supremo 003-2002-TR), precisamente para

⁵ Artículo 1 del Decreto Supremo 001-2022-TR.

⁶ SUNAFIL (2022). Resolución de Superintendencia 428-2022-SUNAFIL. Lima: 24 de agosto de 2022.

definir qué es una actividad principal, actividad que expresa y específicamente puede ser objeto de tercerización de servicios según las normas sobre tal materia.

En efecto, en las definiciones contempladas en el artículo 1 del Decreto Supremo 003-2002-TR, se definió “Actividad Principal” en los siguientes términos:

Actividad principal: Constituye actividad principal de la empresa usuaria **aquella que es consustancial al giro del negocio**. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y **en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa**. (el énfasis es nuestro)

La lectura de esta definición es esclarecedora, pues esta definición de actividad principal es prácticamente coincidente con lo que el Decreto Supremo 001-2022-TR quiso considerar -sin decirlo expresamente- como núcleo de negocio.

Debemos señalar además que, tanto en la versión original del Reglamento de la Ley de Tercerización de Servicios como en versión modificada por el Decreto Supremo 001-2022-TR, se mantuvo la remisión al Decreto Supremo 003-2002-TR para definir lo que es una actividad principal (que, como vemos, comprende lo que puede entenderse como “núcleo de negocio”) para efectos de una tercerización de servicios. Esto es evidencia de que el espíritu de la Ley de Tercerización de Servicios, complementada reglamentariamente por el Decreto Supremo 006-2008-TR, es el que se pueda tercerizar cualquier actividad principal (incluso aquella que pueda formar parte de lo que el Decreto Supremo 001-2022-TR trata de distinguir como “núcleo de negocio” y otros autores distinguen como *core business*), en la medida que se cumplan con los requisitos de validez de dicha figura de reorganización empresarial previstos en la Ley en mención.

Esta práctica errada de dejar en la indefinición al término específico en el que reside el sentido (y, por tanto, las consecuencias) de una norma, quedaría en lo anecdótico y pasaría al olvido como tantas otras normas, sino fuera que la aplicación de ésta puede suponer la eliminación de empresas formales, la restricción de derechos fundamentales como la libertad de contratación y de empresa, así como la destrucción del empleo formal en el sector servicios.

IV. Pronunciamiento de la Corte Suprema que resuelve declarar la ilegalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR

En el mes de abril de 2026 se publicó la Sentencia ACCIÓN POPULAR 30989-2023 LIMA, que puso fin a la discusión sobre la legalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR, que prohibía la tercerización de las actividades del núcleo de negocio de la empresa principal.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, en segunda -y final- instancia, resolvió revocar el extremo de la sentencia emitida por la Tercera Sala Constitucional de Lima que declaró fundada en parte la demanda, para declarar fundada la demanda de Acción Popular del expediente acumulado 00756-2022-0-1801-SP-DC-03, en su totalidad. Como consecuencia de lo anterior, se declaró la nulidad del Decreto Supremo 001-2022-TR.

Los principales fundamentos por los cuales la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República resolvió declarar la nulidad del Decreto Supremo 001-2022-TR, fueron los siguientes:

- a. **Vulneración del principio de jerarquía normativa:** de acuerdo con la Corte Suprema, el Decreto Supremo 001-2022-TR vulneró el citado principio, “al introducir la denominación de núcleo del negocio que restringe la tercerización de los servicios de especialización u obra de la actividad principal de una empresa”, sin que la Ley 29245 lo haya previsto.

Es preciso acotar que la Corte Suprema resolvió en ese sentido sin anotar uno de los argumentos esgrimidos por una de las codemandantes (Sedapal), consistente en que el artículo 1 de la Ley 29245, establece expresamente que la ley es el único instrumento normativo que puede establecer limitaciones a la tercerización⁷; consecuentemente, una norma reglamentaria no podría establecer requisitos o prohibiciones adicionales a las previstas en la Ley. Creemos que esta razón también debió ser considerada para declarar la ilegalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR.

- b. **Exceso de potestad reglamentaria:** relacionado al primer punto o fundamento para declarar la nulidad del Decreto Supremo 001-2022-TR, la Corte Suprema sostuvo que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo la potestad de reglamentar leyes, sin que con ello pueda transgredirlas ni desnaturalizarlas, potestad que ha sido desvirtuada al establecer limitaciones (como la prohibición de tercerizar el núcleo de negocio) que no se encontraban previstas en la Ley 29245.

Vale la pena reincidir en el propósito identificado en la Ley 29245, bajo una lectura sistemática de la Ley en mención, su Reglamento y el Decreto Supremo 003-2022-TR. La Ley 29245, complementada reglamentariamente por el Decreto Supremo 006-2008-TR (su Reglamento), denota el propósito de que se pueda tercerizar cualquier actividad principal (incluso aquella que pueda formar parte de lo que el Decreto Supremo 001-2022-TR trata de

⁷ Ley 29245: “**Artículo 1.- Objeto de la Ley**

La Ley regula los casos en que procede la tercerización, los requisitos, derechos y obligaciones, así como las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalizan el uso de este método de vinculación empresarial”. (el énfasis es nuestro)

distinguir como “núcleo de negocio”), en la medida que se cumplan con los requisitos de validez de dicha figura de reorganización empresarial. Para ello es relevante atender a que la definición de “actividad principal” prevista en el Decreto Supremo 003-2002-TR (al que se remite el Reglamento de la Ley de Tercerización de Servicios para definir actividad principal) comprende a las actividades que son “consustanciales al giro de negocio”, lo cual, sin temor a dudas, debe referirse a lo que el Decreto Supremo 001-2022-TR catalogaba como “núcleo de negocio”.

- c. **Afectación a derechos constitucionales como libertad de empresa y libertad de contratación:** En este extremo, la Corte Suprema coincide con la Tercera Sala Constitucional de Lima al sostener que las restricciones previstas en el Decreto Supremo 001-2022-TR sí afectaban los derechos constitucionales a la libertad de empresa y libertad de contratación, al restringir el uso de la figura empresarial de tercerización de servicios, bajo una prohibición sometida a una indefinición absoluta.

En lo que difiere la Corte Suprema con la Tercera Sala Constitucional de Lima, es en la solución ante tal vulneración. Mientras que la Tercera Sala Constitucional de Lima propuso como fórmula de solución la reinterpretación de la prohibición de tercerizar el núcleo de negocio, la Corte Suprema ha cuestionado tal salida, por no aclarar precisamente el cuestionamiento central de las demandas de acción popular: si es que la prohibición de tercerizar el núcleo de negocio es una restricción ilegal o no. Por tal motivo, la Corte Suprema considera inválida la interpretación de la Tercera Sala Constitucional de Lima.

Debemos resaltar la importancia del resultado de las demandas de Acción Popular, cuya sentencia en segunda instancia tiene carácter firme y efectos *erga omnes*, como mecanismo de control de la legalidad previsto por nuestra Constitución Política. En consecuencia, el Decreto Supremo 001-2022-TR es expulsado de nuestro ordenamiento jurídico por ilegal.

V. Corte Suprema vs Tribunal Constitucional: ¿Existen realmente una incompatibilidad de criterios?

Como consecuencia de los procesos de amparo iniciados para inaplicar el Decreto Supremo 001-2022-TR, el Tribunal Constitucional se pronunció vía recurso de Agravio Constitucional interpuesto por la demandante Lima Airport Partners en el Expediente 03097-2024-PA/TC sobre la constitucionalidad y legalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR, a pesar que la pretensión específicamente recaía en declarar la inaplicación del referido Decreto Supremo respecto del demandante por vulnerar derechos constitucionales como la libertad de empresa y la libertad de contratar, por tratarse de una norma autoaplicativa.

En síntesis, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda respecto de la pretensión sobre la infracción al principio de jerarquía normativa, declarando infundada la demanda respecto de las pretensiones de inaplicación del Decreto Supremo 001-2022-TR por vulneración de los derechos a la libertad de empresa y contratación.

Sin embargo, la importancia de esta sentencia reside en el pronunciamiento -no invocado por las partes- sobre la constitucionalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR. Si bien pareciese una pretensión implícita, debemos recordar que el cuestionamiento a dicho Decreto Supremo se centra en la ilegalidad y contradicción de éste con la Ley 29245 que pretende reglamentar. Hacemos notar también que esta sentencia no fue emitida en unanimidad; de los siete Magistrados del Tribunal Constitucional, cuatro de ellos⁸ conformaron sentencia que con el sentido final que hemos detallado; tres de ellos⁹ emitieron votos singulares, los cuales concluyeron que el Decreto Supremo 001-2022-TR vulneraba el principio de jerarquía normativa.

En síntesis, más allá de la decisión final, el Tribunal Constitucional sostuvo entre sus fundamentos que el contenido del Decreto Supremo 001-2022-TR tiene una finalidad constitucionalmente válida, al tratar de regular y limitar un uso indiscriminado de la figura de la tercerización de servicios para proteger derechos laborales¹⁰.

Para culminar este razonamiento, los Magistrados que conformaron sentencia determinaron que no era procedente atender la pretensión de infracción al principio de jerarquía normativa por cuanto -bajo sus criterios- el control de constitucionalidad que la parte demandante estaba buscando era uno de carácter abstracto, que debió canalizarse a través de una demanda de acción popular. Para ello, evidentemente, concluyeron previamente que el Decreto Supremo 001-2022-TR no tenía carácter autoaplicativo, posición con la que discrepamos.

Noten que con tal posición previa sobre la incompetencia por razón de materia (por considerar que se trata de una pretensión que debe ventilarse en un proceso de acción popular), errada o no, daba por improcedente la demanda sin necesidad de que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre si el Decreto Supremo 001-2022-TR tiene una finalidad constitucionalmente legítima o no. Sin embargo, añadieron tal razonamiento a la sentencia.

⁸ Los Magistrados Pacheco Zerga, Morales Saravia, Gutierrez Ticse y Ochoa Cardich.

⁹ Los Magistrados Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Hernandez Chavez tuvieron votos singulares.

¹⁰ Fundamento 69 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 03097-2024-PA/TC:

“69. Precisamente, este Tribunal advierte que la prohibición de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio a la que se refiere el reglamento de la ley, encuentra fundamento en la protección constitucional de los derechos laborales que la Constitución reconoce.”

La Corte Suprema, en la Sentencia ACCIÓN POPULAR 30989-2023 LIMA comentada en el acápite anterior, desarrolla su manifiesta discrepancia con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en dicho extremo:

12.10. Un aspecto que no se puede dejar de analizar está referido a la sentencia de amparo emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 3097-2024- PA/TC, en el que efectuando control difuso, solo aplicable inter partes, llegó a la conclusión de que la norma cuestionada afecta los derechos de los trabajadores de la empresa tercerizadora; sin embargo, esto colisiona no solo con lo establecido en la Ley que regula los servicios de tercerización, sino también con los fundamentos expuestos en la acción de inconstitucionalidad, pues introduce una limitación (núcleo del negocio) que impide tercerizar los servicios especializados u obra que implique un desplazamiento del trabajador de la empresa tercerizadora a la empresa principal, cuando se refiera a la actividad principal de la empresa; no advirtiéndose – como se señaló anteriormente – que la ley haya querido realizar una distinción respecto de la actividad principal de una empresa, que comprenda el núcleo del negocio y aquello que está exento del mismo. Por tanto, para este Supremo Tribunal, la referida sentencia expone fundamentos que contravienen la ley. Es de señalar, además, que en la parte resolutive de dicha acción constitucional se expresa que “(...) **IMPROCEDENTE la demanda respecto de la presunta infracción al principio de jerarquía normativa**”. No obstante, debe tenerse en cuenta que la decisión aludida no tiene carácter vinculante sobre la constitucionalidad de la norma y, además, se dejó establecido conforme a las razones competenciales que solo resuelve el Poder Judicial en última instancia la acción popular, lo que también es admitido en la sentencia del Tribunal Constitucional aludida.

Es esclarecedor como la Corte Suprema, independientemente del manifiesto desacuerdo con el Tribunal Constitucional respecto de un presunto fin constitucionalmente legítimo en las restricciones previstas en el Decreto Supremo 001-2022-TR, hace recordar que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional no es vinculante sobre la constitucionalidad de la norma y que quien resuelve tal materia conforme al ordenamiento procesal constitucional, es la Corte Suprema en última instancia en la vía del proceso de acción popular.

Entonces, si bien hay una clara discordancia entre criterios sobre la constitucionalidad y legalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, estamos ante dos pronunciamientos en los que los efectos de uno se anteponen al otro. En efecto, en el caso de la sentencia del proceso de acción popular, nos encontramos ante efectos *erga omnes*, aplicables a todos los administrados de la justicia peruana. Por el contrario, por más que el Tribunal Constitucional haya querido definir criterios para que instancias

inferiores en sede constitucional resuelvan de manera unívoca, se trata de un proceso cuyos efectos de la sentencia solo recaen sobre las partes involucradas.

VI. Conclusiones

Es menester responder a la pregunta que subyace al título de este trabajo. ¿en qué estado se encuentra la tercerización de servicios en el Perú? ¿Es posible tercerizar actividades que forman parte del núcleo de negocio?

- a. Nuestra posición es que sí, sí es posible tercerizar actividades que forman parte del núcleo de negocio de las empresas principales. Si bien la Ley 29245 no lo dice expresamente, podemos concluir que la finalidad de tal norma y del Decreto Legislativo 1038 es esa, lo cual es desarrollado en el Decreto Supremo 006-2008-TR, Reglamento original sobre la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038.
- b. La propia Ley 29245 propone ejemplos de tercerización que no sugieren, sino que explicitan la finalidad de que tal mecanismo de organización empresarial pueda recaer sobre actividades que puedan ser consustanciales al giro de negocio. Entre estos ejemplos se encuentra el contrato de gerenciamiento previsto en la Ley General de Sociedades. ¿qué actividad más medular que la tercerización de la gerencia de una empresa?
- c. A nivel reglamentario, el Decreto Supremo 006-2008-TR se remite a la definición de actividad principal prevista en el Decreto Supremo 003-2002-TR, la cual define como actividad principal a “aquella que es consustancial al giro del negocio (...) en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa”. Ello también muestra que, a nivel reglamentario, con el propósito de desarrollar el espíritu de la Ley objeto de reglamentación, se reconoce la posibilidad de tercerizar actividades que puedan ser catalogadas como núcleo de negocio.
- d. La Sentencia ACCIÓN POPULAR 30989-2023 LIMA emitida para resolver en última instancia el expediente acumulado 00756-2022-0-1801-SP-DC-03, fortalece tal posición. Hacemos notar que la nulidad del Decreto Supremo 001-2022-TR responde al hecho que se constató la vulneración al principio de jerarquía normativa y el exceso de potestad reglamentaria; no obstante, para llegar a tal conclusión previamente se ha tenido que determinar que el Ministerio de Trabajo no podía crear una prohibición de tercerizar que no se encontraba en la Ley, lo que nos lleva a la conclusión (en virtud del principio de libertad¹¹) que lo que no está prohibido, se encuentra permitido.

¹¹ Constitución Política del Perú
Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho:
(...)

- e. Es relevante mencionar que el Tribunal Constitucional en el Expediente 0013-2014-PI/TC que resuelve el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 29245 (sentencia con efectos generales), descartó la inconstitucionalidad de dicha Ley, añadiendo en el análisis de la constitucionalidad de la norma en mención, el hecho que las actividades principales de una empresa puedan ser susceptibles de tercerización. Esto nos lleva a pensar que, a falta de mayor desarrollo (precisamente lo que el Decreto Supremo 001-2022-TR intentó de manera ilegal) las actividades que forman parte del núcleo de negocio, comprendidas indudablemente dentro de una actividad principal, pueden ser susceptibles de tercerización conforme a la óptica del Tribunal Constitucional en el Expediente 0013-2014-PI/TC.
- f. Ciertamente, la tercerización de actividades que puedan catalogarse como núcleo de negocio de la empresa principal, no es irrestricta. Esta tercerización tiene que buscar los propósitos empresariales que otorgan contenido a dicho esquema de organización. Esto es, lograr una eficiencia económica de especialización y mejor producto/servicio a menor costo, sin afectar derechos laborales ni buscar aparentar una tercerización con el solo propósito de eliminar posiciones de trabajo o reducir condiciones laborales.
- g. Buscar la restricción de la tercerización de servicios para actividades que puedan ser llamadas “*core business*” o núcleo de negocio, es ir en contra de la tendencia mundial de búsqueda de eficiencias y, que duda cabe, empleo formal de calidad. En el mundo globalizado ya es de común uso la figura del “*Employer of Record*” o EOR, que consiste básicamente en contratar a una empresa que se encargue de materializar la presencia corporativa de una entidad extranjera en el país, contratando personal a su nombre, en la planilla de la entidad EOR, sin que sea necesaria la incorporación de la entidad extranjera bajo una entidad domiciliada en el Perú bajo su propiedad accionarial. Esta figura supone que el EOR se haga cargo de manera integral de todas las actividades que necesita la entidad extranjera para operar en el país sin la necesidad de abrir una filial. Para ello el EOR debe cumplir cabalmente las normas legales del país en el que ejecuta sus labores, lo que incluye las normas laborales aplicables. Esta figura no sería posible si existiese una restricción como la prohibición de tercerizar el núcleo de negocio.

A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

- a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

La compensación variable en el Perú: naturaleza, tratamiento laboral y desafíos en los sistemas de incentivos vinculados al desempeño y a la permanencia

André Castro Arequipeno*
Eric Castro Posadas**

Resumen. – El presente artículo analiza los distintos conceptos -remunerativos y no remunerativos- que pueden otorgarse a los trabajadores como compensación variable, su naturaleza, ventajas tratamiento y retos de los empleadores para su adecuada gestión. La correcta planificación y entrega de estos puede ser beneficioso para ambas partes.

Palabras clave: Conceptos remunerativos y no remunerativos - Compensación variable - Stock options - Incentivos.

Abstract. - This article analyzes the various remunerative and non-remunerative compensation components that may be granted to employees as variable compensation, their nature, benefits, treatment, and the challenges employers face in managing them appropriately. Proper planning and implementation of these incentives can be beneficial for both employers and employees.

Keywords: Remunerative and non-remunerative compensation concepts - Variable compensation - Stock options - Incentives.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la misma casa de estudios. Asociado del área Laboral de Pérez-Llorca. Adjunto de docencia del curso Derecho Laboral II en la Universidad del Pacífico.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Recursos Humanos por EAE Business School. Socio del área Laboral de Pérez-Llorca. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Su práctica se centra en relaciones laborales, negociación colectiva, seguridad y salud en el trabajo, inspecciones laborales y procesos judiciales laborales. Reconocido por Chambers Latin America y Legal 500.

I. Introducción

Actualmente, el mercado laboral muestra una tendencia creciente hacia la competitividad empresarial. En este contexto, algunas empresas buscan retener el talento que han formado o incorporado en su organización, mientras que otras procuran atraer talento mediante propuestas laborales y económicas relevantes y disruptivas en el mercado.

Ante este escenario, las primeras suelen estructurar esquemas remunerativos atractivos y beneficiosos para sus trabajadores, que incluyen remuneraciones fijas y variables, así como sistemas de incentivos vinculados al desempeño anual. Entre los principales incentivos se encuentran bonos por productividad o desempeño, incentivos por cumplimiento de metas, *stock options*, *restricted stock units*, *phantom shares*, participaciones adicionales en las utilidades, entre otros. Estos incentivos cumplen una triple función: (i) motivar y compensar a los trabajadores por el trabajo realizado y los objetivos alcanzados; (ii) retener talento mediante planes de compensación atractivos; y (iii) alinear el desempeño de los trabajadores con el cumplimiento de los objetivos empresariales.

No obstante, en los últimos años se ha observado un uso generalizado de estos incentivos en diversos sectores empresariales, lo que ha generado una serie de problemas jurídicos, principalmente laborales y tributarios, en el Perú. Esto se debe a que, al no existir una regulación específica para los sistemas de incentivos, es frecuente que entidades estatales como la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) y/o el Poder Judicial cuestionen su naturaleza remunerativa y las consecuencias que ello implica. Asimismo, este vacío legal genera incertidumbre respecto a los riesgos y contingencias derivados de una implementación incorrecta.

En base a lo señalado, en el presente trabajo analizaremos la naturaleza jurídica de los principales incentivos otorgados por las empresas, así como si resulta aplicable la normativa vigente a dichos conceptos. Del mismo modo, examinaremos el tratamiento laboral de los incentivos más comunes en el mercado laboral, junto con los riesgos y problemas prácticos que surgen de su implementación. Finalmente, propondremos recomendaciones para mitigar dichos riesgos y contingencias durante la incorporación de los incentivos en las estructuras salariales de las empresas.

II. Naturaleza jurídica de los incentivos relacionados con el desempeño de los trabajadores

Con la finalidad de analizar la naturaleza jurídica de los principales incentivos relacionados con el desempeño de los trabajadores que son incorporados por las empresas en sus estructuras salariales, es importante identificar y analizar, de

manera previa, si la normativa vigente resulta aplicable a dichos incentivos. En ese sentido, el presente capítulo, se dividirá en dos (2) partes: (i) por un lado, desarrollaremos el tratamiento de la normativa vigente a los conceptos remunerativos y no remunerativos; y, (ii) por otro lado, analizaremos si dicha normativa resulta aplicable a los principales incentivos relacionados con el desempeño de los trabajadores que son otorgados por las empresas, así como su naturaleza jurídica.

i. Normativa vigente aplicable a los conceptos remunerativos y no remunerativos

El artículo 6 del Decreto Supremo 003-97-TR¹, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, dispone lo siguiente, respecto del tratamiento remunerativo de los diversos conceptos pagados por las empresas:

Artículo 6.- Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición (...) (el énfasis y subrayado son nuestros).

En efecto, para la normativa laboral peruana, será considerado como remuneración todos los ingresos que perciba el trabajador que cumplan con las siguientes condiciones: (i) que retribuyan los servicios prestados por los trabajadores, es decir, que se abonen por la labor realizada; y, (ii) que sean de libre disposición, lo que implica que no deban tener un propósito o fin específico, sino que el trabajador pueda decidir el destino y finalidad de dichos ingresos.

En esa misma línea, Morillo y Tarazona², así como el equipo de investigación de Soluciones Laborales³, concluyen que todo concepto remunerativo debe cumplir dos requisitos: por un lado, ser contraprestativo, lo que significa que el monto pagado al trabajador sea una retribución directa por los servicios prestados al empleador, en función de la relación de reciprocidad entre la labor realizada y la compensación económica; y, por otro lado, ser de libre disposición, lo que implica que el trabajador tenga la facultad de determinar el destino del dinero recibido.

Asimismo, Pizarro⁴ señala que, según la definición positiva de remuneración, un concepto será considerado remunerativo siempre que (i) se otorgue como contraprestación por los servicios que brinda el trabajador, es decir, lo que recibe por sus servicios; y (ii) sea de libre disposición. Respecto al primer requisito, la

¹ Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (27 de marzo de 1997).

² MORILLO, A. & TARAZONA, M. (2025). Principales obligaciones del empleador: un estudio detallado. Gaceta Jurídica, pp. 41-42.

³ SOLUCIONES LABORALES (2024). Obligaciones del empleador en torno a la remuneración y beneficios sociales. Soluciones Laborales, (202), pp. 64-65.

⁴ PIZARRO, M. (2018). La remuneración: enfoque legislativo, jurisprudencial y doctrinario. Gaceta Jurídica, pp. 34-35.

autora precisa que el carácter contraprestativo debe entenderse como la compensación por la prestación efectiva del trabajo o por haber puesto su fuerza laboral a disposición del empleador, lo cual ha sido validado por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Sobre el segundo requisito, indica que se refiere a la facultad del trabajador para destinar la retribución percibida a los fines que considere más convenientes.

Como se aprecia, tanto la normativa vigente como la doctrina y jurisprudencia peruana conceptualizan la remuneración como aquel concepto dinerario o en especie otorgado al trabajador como contraprestación por sus servicios y sobre el cual tiene plena disposición para decidir su uso. Por ello, bajo esta definición, cualquier concepto percibido por el trabajador que sea contraprestativo y de libre disposición será considerado remunerativo, conforme a lo dispuesto por la normativa y jurisprudencia vigente.

En contraparte, la normativa laboral ha señalado taxativamente cuáles son los conceptos que no cuentan con naturaleza remunerativa. Específicamente, los artículos 6 y 7 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral disponen lo siguiente:

Artículo 6.- (...) No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto.

Artículo 7.- No constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los Artículos 19 y 20 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 650 (el énfasis y subrayado son nuestros).

Por un lado, el artículo 6 señala que no serán considerados como remunerativas las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto. Por otro lado, el artículo 7 señala que los conceptos listados en los artículos 19 y 20 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 650⁵ (en adelante, "TUO de la Ley de CTS") serán considerados como no remunerativo para todo efecto legal.

Al respecto, los artículos 19 y 20 del TUO de la Ley de CTS listan los siguientes conceptos como no remunerativos:

Artículo 19.- No se consideran remuneraciones computables las siguientes:

- a) Gratificaciones extraordinarias u otros pagos perciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad del empleador o que hayan sido materia de convención colectiva, o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la Autoridad

⁵ Decreto Supremo 001-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios. (1 de marzo de 1997)

Administrativa de Trabajo, o por laudo arbitral. Se incluye en este concepto a la bonificación por cierre de pliego;

- b) Cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa;
- c) El costo o valor de las condiciones de trabajo;
- d) La canasta de Navidad o similares;
- e) El valor del transporte, siempre que esté supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado. Se incluye en este concepto el monto fijo que el empleador otorgue por pacto individual o convención colectiva, siempre que cumpla con los requisitos antes mencionados;
- f) La asignación o bonificación por educación, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada;
- g) Las asignaciones o bonificaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquellas de semejante naturaleza. Igualmente, las asignaciones que se abonen con motivo de determinadas festividades siempre que sean consecuencia de una negociación colectiva.
- h) Los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores, de su propia producción, en cantidad razonable para su consumo directo y de su familia;
- i) Todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor, o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador;
- j) La alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de los servicios, las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto de acuerdo a su ley correspondiente, o cuando se derive de mandato legal.

Artículo 20.- Tampoco se incluirá en la remuneración computable la alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de los servicios, o cuando se derive de mandato legal” (el énfasis y subrayado son nuestros).

Como se aprecia, la normativa señala de manera expresa y taxativa cuáles son los conceptos que, de ser otorgados por las empresas, no serán considerados remunerativos.

Al respecto, Pizarro⁶ indica que los conceptos no remunerativos listados en los artículos 19 y 20 del TUO de la Ley de CTS se agrupan en tres categorías: (i) aquellos excluidos por su propia naturaleza; (ii) aquellos que, pese a ser remunerativos, han sido excluidos por disposición normativa; y (iii) aquellos que pueden calificar como remunerativos o no remunerativos, según las condiciones bajo las cuales se otorguen.

Respecto al primer grupo, la autora menciona ejemplos como las condiciones de trabajo, las liberalidades y las gratificaciones extraordinarias, así como las asignaciones conmemorativas, considerando que no tienen naturaleza remunerativa y, por lo tanto, se encuentran debidamente excluidas por la normativa. En el segundo grupo, incluye cualquier tipo de participación en las utilidades de la empresa y las prestaciones alimentarias otorgadas mediante suministro indirecto, las cuales, a pesar de tratarse de conceptos contraprestativos y, por ende, remunerativos, han sido excluidos legalmente por disposición normativa.

Finalmente, en el tercer grupo, se consideran las gratificaciones extraordinarias originadas en convenios colectivos o fuentes análogas, el valor del transporte condicionado a la asistencia al centro de trabajo, las asignaciones con fines educativos y los bienes de producción propia de la empresa entregados a los trabajadores. Estos conceptos pueden ser calificados como remunerativos o no remunerativos, dependiendo de las condiciones bajo las cuales sean otorgados⁷.

En suma, la normativa laboral vigente establece que los conceptos remunerativos deben tener naturaleza contraprestativa y ser de libre disposición; mientras que los conceptos no remunerativos se encuentran listados de manera taxativa en los artículos 19 y 20 del TUO de la Ley de CTS. Cabe destacar que, respecto de estos últimos, la normativa los considera no remunerativos, aun cuando en algunos casos presentan una naturaleza meramente contraprestativa y, por tanto, remunerativa.

ii. Naturaleza jurídica de los principales incentivos relacionados con el desempeño presentes en el mercado laboral peruano

Lo señalado previamente nos permite definir el concepto de remuneración, así como los conceptos no remunerativos contemplados en la normativa vigente, lo cual contribuye con nuestro análisis, ya que con esta intentaremos definir el carácter remunerativo o no remunerativo de los principales incentivos

⁶ PIZARRO, M. (2018). Ob. cit., p. 72.

⁷ Ibid., pp. 72-110.

relacionados con el desempeño presentes en el mercado laboral peruano que son otorgados por las empresas a sus trabajadores.

Dentro de los principales incentivos presentes en el mercado laboral, encontramos a los siguientes:

A. Los programas de *stock options*

Son esquemas de incentivos planificados y ofrecidos a los trabajadores con el objetivo de establecer condiciones y requisitos que deben cumplir para adquirir el derecho a obtener acciones de la empresa.

Según Gomez, dichos programas buscan generar que los trabajadores realicen mayor esfuerzo laboral para cumplir con los objetivos de la Empresa, así como promueven la permanencia de los trabajadores en la Empresa al tratarse de planes o programas de mediano plazo.

A modo de complemento, Lujan⁸ señala que estos programas “(...) *pueden definirse descriptivamente como una modalidad de incentivo (...) consistente en la concesión al trabajador (...) del derecho a comprar (...), transcurrido el plazo determinado en el plan, acciones de la Empresa a un precio también prefijado en aquel que, usualmente, coincide con el precio de cotización de la acción en bolsa*” (el énfasis y subrayado son nuestros).

Dentro de las principales características de los programas de *stock options*, se destacan las siguientes:

- a. **Otorgan un beneficio al trabajador**, consistente en la diferencia entre el precio de mercado de las acciones al momento de ejercer la opción y el precio pagado al adquirirlas.
- b. **Implican una acción del empleador**, quien debe obtener las acciones prometidas al precio de mercado -que podría ser superior al precio fijado en el programa- recibiendo así un valor menor por su transferencia.
- c. **Generan un beneficio aleatorio**, ya que al momento de suscribirse el programa ninguna de las partes conoce el precio futuro de las acciones, lo que puede implicar que una parte obtenga un beneficio mayor y la otra menor.

Asimismo, estos programas cuentan con etapas específicas. En primer lugar, el *granting*, en el que el empleador otorga al trabajador la facultad de adquirir opciones sobre acciones, definiendo la cantidad, las condiciones para su liberación y el periodo mínimo para ejercer la opción. En segundo lugar, el

⁸ LUJÁN, J. (1994). La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetiva del Derecho del Trabajo. Madrid. Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

vesting, que corresponde al tiempo mínimo que el trabajador debe permanecer en la empresa antes de ejercer la opción sobre la totalidad de las acciones; y/o el *cliff*, que es el periodo inicial requerido para empezar a participar en el *vesting*. Finalmente, el *exercise*, momento en el cual el trabajador hace efectiva la opción y obtiene el beneficio.⁹

Una vez definidos estos programas, conviene analizar su naturaleza jurídica. Como se puede apreciar, estos esquemas están directamente relacionados con el esfuerzo y las labores que realizan los trabajadores en beneficio de la empresa, así como con el tiempo de permanencia que deben tener (en la empresa) antes de poder ejecutar la opción. Con ello, no solo buscan recompensar a los trabajadores por su esfuerzo, sino que, además, incentivar la permanencia en esta a mediano plazo, al condicionar la posibilidad de ejercer la opción a la continuidad del vínculo laboral durante un periodo determinado.

En ese sentido, consideramos que el beneficio obtenido por los trabajadores a través de los programas de *stock options* calificaría como concepto remunerativo al tratarse de una retribución por el trabajo prestado, así como a la permanencia en el puesto de trabajo, subsumiéndose así en el supuesto de remuneración previsto por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante precisar que, si bien sostenemos que la naturaleza del *stock options* es remunerativa, solo podrán considerarse como tal a todo efecto legal cuando se ejecute la opción (*exercise*) y obtiene el beneficio. Antes de ello, es decir, desde la suscripción del programa o el cumplimiento de los primeros hitos, el trabajador no percibe beneficio alguno, ya que este recién se materializa cuando cumple las condiciones del programa y ejerce la opción¹⁰.

B. Los incentivos por cumplimiento de metas y los bonos de productividad o desempeño

Son conceptos otorgados a los trabajadores en función del cumplimiento de metas y/o objetivos, así como por la productividad alcanzada durante un periodo determinado. Del mismo modo, estos incentivos suelen compensar el desempeño que el trabajador tuvo en dicho periodo.

Generalmente, las empresas otorgan estos incentivos de manera semestral o anual, en base al cumplimiento de parámetros previamente definidos. Para medir el grado de cumplimiento de metas, objetivos o nivel de

⁹ Mórtoła, I. (2015). Tratamiento laboral, tributario individual y de seguridad social del beneficio derivado de un plan de stock options, pp. 549-550.

¹⁰ ALVARADO PRENTICE, J. A. (2014). La naturaleza jurídica de los *stocks options* desde la perspectiva del derecho laboral, (15), 333-359.

productividad, suelen aplicarse evaluaciones objetivas y cuantificables. Conforme lo señala Alonso¹¹, estos incentivos se otorgan en función de determinados factores, considerando principalmente el rendimiento del trabajador.

Por su parte, en las evaluaciones de desempeño suelen incluirse dos (2) factores: uno objetivo, que corresponde a la medición cuantitativa del trabajo realizado (por ejemplo, cumplir con las metas establecidas o alcanzar un determinado nivel de producción), y otro subjetivo, que consiste en la valoración cualitativa del trabajo, es decir, la apreciación sobre la calidad del servicio prestado por el trabajador.

Estos incentivos suelen pagarse mediante un pago único junto con la remuneración del trabajador. Sin embargo, en casos excepcionales, pueden abonarse en armadas o en fechas específicas contempladas en los programas de evaluación de desempeño o cumplimiento de objetivos.

En base a lo señalado, es evidente que estos incentivos tienen naturaleza remunerativa, al constituir una retribución por las labores realizadas por los trabajadores y los resultados obtenidos, así como por el desempeño demostrado durante el periodo evaluado.

C. Los programas de *restricted stock units* (RSU)

Son acciones restringidas que las empresas otorgan a sus trabajadores como parte de esquema remunerativo a fin de establecer compensaciones adicionales.

A diferencia de los programas de stock options, las acciones no se entregan de manera inmediata; en su lugar, se concede a los trabajadores el derecho a recibirlas en el futuro, una vez que cumplan con los requisitos establecidos por la empresa, tales como permanecer un periodo determinado o alcanzar objetivos específicos.

Según lo indicado por Faster Capital¹², las RSU representan una promesa de la empresa de otorgar acciones en una fecha futura. A diferencia de las opciones, en este caso los trabajadores no adquieren participaciones, sino que las reciben como parte de su compensación.

Asimismo, Morgan Stanley at Work¹³ precisa que las RSU no son equivalentes a acciones en el momento de su otorgamiento, sino una promesa de la empresa de entregar participaciones accionarias en el futuro, una vez cumplida la etapa de vesting correspondiente.

¹¹ ALONSO GARCÍA, M. (1980). Curso de Derecho del Trabajo. Ariel.

¹² FASTER CAPITAL. (2025). Stock option: How to grant and exercise stock options for your company

¹³ MORGAN STANLEY AT WORK. (s.f.). Restricted Stock Unit Basics. For U.S. Employees.

Al igual que las *stock options*, consideramos que las RSU tienen naturaleza remunerativa, dado su carácter contraprestativo, al retribuir el logro de objetivos específicos y/o la permanencia del trabajador en la empresa por un periodo determinado

D. Los programas de *phantom shares*

Son un tipo de incentivo otorgado por las empresas para compensar a los trabajadores mediante una cantidad determinada de unidades de participación vinculadas al valor de las acciones de la empresa, sin otorgarles propiedad sobre estas, sino un pago en dinero.

Cabe precisar que las *phantom shares* están directamente relacionadas con el cumplimiento de objetivos previamente establecidos por la empresa. Además, es común que se establezca un periodo mínimo de permanencia (*cliff*) y un periodo de devengo (*vesting*).¹⁴

Este tipo de incentivo se diferencia de las *stock options* y de las RSU, ya que en este caso las empresas no otorgan propiedad inmediata ni futura sobre sus acciones. En cambio, utilizan el valor de dichas acciones como referencia para calcular el monto dinerario que se entregará a los trabajadores participantes, a modo de compensación.

En base a lo señalado, al igual que las *stock options* y las RSU, consideramos que las *phantom shares* tienen naturaleza remunerativa, dado su carácter contraprestativo, al retribuir el logro de objetivos específicos y/o la permanencia del trabajador en la empresa por un periodo determinado.

E. Las participaciones adicionales y/o voluntarias en las utilidades (PAU o PVU)

Una opción más atípica que algunas empresas han empleado para incentivar y/o compensar el desempeño de los trabajadores durante un periodo determinado son las Participaciones Adicionales en las Utilidades (PAU) o las Participaciones Voluntarias en las Utilidades (PVU).

En estos casos, las empresas otorgan a los trabajadores participaciones adicionales a las legales, con el fin de reconocer su desempeño o nivel de productividad durante el ejercicio culminado. Cabe destacar que, además del factor desempeño, en los programas de PAU también suelen considerarse otros criterios para determinar el monto a repartir.

¹⁴ BELLONI, A. (2022). Phantom Shares: Una aproximación a su concepto. Revista Lex Mercatoria, (21), pp. 4-5.

A diferencia de los incentivos desarrollados previamente, las PAU o PVU, por disposición legal pueden ser consideradas como no remunerativas, conforme a lo señalado en el inciso b) del artículo 19 del TUO de la Ley de CTS.

Este es uno de los casos citados por Pizarro¹⁵, quien sostiene que, aunque están directamente vinculadas al trabajo, han sido excluidas de la naturaleza remunerativa por decisión del legislador.

F. Las bonificaciones por cumplimiento de metas a través de prestaciones alimentarias bajo la modalidad de suministro indirecto

Otra opción atípica que algunas empresas emplean para reconocer el desempeño de sus trabajadores es el otorgamiento de prestaciones alimentarias bajo la modalidad de suministro indirecto, en función del cumplimiento de metas previamente establecidas.

En este caso, se utiliza la figura de las *Tarjetas* como mecanismo para reconocer el cumplimiento de objetivos por parte de los trabajadores. Al igual que ocurre con las PAU o PVU, consideramos que, pese a que las *Tarjetas* tienen naturaleza contraprestativa y, por tanto, remunerativa, por disposición legal han sido excluidas y clasificadas como no remunerativas.

Este es otro de los casos citados por Pizarro¹⁶, quien sostiene que, aunque están directamente vinculadas al trabajo, han sido consideradas no remunerativas por decisión del legislador.

III. Riesgos, contingencias y problemas prácticos

En vista de la tendencia actual de competitividad empresarial respecto de la atracción y retención de talento, genera que las empresas diseñen sistemas de incentivos relacionados con el desempeño de los trabajadores, así como con el cumplimiento de metas y objetivos previamente definidos por la empresa. Dicha práctica, puede ser considerada como un atractivo para los trabajadores para elevar su productividad y motivación al momento de prestar sus servicios.

Sin embargo, la inclusión y manejo de los sistemas de incentivos pueden generar riesgos laborales, previsionales, organizacionales para las empresas que los utilizan. A continuación, desarrollamos dichos riesgos:

i. Riesgos laborales

- a. Clasificación incorrecta de incentivos:** no reconocer ni aplicar los efectos remunerativos a incentivos vinculados al desempeño (como stock options, RSU, phantom shares, incentivos por metas y bonos por

¹⁵ PIZARRO, M. (2018). Ob. cit., p. 72

¹⁶ *Ibid.*, p. 72.

productividad) puede generar observaciones en fiscalizaciones laborales o tributarias por SUNAFIL y/o SUNAT.

- b. **Falta de definición clara:** no precisar el carácter remunerativo, condiciones y requisitos para acceder al sistema de incentivos puede dar lugar a arbitrariedades o discriminación salarial.
- c. **Deficiencia documental:** no conservar evidencia del otorgamiento de incentivos podría dificultar la defensa ante fiscalizaciones laborales, especialmente para justificar diferencias entre trabajadores que participan y los que no.
- d. **Errores en la identificación de conceptos no remunerativos:** no identificar correctamente los conceptos que, por disposición legal (artículos 19 y 20 del TUO de la Ley de CTS), deben excluirse de la base de cálculo de EsSalud y ONP, puede generar que se les considere indebidamente como base de cálculo de dichas contribuciones y aportaciones.

ii. Riesgos previsionales

No incluir los conceptos remunerativos en la base de cálculo de contribuciones a EsSalud y aportes previsionales (ONP o AFP), lo cual podría generar observaciones por parte de SUNAT en eventuales fiscalizaciones.

iii. Riesgos organizacionales

- a. **Ambiente laboral que genere malas prácticas:** incentivos mal diseñados pueden fomentar conductas competitivas negativas (por ejemplo, ventas agresivas) que afecten la cultura organizacional.
- b. **Desmotivación:** los trabajadores que no alcanzan metas pueden sentirse excluidos y no beneficiados, afectando la moral y productividad.
- c. **Planificación inadecuada:** los sistemas de incentivos incoherentes con los objetivos empresariales pueden ser percibidos como injustos o improductivos y, en algunos casos, como inalcanzables.

IV. Conclusiones

A partir de lo desarrollado en el presente trabajo, podemos concluir lo siguiente:

- a. Actualmente, en el Perú, se permite que las empresas paguen conceptos remunerativos -entendidos como contraprestativos y de libre disposición- y conceptos no remunerativos, los cuales se encuentran expresamente listados en los artículos 19 y 20 del TUO de la Ley de CTS, así como en el artículo 6 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

- b. Al no tener naturaleza remunerativa los conceptos señalados en los artículos 19 y 20 de la Ley de CTS, pueden ser utilizados por los empleadores sin que se genere un costo mayor. Sin embargo, la determinación de su otorgamiento, monto y/o periodicidad, por ejemplo, también debe ser analizada con detenimiento para evitar su desnaturalización.
- c. Por su parte, el uso de esquemas de compensación variable son herramientas que permiten reconocer e incentivar el desempeño y la permanencia de los trabajadores en las empresas. Inclusive, pueden ser herramientas que motiven a los trabajadores a mejorar los resultados de sus empleadores al estar, en algunos casos, directamente relacionados con los resultados de estas.
- d. Sin embargo, estos esquemas pueden generar riesgos laborales, previsionales y organizacionales si no son planificados ni administrados adecuadamente. En ese sentido, consideramos que, si las empresas deciden implementar estos sistemas, deben hacerlo bajo parámetros claros, transparentes y comprensibles para los trabajadores beneficiarios, evitando arbitrariedades y asegurando el cumplimiento normativo.

Riesgos laborales y accidentes en el teletrabajo: insuficiencias regulatorias de la Ley 31572 frente al principio de prevención

Víctor Andrés Mendoza Guerra*

Resumen. – El artículo analiza la regulación del teletrabajo en el Perú –Ley 31572, Ley 32102 y Decreto Supremo 009-2026-TR– desde la perspectiva de la seguridad y salud en el trabajo. Se identifican insuficiencias regulatorias: la ausencia de mecanismos específicos de verificación periódica del entorno del teletrabajador y la falta de criterios para calificar accidentes laborales a distancia. Se propone incorporar una presunción *iuris tantum* de laboralidad.

Palabras clave. – Teletrabajo – Seguridad y salud en el trabajo – Principio de prevención – Accidentes laborales – Insuficiencias regulatorias.

Abstract. – This article analyzes telework regulation in Peru –Law 31572, Law 32102, and Supreme Decree 009-2026-TR– from an occupational health and safety perspective. It identifies regulatory shortcomings: the absence of specific mechanisms for periodic verification of the teleworker’s work environment and the lack of criteria for classifying accidents as work-related in telework. It proposes incorporating an *iuris tantum* presumption of work-relatedness into the Peruvian legal framework.

Keywords. – Telework – Occupational health and safety – Prevention principle – Occupational accidents – Regulatory shortcomings.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde obtuvo la Segunda Especialidad y el Máster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, y Curso Internacional de Estudios Avanzados en Derecho Social por la Universidad de Salamanca. Docente universitario; Gerente Legal y de Relaciones Laborales en Gestión de Servicios Compartidos; árbitro laboral ante el MTPE y árbitro del Centro de Arbitraje Popular del MINJUSDH.

I. Introducción

Los cambios derivados de la digitalización han reconfigurado significativamente el modo en que las partes de la relación laboral organizan la ejecución de los servicios. En ese contexto, el teletrabajo se ha posicionado como una forma de organización del trabajo cada vez más extendida.

Es por ello que observamos un incremento progresivo del teletrabajo en el Perú. Según datos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en marzo de 2020 apenas 2 481 teletrabajadores desarrollaban sus funciones bajo esta modalidad a tiempo completo;¹ cifra que, a abril de 2026, ascendió a 191 998 teletrabajadores,² lo que representa un crecimiento de 7 638,73%. Este salto cuantitativo evidencia que el teletrabajo dejó de ser una opción excepcional para convertirse en una forma habitual de organización del trabajo, lo que exige que su regulación — especialmente en materia de seguridad y salud — responda a esa nueva realidad.

El ordenamiento jurídico peruano no era ajeno al teletrabajo antes de la pandemia —contaba ya con una regulación específica que, sin embargo, resultaba insuficiente frente a la nueva realidad. La magnitud del fenómeno obligó al legislador a replantear esa normativa, dando lugar a la Ley 31572,³ la cual incorporó obligaciones preventivas aplicables a quienes prestan servicios bajo esta modalidad. Ello representa un aspecto positivo, pues permite advertir que el derecho no permanece ajeno a los cambios sociales, sino que busca regular adecuadamente los fenómenos que surgen como consecuencia de ellos.

Sin embargo, el principal cuestionamiento del presente artículo radica en determinar si la actual regulación del teletrabajo realmente salvaguarda los derechos de protección de los teletrabajadores, toda vez que, si bien la normativa regula aspectos relacionados con seguridad y salud en el trabajo, corresponde analizar si dicha regulación resulta realmente eficiente o si todavía persisten insuficiencias regulatorias y dificultades prácticas que impiden abordar de forma comprensiva las particularidades inherentes a esta forma de trabajo.

Bajo este contexto, el artículo analiza las dificultades que presenta la regulación peruana para abordar de manera efectiva los riesgos laborales y accidentes de trabajo derivados del teletrabajo, así como la necesidad de fortalecer y perfeccionar el marco normativo actualmente vigente.

II. Antecedentes normativos del teletrabajo

¹ Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2020). *Boletín mensual de Leyendo Números*, N.º 07, año 24: julio 2020. Oficina de Estadística.

² Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2026). *Boletín mensual de Leyendo Números*: junio 2026. Oficina de Estadística.

³ Ley 31572, Ley de Teletrabajo. (22 de noviembre de 2022).

Durante gran parte del siglo XX, la prestación de servicios se caracterizó por desarrollarse de manera presencial dentro de las instalaciones del empleador y bajo mecanismos de supervisión directa; sin embargo, el avance tecnológico transformó radicalmente esta dinámica, pues ahora los trabajadores podían desempeñar sus funciones en un lugar distinto al espacio físico designado por el empleador, generando con ello diversas modalidades de trabajo a distancia.

i. El trabajo a domicilio como primer antecedente normativo del trabajo a distancia

Históricamente, el trabajo a domicilio constituyó una de las primeras modalidades de trabajo a distancia en contar con regulación a nivel internacional, un claro ejemplo de ello es que la propia Organización Internacional de Trabajo emite el Convenio sobre el Trabajo a Domicilio (Convenio 177), fijando criterios generales para la regulación del trabajo a domicilio.⁴ El presente convenio es de gran relevancia para el teletrabajo, pues representa uno de los primeros antecedentes normativos internacionales que reconoce la posibilidad de que una persona desarrolle sus labores fuera de los establecimientos del empleador, manteniendo una relación de trabajo pese a la ausencia de supervisión presencial permanente. Aunado a ello, establece que corresponde a cada Estado adecuar su legislación interna en materia de seguridad y salud en el trabajo considerando las características particulares del trabajo a domicilio.

Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos internacionales, la ratificación del Convenio 177 ha sido limitada, dado que — pese a la importancia de su regulación— pocos países han adoptado plenamente las pautas contenidas en el mismo. Al respecto, solo ha sido ratificado por trece países, siendo Argentina el único Estado latinoamericano en adoptarlo.⁵

ii. El trabajo remoto como respuesta coyuntural a la crisis sanitaria

El trabajo remoto no responde a una decisión legislativa planificada, sino a una respuesta coyuntural que el Estado peruano adoptó ante la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19; en efecto, debido al confinamiento social obligatorio, resultaba materialmente imposible la ejecución de las labores presenciales del personal en las instalaciones del empleador y, consecuentemente, la supervisión directa por parte del mismo.

En ese orden de ideas, un sinnúmero de trabajadores desarrollaba sus funciones desde su domicilio, utilizando recursos tecnológicos; siendo estas últimas características esenciales de la modalidad del teletrabajo, por lo que algunos

⁴ Convenio 177, Convenio sobre el Trabajo a Domicilio. (20 de junio de 1996). Organización Internacional del Trabajo.

⁵ Organización Internacional del Trabajo. (2025). *NORMLEX: Ratificaciones del Convenio sobre el Trabajo a Domicilio, 1996 (Convenio 177)*. https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312322

trabajadores afirmaron —de manera incorrecta— encontrarse trabajando bajo esta modalidad, trasladando responsabilidades al empleador con la finalidad de que este cumpla con los beneficios que señalaba la entonces vigente Ley de Teletrabajo.

Ante lo señalado, el Estado actuó con prontitud, emitiendo normas flexibles y dinámicas que permitieran adaptarse rápidamente, definiendo al trabajo remoto como una modalidad excepcional y transitoria que permitía al trabajador desarrollar sus funciones desde cualquier lugar utilizando sus propios medios; por lo que, del 15 de marzo de 2020 al 31 de diciembre de 2022, el trabajo remoto estuvo expresamente regulado en el país.

En relación con la prevención de riesgos laborales, el empleador debía realizar dos obligaciones básicas en dicha modalidad de trabajo, las cuales eran informar y recomendar pautas de seguridad y salud, así como comunicar y concientizar al trabajador a reportar cualquier contingencia ocurrida durante la prestación de servicios, a efectos de que el empleador implemente las medidas que correspondan.

Dichas obligaciones encuentran sustento en el artículo 8 del Decreto Supremo 010-2020-TR⁶, norma que constituyó el único referente normativo expreso en materia preventiva aplicable al trabajo remoto durante su vigencia.

Como se puede observar, dicha regulación pareciera centrarse —únicamente— en adoptar medidas de prevención y actuación ante posibles riesgos o accidentes que pudiesen desarrollarse durante el transcurso del trabajo remoto. Sin embargo, si bien supone un avance en la regulación de esta materia —a diferencia de la nula referencia en materia preventiva incluida en la normativa de trabajo a domicilio— no pareciese abarcar los requisitos mínimos esperados para mantener una correcta regulación en materia preventiva.

iii. El teletrabajo en el Perú

Si analizamos el contexto histórico de la regulación del teletrabajo, vamos a poder determinar que la misma data del año 2011, cuando se emitieron los Proyectos de Ley 184/2011-CR y 1051/2011-CR, los cuales propusieron la regulación de esta modalidad y fueron posteriormente materializados mediante la publicación de la Ley 30036, Ley de Teletrabajo, y su respectivo Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 017-2015-TR (ambos cuerpos normativos actualmente derogados), siendo esta normativa la que marcó el inicio de una modalidad de trabajo a distancia dinámica, flexible y atípica en el ordenamiento jurídico peruano.

Cabe precisar que esta modalidad de trabajo no tuvo acogida en aquel entonces debido a que: (i) en nuestro país predominaba el trabajo tradicional, en el cual el trabajador debía realizar sus funciones en el centro de labores designado por el

⁶ Decreto Supremo 010-2020-TR, Decreto Supremo que desarrolla disposiciones para el Sector Privado sobre el trabajo remoto previsto en el Decreto de Urgencia 026-2020. (23 de marzo de 2020).

empleador, permitiendo una supervisión directa y permanente; y (ii) el marco normativo vigente carecía de disposiciones específicas sobre las condiciones de protección aplicables a esta modalidad. Prueba de esta limitada acogida es la cantidad de teletrabajadores registrados en la planilla electrónica en marzo de 2020 (aproximadamente 2 481 teletrabajadores). Sin embargo, producto de la pandemia ocasionada por la COVID-19, se evidenció que la Ley de Teletrabajo vigente en ese momento presentaba importantes limitaciones y requería una actualización que le permitiera responder adecuadamente al nuevo contexto social y laboral. Fue precisamente esta situación la que motivó la aparición de mecanismos alternativos como el trabajo remoto.

Durante la pandemia, dado que la modalidad instaurada permitió demostrar la viabilidad y efectividad del trabajo a distancia, comenzó a consolidarse la idea de que la prestación presencial de servicios no constituía necesariamente la única forma eficiente de organización del trabajo. Por el contrario, los trabajadores empezaron a valorar de manera creciente la flexibilidad que ofrecían las modalidades no presenciales. En ese contexto, el legislador reconsideró el marco regulatorio existente y advirtió que, frente a otras formas de prestación no presencial previamente reguladas, el teletrabajo presentaba características que lo hacían más atractivo para los trabajadores y empleadores.

Por ende, en 2021 se emite el Proyecto de Ley 5408/2020-CR, el cual contenía la Nueva Ley de Teletrabajo, incorporando diversos desarrollos normativos e incluyendo regulación específica sobre obligaciones preventivas y derecho a la desconexión digital⁷.

En 2022, se publicó la Ley 31572, la cual fue reglamentada en 2023 y modificada en julio de 2024 mediante la Ley 32102⁸. Esta nueva regulación marca un hito en relación con dicha modalidad de trabajo a distancia, toda vez que se distingue normativamente de las modalidades precedentes, razón por la cual no puede equipararse a ninguna de ellas, pues cada una posee características propias que justifican un tratamiento normativo diferenciado.

III. Alcances del deber de prevención y su proyección al teletrabajo

La Ley 29783⁹ cuenta con nueve principios fundamentales detallados en su Título Preliminar, destacando entre ellos el principio de prevención, el cual constituye el eje central del sistema preventivo laboral.

En ese sentido, el principio de prevención extiende la responsabilidad del empleador más allá de sus trabajadores directos, alcanzando a toda persona que desarrolle actividades dentro de su ámbito de dirección. Aunado a ello, brinda un

⁷ BRAVO, C. (27 de mayo de 2021). *Alerta Laboral: Autógrafa de Ley de Teletrabajo*. IALAW DIGITALAWYERS. <https://iriartelaw.com/2021/05/27/alertalaboralautografateletrabajo/>

⁸ Ley 32102, Ley que modifica la Ley 31572, Ley de Teletrabajo. (19 de julio de 2024).

⁹ Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. (20 de agosto de 2011).

enfoque integral que no solo se centra en factores físicos, sino también en las condiciones psicológicas y sociales que puedan afectar al personal. Este punto va alineado con el artículo 54 de la presente norma, el cual amplía el alcance del deber de prevención al señalar que este no se restringe exclusivamente al centro de trabajo, sino que comprende todas aquellas actividades realizadas bajo la dirección o autoridad del empleador, incluso cuando estas se desarrollen fuera del lugar habitual de prestación de servicios o fuera de la jornada ordinaria de trabajo.

Asimismo, el 17 de febrero de 2023 se estableció un precedente de observancia obligatoria sobre el deber de prevención mediante la Resolución de Sala Plena 005-2023-SUNAFIL/TFL¹⁰.

En dicho pronunciamiento, el Tribunal de Fiscalización Laboral precisó que el propósito central de la normativa preventiva radica en consolidar una cultura organizacional orientada a anticipar y neutralizar los daños que el trabajo puede generar sobre la salud de quienes lo ejecutan. Del mismo modo, enfatizó que corresponde al empleador garantizar la implementación de medidas preventivas adecuadas a los riesgos propios de cada actividad económica y de cada puesto de trabajo, debiendo evaluarse considerando las circunstancias particulares de cada caso.

Asimismo, el Tribunal destacó que el cumplimiento del deber de prevención exige que los riesgos que puedan afectar la integridad física, psíquica y mental del personal sean gestionados de manera efectiva, correspondiendo a la autoridad inspectiva verificar si las medidas adoptadas resultan razonables y suficientes frente a los peligros propios de la actividad desarrollada.

Por su lado, la Casación 11947-2015 Piura¹¹ también ha proporcionado una perspectiva relevante sobre el deber de prevención. A través de dicho pronunciamiento, la Corte Suprema reafirmó que el empleador tiene la obligación de adoptar todas las medidas previstas por la normativa preventiva, comprendiendo dentro de este deber la identificación, evaluación y control de los riesgos existentes. Asimismo, precisó que el incumplimiento de estas obligaciones puede generar responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados cuando estos sean consecuencia de conductas dolosas o negligentes por parte del empleador.

Con lo expuesto, queda claro el amplio alcance que tiene el deber de prevención, imponiendo para el empleador la obligación de implementar estrategias destinadas a salvaguardar adecuadamente los derechos de su personal, independientemente de la modalidad de prestación de servicios que estos desarrollen.¹²

¹⁰ Tribunal de Fiscalización Laboral. (2023). Resolución de Sala Plena 005-2023-SUNAFIL/TFL. Lima: 17 de febrero de 2023.

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la República. (2015). Casación 11947-2015-Piura. Lima: 2015.

¹² TOYAMA, J., VINATEA, L. (2022). *Guía Laboral* (10ma edición). Gaceta Jurídica.

En efecto, el deber de prevención no puede encontrarse vinculado únicamente a relaciones laborales presenciales, sino que debe adecuarse a la creciente expansión de modalidades de trabajo a distancia, como ocurre con el teletrabajo. Ello exige la adopción de mecanismos específicos que permitan garantizar una tutela efectiva de los teletrabajadores.

Además, conforme se ha señalado en apartados anteriores, el principio de prevención debe complementarse con los demás principios que integran el sistema preventivo laboral. En efecto, si bien constituye uno de los pilares fundamentales de esta materia, una regulación centrada exclusivamente en dicho principio puede resultar insuficiente para garantizar una protección integral de los derechos sociolaborales, tal como ocurrió con la regulación del trabajo remoto.

Así, se evidencia la necesidad de que la normativa preventiva continúe evolucionando para responder adecuadamente a los desafíos que plantea el teletrabajo, incorporando disposiciones específicas que permitan atender los nuevos supuestos jurídicos derivados de esta modalidad y sus diversas formas de implementación.

IV. Análisis de la adecuación normativa del teletrabajo y su marco preventivo

En los apartados anteriores se ha observado cómo el teletrabajo es la figura que ha experimentado el avance regulatorio más significativo entre las distintas formas de prestación no presencial reconocidas en nuestro sistema jurídico. Ello se evidencia en la existencia de una regulación más amplia y especializada, orientada a brindar una mayor protección a los derechos laborales de quienes prestan servicios bajo esta modalidad, sin que ello implique afirmar que la regulación vigente se encuentre exenta de limitaciones o aspectos susceptibles de mejora.

Asimismo, el análisis efectuado respecto de la Ley 29783 permite advertir que el Estado peruano ha implementado diversos mecanismos destinados a fortalecer la protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de la prestación de servicios. En ese contexto, el principio de prevención adquiere una relevancia central, en tanto constituye el fundamento sobre el cual se estructura gran parte de las obligaciones impuestas al empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Sin embargo, la amplitud de dicho principio plantea importantes desafíos cuando se pretende trasladar su aplicación a modalidades de trabajo desarrolladas fuera del centro de labores tradicional. En efecto, si bien la normativa general de seguridad y salud en el trabajo establece un conjunto de deberes orientados a la prevención de riesgos laborales, persisten dudas razonables sobre el modo en que dichas obligaciones deben ejecutarse cuando el personal presta servicios desde entornos ajenos a la supervisión directa del empleador.

Por ello, en el presente apartado corresponde analizar si la Ley de Teletrabajo ha logrado adaptar adecuadamente los principios y obligaciones contenidos en la

normativa general de seguridad y salud en el trabajo a las particularidades propias de esta modalidad, evaluando si las medidas incorporadas por el legislador permiten garantizar una protección efectiva de los teletrabajadores o si, por el contrario, persisten insuficiencias regulatorias que dificultan el cumplimiento de dicha finalidad.

i. El marco preventivo general y sus límites frente al teletrabajo

A. Sobre la identificación y evaluación de riesgos del teletrabajo

Como se ha mencionado anteriormente, la nueva normativa sobre teletrabajo introduce un enfoque innovador al establecer, por primera vez, parámetros específicos para la detección y valoración de riesgos en esta modalidad, complementando así la obligación general de actualización periódica que el artículo 57 de la Ley 29783 impone al empleador como mínimo una vez al año. En este marco, la normativa atribuye al empleador la responsabilidad de identificar los peligros, evaluar los riesgos e implementar las medidas correctivas correspondientes, mientras que asigna al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) la elaboración de instrumentos técnicos destinados a facilitar dicho proceso, entre ellos el formulario de autoevaluación y los lineamientos generales de seguridad y salud en el teletrabajo, tal como lo señala el artículo 23.2.

Cabe destacar que, al publicarse la norma de teletrabajo, el Estado encomendó al MTPE, a través de la Dirección de Seguridad y Salud en el Trabajo, la elaboración de un formulario de autoevaluación destinado a facilitar a empleadores y teletrabajadores la identificación de riesgos en el lugar donde se desarrollaría esta modalidad. Este instrumento constituyó un apoyo relevante para la aplicación del principio de prevención, pues permitió que el empleador contara con un referente técnico para implementar acciones concretas orientadas al cumplimiento de sus obligaciones preventivas.

Esta acción fue de gran importancia debido a que homogeneizó, en cierta medida, las acciones que debían realizar los empleadores en la identificación de riesgos para la implementación del teletrabajo, contribuyendo así a establecer un estándar mínimo común de actuación en esta materia. De este modo, este punto supuso un gran avance en la regulación de temas relacionados con materia preventiva al teletrabajo, pues se presentaba un ajuste específico al contexto laboral, a diferencia de la norma antecesora que resultaba obsoleta.

No obstante, surgen preocupaciones significativas respecto a la articulación normativa actual. Aunque se ha establecido un mecanismo para la identificación y evaluación inicial de riesgos al inicio de la modalidad de teletrabajo, la normativa específica del teletrabajo no determina de qué

manera debe ejecutarse la actualización periódica que la Ley 29783 impone con carácter general. En particular, no establece si dicha actualización exige una nueva verificación del entorno de teletrabajo, qué intensidad debe tener esa verificación, ni bajo qué criterios puede el formulario de autoevaluación sustituir la constatación directa del empleador. Esta omisión no es accidental. En el trabajo presencial, el empleador está físicamente presente y puede detectar, casi en tiempo real, cualquier cambio en las condiciones del puesto que pudiera representar un peligro. En el teletrabajo esa posibilidad desaparece, pues el domicilio del trabajador es un espacio ajeno al control directo del empleador. Por ello, la norma tendría que haber construido mecanismos alternativos que permitieran cumplir con la obligación de actualización periódica; sin embargo, como se ha visto, eso todavía no ocurre en la actualidad.

Para ilustrar el problema, analicemos el siguiente caso. Una empresa contrata a un trabajador bajo la modalidad de teletrabajo en enero de 2027. El empleador actúa diligentemente, pues conjuntamente con el teletrabajador, firma su convenio de teletrabajo, recibe sus capacitaciones en el ámbito de teletrabajo y completa el formulario de autoevaluación del MTPE, identifica los peligros del espacio y evalúa los riesgos existentes en el lugar donde se desarrolla sus funciones. Un año después (en enero de 2028), el teletrabajador sigue laborando desde su mismo domicilio donde declaró inicialmente que iba a realizar el teletrabajo. De acuerdo con el artículo 57 de la Ley 29783 se exige que la evaluación de riesgos se actualice por lo menos una vez al año. La pregunta que surge en ese momento es: ¿qué debe hacer exactamente el empleador luego del año? ¿Basta con volver a completar el formulario? ¿Hay que solicitar al teletrabajador fotografías del espacio? ¿Se puede hacer una visita virtual en el espacio que señaló el teletrabajador? ¿Debe el empleador inspeccionar físicamente el domicilio? ¿O alcanza con que el propio trabajador declare que nada ha cambiado? Ante lo expuesto, la norma guarda silencio y no hace precisión alguna sobre las interrogantes formuladas.

En este caso concreto, el ejemplo evidencia la inconsistencia, pues se observa que la norma general fija la frecuencia mínima de la actualización (una vez al año por lo menos), y la norma especial describe algunos canales de acceso, pero ninguno de los planos normativos logra establecer qué conductas concretas debe cumplir el empleador cuando el entorno no ha variado. Cada una de esas preguntas sin respuesta tiene consecuencias para los derechos del teletrabajador, para la carga de gestión del empleador, y para los límites de la intervención en un espacio que, en definitiva, es el hogar del teletrabajador.

Si bien estos instrumentos son útiles al momento de incorporar al teletrabajador no significa que resuelvan el problema de fondo. Las

condiciones del espacio doméstico pueden cambiar con el tiempo, una remodelación, un cambio de habitación, una situación de hacinamiento, entre otros. Y como no existe un procedimiento claramente definido para detectar y atender esas variaciones, la protección preventiva puede quedar desactualizada o desfasada sin que nadie —ni el empleador ni el propio sistema— lo advierta a tiempo.

Si bien el Decreto Supremo 009-2026-TR, publicado en julio de 2026, solucionó algunas de estas interrogantes, su alcance resultó limitado en cierta medida. El reglamento habilitó el acceso digital como una alternativa válida a la visita presencial y dispuso que el empleador deba comunicar la verificación al menos con cuarenta y ocho horas de anticipación. Son avances concretos en cuanto a la forma, pero el decreto no especificó nada sobre la periodicidad: tampoco estableció con qué frecuencia debe utilizarse ese mecanismo ni cuándo corresponde activarlo. A ello se suma que dejar la elección del tipo de acceso —físico o digital— exclusivamente en manos del empleador genera una tensión difícil de ignorar con el derecho a la intimidad que la propia Ley 31572 reconoce al teletrabajador. El acceso remoto al espacio doméstico sin que el teletrabajador pueda pronunciarse sobre la modalidad de intervención plantea interrogantes que habrán de resolverse a la luz de la normativa de protección de datos y de la doctrina constitucional. Por lo tanto, observamos que la reforma de 2026 revela que existe voluntad de mejorar la norma, pero esa voluntad se materializó de forma fragmentaria, pues por un lado ayuda y detalla pero esto trae consigo interrogantes que permanecen sin resolver.

La convivencia de estas disposiciones permite advertir una dificultad interpretativa. Mientras la normativa general (Ley 29783) exige actualizar la evaluación de riesgos como mínimo una vez al año, la regulación especial del teletrabajo (Ley 31572) no precisa expresamente qué actuación debe asumir el empleador respecto de un espacio que el teletrabajador no ha modificado. Esta falta de precisión es especialmente grave en el teletrabajo, pues a diferencia del trabajo presencial, el empleador no tiene presencia física en el espacio de prestación y no puede detectar los cambios del entorno en tiempo real, lo que hace indispensable una regulación específica que supla esa ausencia. Esa falta de precisión es incompatible con el principio de prevención, cuya lógica exige una gestión dinámica y permanente de los riesgos, no una actuación esporádica o a discreción.

Por lo tanto, el problema no está en que falte un deber de actualizar —ese deber existe y fluye del artículo 57 de la Ley 29783 y del artículo 82 de su Reglamento—. Lo que falta son las reglas que digan cómo cumplirlo en el contexto del teletrabajo. Habrá empleadores que, por iniciativa propia, adopten controles periódicos, pidan evidencia fotográfica, creen alternativas de supervisión que no vayan en contra de la ley; pero esa solución depende

de la buena voluntad de cada empleador, no de una exigencia normativa clara. Y mientras eso no cambie, el sistema preventivo seguirá siendo, en este punto, más declarativo que efectivo. Lo que se requiere es una reforma que aborde simultáneamente los mecanismos concretos mediante los cuales debe materializarse la actualización periódica en el entorno de teletrabajo (por ser una modalidad específica), los criterios para determinar la frecuencia de la verificación y las garantías que deben acompañar toda forma de intervención en el espacio privado del trabajador, articulando estos elementos de forma coherente y no como correcciones aisladas que generan nuevas interrogantes al resolver las ya anteriores. La propuesta normativa orientada a subsanar esta deficiencia se desarrolla en el apartado 4.2 del presente artículo.

B. Sobre los accidentes de trabajo en el contexto del teletrabajo

De un análisis del Reglamento de Teletrabajo, existe un punto que nos reviste de particular cuestionamiento, y es el tratamiento normativo de los accidentes de trabajo. Si bien la propia norma nos remite al glosario de la Ley 29783 para la definición de accidente de trabajo, y al Anexo 4 del Reglamento para el protocolo de actuación correspondiente, surge la interrogante de si estas disposiciones realmente garantizan una protección adecuada a los derechos de seguridad y salud en el trabajo de los teletrabajadores.

A efectos de abordar esta problemática con el rigor que exige, el análisis que sigue se estructura en torno a cuatro ejes: (i) la calificación del accidente de trabajo; (ii) la carga probatoria; (iii) el nexo causal; y (iv) la responsabilidad del empleador; todos ellos en el específico contexto de la prestación de servicios bajo la modalidad de teletrabajo.

Actualmente, el artículo 28 del Reglamento de la Ley de Teletrabajo (Decreto Supremo 002-2023-TR)¹³ aborda el tema de los accidentes en el teletrabajo estableciendo que, ante la ocurrencia de un accidente de trabajo, corresponde al teletrabajador comunicar el hecho al empleador y acreditar que la lesión o afectación a su salud se produjo en el lugar donde desarrolla sus labores, durante la jornada de trabajo y con ocasión de la utilización de las herramientas vinculadas a su actividad laboral. Asimismo, dispone que el empleador debe realizar la investigación correspondiente con la participación del Comité o Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo, a fin de determinar si el evento constituye o no un accidente laboral.

De manera complementaria, el Anexo 4 del Reglamento desarrolla un procedimiento general de actuación frente a accidentes de trabajo, el cual contempla la comunicación del accidente, la orientación inicial para la atención médica y la posterior investigación del hecho con participación del

¹³ Decreto Supremo 002-2023-TR, Reglamento de la Ley 31572, Ley de Teletrabajo. (8 de marzo de 2023).

teletrabajador y de los órganos de seguridad y salud en el trabajo de la empresa

Como se observa, la normativa en cuestión presenta un matiz que plantea ciertos interrogantes, dado que atribuye de manera predominante al teletrabajador la carga de acreditar que una lesión o daño sufrido es consecuencia de un accidente laboral. Para tal efecto, el teletrabajador debe acreditar concurrentemente que el daño (i) tuvo lugar en el espacio donde presta servicios; (ii) se produjo dentro de su jornada laboral, y (iii) ocurrió con ocasión del uso de las herramientas de trabajo. Este triple requisito concurrente plantea un problema de calificación del accidente y, simultáneamente, un problema de carga probatoria, aspectos que conviene analizar de manera diferenciada. Además, los cuestionamientos aumentan debido a que la norma no delimita ni proporciona un alcance específico sobre cuándo un accidente debe considerarse laboral en lugar de doméstico.¹⁴

a. Calificación del accidente de trabajo

En cuanto a la calificación del accidente de trabajo, la norma peruana no define cuándo un accidente ocurrido en el domicilio del teletrabajador debe ser considerado "laboral" y cuándo debe ser catalogado como "doméstico". El artículo 28.2.b) del Decreto Supremo 002-2023-TR únicamente exige que el daño se haya producido "en el lugar de trabajo, en el horario laboral y con las herramientas de trabajo utilizadas para su labor", pero no establece criterios para determinar si actividades realizadas durante la jornada que no implican directamente el uso de herramientas laborales —como desplazarse al baño, recoger un vaso de agua o realizar una pausa activa— mantienen o interrumpen el carácter laboral del accidente.

Esta insuficiencia articulatoria cobra particular relevancia a la luz de la Ley 32102 (julio de 2024), que modificó el artículo 21.1 de la Ley 31572 para establecer que, durante la jornada laboral, el teletrabajador "se encuentra prohibido de abandonar el lugar habitual de teletrabajo y de realizar actividades particulares". Dicha prohibición, lejos de resolver la incertidumbre, introduce una nueva tensión: si el teletrabajador sufre un accidente mientras realiza una actividad no directamente vinculada a sus tareas durante su jornada, ¿ello interrumpe el nexo causal o configura, además, un incumplimiento disciplinario que incide sobre la responsabilidad del empleador? La norma guarda silencio sobre este supuesto. Adicionalmente, la misma Ley 32102 introdujo el artículo 23.6, que impone al empleador la obligación de capacitar al teletrabajador sobre medidas de seguridad y salud "que

¹⁴ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. (2023). El accidente laboral en el trabajo a domicilio y el concepto de 'zona de trabajo'. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, (4), 1-10. https://doi.org/10.55104/RJL_00439

consideran establecer obligatoriamente los descansos para la realización de pausas activas durante la jornada laboral". Con ello, las pausas activas quedan expresamente reconocidas como parte del desarrollo normal de la jornada de teletrabajo, lo que tiene consecuencias directas para la calificación de los accidentes que ocurran durante dichas pausas.

La dimensión de la calificación del accidente adquiere una nueva complejidad con el Decreto Supremo 009-2026-TR (julio de 2026), que modifica el Reglamento de la Ley de Teletrabajo aprobado por el Decreto Supremo 002-2023-TR. En primer lugar, el nuevo artículo 10-A desarrolla la prohibición ya contemplada en el artículo 21.1 de la Ley 32102, definiendo las "actividades particulares" como aquellas ajenas a la actividad laboral (artículo 10-A.1) y estableciendo un régimen disciplinario progresivo frente a su realización sin autorización del empleador (artículos 10-A.3 a 10-A.6). Ello genera una tensión adicional para la calificación del accidente: si el teletrabajador sufre un accidente mientras realizaba una actividad particular no autorizada, ¿pierde el evento su carácter laboral por ausencia de vínculo funcional con la tarea? La norma no lo precisa, lo que añade una nueva fuente de insuficiencia articuladora a las ya identificadas.

En segundo lugar, el artículo 27.3 (incorporado por el mismo Decreto Supremo 009-2026-TR) establece que el empleador "determina y comunica los periodos de descanso durante la jornada laboral para la realización de las pausas activas" y que el teletrabajador "tiene la obligación de realizar las pausas activas conforme a las indicaciones brindadas por los empleadores". Con ello, las pausas activas quedan reguladas como periodos comprendidos dentro de la jornada y sujetos a las indicaciones del empleador, lo que refuerza el argumento de que los accidentes ocurridos durante dichas pausas deben calificarse como accidentes laborales, en línea con la doctrina de la normalidad laboral desarrollada por la jurisprudencia española analizada en los apartados siguientes.

b. Carga probatoria

Esta incertidumbre normativa se manifiesta con claridad en el siguiente supuesto: un teletrabajador ha designado su domicilio como lugar de trabajo y ha completado el formulario de identificación y evaluación de riesgos junto con su empleador. Con el objetivo de ofrecer una mayor protección, el empleador, con la autorización del teletrabajador, ha visitado el domicilio para verificar que el entorno es adecuado para el desempeño de las funciones laborales. Posteriormente, el teletrabajador informa al empleador sobre un accidente: al ir al baño, tropezó, cayó y sufrió la fractura de un brazo.

Debido a que vive solo, no pudo seguir inmediatamente el procedimiento de notificación de accidentes en el contexto del teletrabajo y no cuenta con las pruebas necesarias para respaldar su afirmación.

Ante esta situación, ¿debería considerarse este incidente como un accidente de trabajo? ¿Es el empleador, bajo el principio de prevención, responsable de este hecho y debe asumir los gastos derivados del accidente?

En relación con la carga probatoria, el artículo 28.2.b) del Decreto Supremo 002-2023-TR sitúa sobre el teletrabajador la obligación de "demostrar" que la lesión se produjo en las condiciones requeridas. Esta distribución de la carga probatoria debe ser analizada juntamente con el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 53 de la Ley 29783 y con el criterio establecido por el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional (2017), según el cual el empleador, en su condición de garante de la seguridad y salud, "siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador". En el teletrabajo, esta carga probatoria adquiere una dureza particular. Quien trabaja desde su domicilio raramente tiene testigos, no dispone de cámaras de seguridad y tampoco cuenta con registros de acceso que respalden su relato. Pero la dificultad no es solo del trabajador: el empleador tampoco puede verificar lo ocurrido desde afuera. Se produce así una asimetría informativa que la normativa actual no ha sabido —ni intentado— resolver. La interrogante fundamental es si, ante la imposibilidad material de aportar prueba directa, debe operar a favor del teletrabajador alguna presunción similar a la establecida en la legislación española —artículo 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015—, o si la ausencia de tal presunción en la normativa peruana hace que el teletrabajador asuma íntegramente el riesgo probatorio.

La tensión descrita entre la regla general y la carga específica del teletrabajador puede ser analizada desde la teoría de la prueba en el proceso laboral peruano desarrollada por Arévalo Vela.¹⁵ Conforme al artículo 23 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT),¹⁶ la carga de la prueba opera bajo el principio de la carga dinámica, según el cual "deben atribuirse mayores cargas probatorias a quien esté en mejores condiciones de ofrecer las pruebas que acrediten o desacrediten lo afirmado respecto a los hechos". En los procesos laborales ordinarios, esto se traduce en que el empleador —quien tiene acceso privilegiado

¹⁵ ARÉVALO VELA, J. (2024). La prueba en el proceso laboral. *Revista del Poder Judicial*, 16(21), Artículo e924. <https://doi.org/10.35292/ropj.v16i21.924>

¹⁶ Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. (13 de enero de 2010).

a los documentos, registros y sistemas de control— asume determinadas cargas probatorias vinculadas con hechos que se encuentran dentro de su esfera de disponibilidad probatoria.

Sin embargo, el artículo 28.2.b) del Decreto Supremo 002-2023-TR impone al teletrabajador la obligación de demostrar las condiciones del accidente, trasladándole una carga particularmente intensa en un supuesto en el que el trabajador, además, se encuentra en posición informativa especialmente desfavorable. Esta desarticulación normativa entre la regla procesal general y la norma especial sustantiva constituye en sí misma una manifestación de la insuficiencia articuladora del régimen vigente. Con todo, el ordenamiento procesal laboral ofrece un mecanismo parcial de atenuación: el artículo 23.4.a) de la NLPT obliga al empleador a probar el cumplimiento de las normas laborales, incluyendo "los registros correspondientes al sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo". Si el empleador no realizó la identificación de peligros y evaluación de riesgos del espacio de teletrabajo —exigida por los artículos 26 y 27 del Decreto Supremo 002-2023-TR en su versión vigente modificada por el Decreto Supremo 009-2026-TR— ni capacitó al teletrabajador en medidas de SST conforme al artículo 23.6 de la Ley 32102, dicho incumplimiento puede operar como indicio en su contra al amparo del artículo 23.5 NLPT, que faculta al juez a tener por cierto el hecho lesivo cuando de los indicios actuados se permita presumirlo. Esta solución es, sin embargo, judicial y casuística: no garantiza un resultado predecible ni equivale a la presunción *iuris tantum* que el legislador español consagró de forma expresa en el artículo 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015.¹⁷

c. Nexo causal — análisis jurisprudencial comparado

Para comprender adecuadamente el análisis jurisprudencial que sigue, conviene precisar la distinción conceptual entre la calificación del accidente y el nexo causal, puesto que ambos elementos —aunque relacionados— responden a preguntas jurídicas distintas. La calificación del accidente determina si el evento que produjo la lesión puede ser tipificado como "accidente de trabajo": es decir, si concurren el elemento subjetivo (trabajador en ejercicio de su actividad) y los elementos objetivos (tiempo, lugar y conexión con la prestación laboral). El nexo causal, en cambio, responde a una pregunta diferente: ¿deriva la lesión causalmente del trabajo? Este segundo juicio resulta autónomamente relevante cuando el evento está *prima facie* dentro del

¹⁷ ARÉVALO VELA, J., *op. cit.*

ámbito laboral –superando el juicio de calificación–, pero la lesión podría responder a una causa extralaboral o preexistente.

El caso del infarto analizado más adelante permite observar la relevancia que adquiere la acreditación del elemento temporal para establecer la conexión del evento con el trabajo: pese a que el episodio se produjo en el lugar de teletrabajo, la pretensión fue desestimada al no poder acreditarse que hubiera ocurrido durante la jornada laboral. En la normativa peruana, el artículo 28.2.b) del Decreto Supremo 002-2023-TR no desagrega estos dos elementos: exige que el teletrabajador demuestre que el daño se produjo en el lugar, durante la jornada y con las herramientas de trabajo, integrando en una misma regla probatoria elementos vinculados con la calificación del accidente y con su conexión funcional con la prestación laboral. Esta indistinción normativa tiene consecuencias prácticas directas, como lo ilustra el análisis jurisprudencial comparado que sigue.

En vista de lo expuesto, y toda vez que la jurisprudencia nacional sobre esta materia continúa siendo escasa, es pertinente analizar los pronunciamientos y textos normativos de otros países en relación con los accidentes laborales en el contexto del teletrabajo, con el objeto de identificar criterios que permitan sistematizar los cuatro ejes de análisis antes señalados:

(i) Juzgado de lo Social 1 de Cáceres - Sentencia 297/2022¹⁸

El Juzgado determinó que el incidente en el que una teletrabajadora sufrió lesiones en el codo al caerse de camino al baño durante su jornada laboral debe considerarse un accidente de trabajo, a pesar de que no estaba sentada frente a su computadora en ese momento. El Juzgado argumentó que el acto de ir al baño no interrumpe el nexo causal del accidente, ya que se trata de una necesidad fisiológica que debe ser atendida durante la jornada laboral. Asimismo, fundamentó su decisión en la necesidad de evitar que el teletrabajo determine un nivel de protección inferior al reconocido a quienes prestan servicios de manera presencial.

Desde la perspectiva de la calificación del accidente y del nexo causal, esta sentencia establece que el acto de ir al baño durante la jornada laboral no interrumpe el vínculo causal con el trabajo, al constituir una necesidad fisiológica ínsita en el normal desarrollo de cualquier jornada, presencial o a distancia. El Tribunal no exige que el trabajador esté ejecutando directamente su tarea para que el accidente sea calificado como laboral; basta con que la actividad se encuentre

¹⁸ Juzgado de lo Social 1 de Cáceres (2022). Sentencia 297/2022, de 26 de octubre de 2022, Proc. 273/2022.

comprendida dentro de lo que podría denominarse la "normalidad de la vida laboral".

(ii) TSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sentencia 980/2022¹⁹

El Tribunal consideró como accidente de trabajo el hecho ocurrido en la cocina del domicilio del teletrabajador, pues, cuando este se dirigió a su cocina a coger una botella de agua, dicha botella se le resbaló y, al caer, le generó una lesión en la mano izquierda. El Tribunal argumentó que la actividad que dio origen al accidente no es una actividad excluida de la normalidad de la vida laboral, motivo por el cual, al no ser un comportamiento aislado, debe considerarse un accidente de trabajo.

Esta sentencia consolida el criterio de la "normalidad de la vida laboral" como estándar rector para la calificación del accidente y la determinación del nexo causal: si la actividad que originó el siniestro es habitual en el marco de cualquier jornada —presencial o remota—, no puede ser excluida del ámbito de protección. Desde el eje de la carga probatoria, el tribunal no exigió al trabajador acreditar que el accidente ocurrió con ocasión directa del uso de herramientas laborales, sino únicamente que se encontraba dentro de su jornada y en el lugar habitual de teletrabajo; ello permite advertir una conexión laboral una vez acreditados los elementos temporal y espacial, en concordancia con la presunción legal prevista por el ordenamiento español.

(iii) TSJ de Madrid - STSJ de 27 de marzo de 2024, Rec. 529/2023²⁰

El Tribunal estableció que el infarto sufrido por un teletrabajador no podía ser considerado accidente de trabajo al no haberse acreditado que el episodio hubiera ocurrido durante la jornada laboral, pese a que tuvo lugar en el espacio destinado al teletrabajo.

Esta sentencia resulta especialmente relevante para los ejes de carga probatoria y nexo causal: el tribunal rechazó la calificación laboral del accidente porque no fue posible acreditar que el infarto ocurrió durante la jornada laboral. A diferencia de los casos anteriores, en los que la ocurrencia del siniestro dentro del horario de trabajo era manifiesta o fácilmente verificable, aquí la ausencia de prueba del elemento temporal determinó la decisión adversa. Ello pone de manifiesto que el criterio de la normalidad laboral opera como estándar de calificación, pero requiere, como presupuesto ineludible, la acreditación del contexto temporal del accidente —una carga que,

¹⁹ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Secc. 1ª. (2022). Sentencia 980/2022, de 11 de noviembre de 2022, Rec. 526/2022.

²⁰ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social. (2024). Sentencia de 27 de marzo de 2024, Rec. 529/2023.

en el teletrabajo desarrollado sin presencia de terceros, puede resultar especialmente difícil de satisfacer.

(iv) TSJ de Castilla-La Mancha — Sentencia de 23 de junio de 2023²¹

El Tribunal calificó como accidente de trabajo la caída sufrida por una teletrabajadora que realizaba una pausa de descanso en su domicilio durante el horario de trabajo, mientras se desplazaba para coger un vaso de agua. La trabajadora sufrió un esguince de tobillo y este hecho fue considerado como un accidente laboral, pues lo acontecido pudo haberse desarrollado en el lugar de trabajo presencial sin que por ello perdiera su carácter laboral.

Este pronunciamiento refuerza la doctrina de la normalidad laboral al calificar como accidente de trabajo una caída producida durante una pausa de descanso. Su relevancia en el contexto de la normativa peruana es especialmente significativa tras la entrada en vigor de la Ley 32102, que reconoció expresamente las pausas activas como parte obligatoria de la jornada laboral del teletrabajador (artículo 23.6). Si las pausas activas integran el desarrollo normal de la jornada, los accidentes que ocurran durante ellas deberían ser calificados como laborales sin que quepa oponer la ausencia de actividad directamente vinculada al uso de herramientas de trabajo. Esta interpretación abre la puerta a una lectura de la norma peruana que, articulada con los principios de la Ley 29783, lleve a un resultado protector equivalente al alcanzado por la jurisprudencia española, aunque —y aquí radica la insuficiencia— sin un texto que lo establezca de forma expresa.

(v) Real Decreto Legislativo 8/2015 — Ley General de la Seguridad Social (España)²²

Este artículo se distingue por establecer de manera explícita y general que, salvo prueba en contrario, se consideran accidentes de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo. Señalando en el cuerpo normativo lo siguiente:

Artículo 156. Concepto de accidente de trabajo

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo (...)

La presunción *iuris tantum* establecida en el artículo 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015 español invierte la carga de la prueba a favor del trabajador, presumiendo que las lesiones sufridas durante el

²¹ Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. (2023). Sentencia de 23 de junio de 2023, Rec. 1058/2023.

²² España. (2015). Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado.

tiempo y en el lugar de trabajo son constitutivas de accidente laboral, salvo prueba en contrario. Esta solución legislativa contrasta directamente con el modelo peruano, que — a través del artículo 28.2.b) del Decreto Supremo 002-2023-TR — impone al teletrabajador la carga de demostrar afirmativamente las condiciones del accidente, sin establecer presunción alguna a su favor. La insuficiencia articulatória peruana, en este punto, no radica en la ausencia de regulación sobre accidentes en el teletrabajo, sino en la falta de un criterio de distribución probatoria que equilibre la asimetría informativa inherente a esta modalidad.

De los pronunciamientos analizados puede identificarse una línea interpretativa en la jurisprudencia española sobre la calificación de los accidentes en el teletrabajo, de la cual se extraen tres criterios que permiten sistematizar la problemática desde los cuatro ejes propuestos. En cuanto a la calificación del accidente, el estándar empleado es el de la "normalidad de la vida laboral": si la actividad que originó el accidente es habitual en el marco de cualquier jornada — presencial o a distancia —, puede mantener su carácter laboral, con independencia de que el trabajador esté ejecutando directamente su tarea en el momento del siniestro.

En cuanto al nexo causal, la jurisprudencia exige la acreditación del contexto temporal y espacial del accidente como presupuesto mínimo; dicha acreditación es la que diferencia los casos resueltos favorablemente al trabajador — Cáceres, TSJ Madrid (botella), Castilla-La Mancha — de aquel en que la pretensión fue desestimada — TSJ Madrid (infarto) —. En cuanto a la carga probatoria, la legislación española opta por una presunción *iuris tantum* a favor del trabajador, mientras que la normativa peruana carga al teletrabajador con la prueba de las condiciones del accidente, sin establecer mecanismo alguno de inversión o alivio probatorio. Estos tres criterios, proyectados sobre el marco normativo peruano, permiten identificar con precisión las insuficiencias articulatorias de la regulación vigente.

d. Responsabilidad del empleador

Respecto del cuarto eje, debe determinarse en qué medida la ocurrencia de un accidente de trabajo durante el teletrabajo genera responsabilidad para el empleador. Un primer punto de referencia se encuentra en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional de 2017, el cual abordó la responsabilidad civil por accidente de trabajo en aplicación del artículo 53 de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. En sus acuerdos, la Corte estableció que: "El empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la

vida o salud del trabajador."²³. Este lineamiento, sumado al principio de prevención detallado en los ítems anteriores, sugiere que el empleador podría tener la obligación de asumir la responsabilidad y los gastos asociados con el accidente.

La aplicación de este criterio al teletrabajo presenta, sin embargo, particularidades evidentes. A diferencia del centro de trabajo tradicional, donde el empleador ejerce control directo, fiscaliza y puede adoptar medidas correctivas frente a los riesgos identificados, en el teletrabajo desarrollado desde el domicilio las posibilidades de supervisión se encuentran limitadas por las propias características de la modalidad y por los derechos fundamentales del teletrabajador. Ello dificulta tanto la verificación permanente de las condiciones del espacio como la comprobación posterior de las circunstancias concretas en las que ocurrió un accidente.

Ahora bien, de esto no se sigue que cualquier accidente ocurrido durante la jornada genere automáticamente responsabilidad para el empleador. La afirmación del VI Pleno de que el empleador "siempre será responsable" no puede leerse de manera aislada ni absoluta. Lo que el Pleno estableció, en realidad, es que la ausencia de supervisión física no sirve como excusa para eludir la responsabilidad; dicho de otro modo, el empleador no puede exonerarse simplemente alegando que no podía controlar lo que pasaba en el domicilio del trabajador. Pero eso es distinto a sostener que responde por todo daño que ocurra allí. Para que la responsabilidad se configure, deben cumplirse dos condiciones: que el hecho esté debidamente calificado como accidente de trabajo y exista nexo causal con la prestación laboral, y que el empleador haya incumplido las medidas preventivas que razonablemente le son exigibles. Esta comprensión es consistente con lo que Aldonate Pinto (2024)²⁴ denomina la naturaleza de "obligación de medios" del deber de vigilancia: el empleador no garantiza resultados, sino diligencia. El problema, precisamente, es que la normativa vigente no define con claridad cuáles son esas medidas razonablemente exigibles en el teletrabajo, ni qué peso tiene su incumplimiento en la determinación de la responsabilidad.

Esta tensión se agudiza con la Ley 32102, cuyo artículo 23.6 impone al empleador la obligación de capacitar al teletrabajador en materia de seguridad y salud —incluyendo la realización obligatoria de pausas activas durante la jornada—, pero sin establecer mecanismos para

²³ Corte Suprema de Justicia de la República. (2017). Informe del VI Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional. Lima: 21 de diciembre de 2017.

²⁴ ALDONATE PINTO, G. E. (2024). El deber de vigilancia de la empresa principal sobre el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo en el marco de una tercerización de servicios. *Revista LABOREM*, (29), 189-216. <https://doi.org/10.56932/laborem.22.29.1>

verificar que esas medidas se cumplen en un espacio que el empleador no controla. El resultado es paradójico: el empleador tiene deberes preventivos sobre un entorno que le es ajeno y sobre el que no puede ejercer vigilancia continua. Para complicar más el cuadro, el artículo 21.1 de la misma ley prohíbe al teletrabajador realizar "actividades particulares" durante su jornada, pero la norma no dice nada sobre las consecuencias de esa prohibición en materia de accidentes: ¿pierde el accidente su carácter laboral si ocurrió durante una actividad no autorizada? ¿Cómo se distribuye entonces la responsabilidad? Esas preguntas permanecen sin respuesta, y la articulación entre el principio de prevención de la Ley 29783, el régimen de accidentes del Decreto Supremo 002-2023-TR y las obligaciones introducidas por la Ley 32102 sigue siendo, en definitiva, una tarea pendiente del legislador.

Desde la doctrina peruana, la cuestión de la responsabilidad puede abordarse por al menos tres vías. La primera la señala Quiñones Infante,²⁵ quien destaca que el deber de prevención del artículo 56 de la Ley 29783 alcanza también los riesgos psicosociales, que en el teletrabajo se ven especialmente agravados por el aislamiento y la ausencia de supervisión directa. Lo relevante es que esa obligación no desaparece por el hecho de que el trabajo se realice fuera del centro del empleador: la imposibilidad de acceso físico no exonera de la obligación, sino que obliga a buscar mecanismos alternativos; mecanismos que, como ya se ha señalado, la regulación actual no define de manera suficiente.

En segundo lugar, Aldonate Pinto (2024)²⁶, analizando el deber de vigilancia previsto en el artículo 68.d) de la Ley 29783 en el contexto de la tercerización de servicios, ha precisado que dicho deber opera como una obligación de medios y no de resultado: el empleador no garantiza la seguridad como resultado, sino que debe adoptar las medidas razonablemente exigibles para prevenirla. Esta distinción resulta pertinente para el teletrabajo: la limitación estructural del empleador para fiscalizar directamente el entorno doméstico del teletrabajador no equivale a una exoneración de responsabilidad, pero sí exige que la norma delimite cuáles son las "medidas razonablemente exigibles" en este contexto —delimitación que el Decreto Supremo 002-2023-TR y la Ley 32102 aún no han realizado.

En tercer lugar, Toyama Miyagusuku ha señalado que la inteligencia artificial está siendo incorporada como herramienta para la prevención

²⁵ QUIÑONES INFANTE, S. (2024). El cuidado de la salud mental: un reto para garantizar entornos de trabajo seguros y saludables. *Ius et Veritas*, (69), 87-102.

²⁶ ALDONATE PINTO, G. E., *op. cit.*

de accidentes de trabajo —mediante sistemas de monitoreo de somnolencia, fatiga y salud emocional del trabajador—, pero advierte que el uso de datos personales en el control y vigilancia de los trabajadores puede materializarse en afectaciones a derechos fundamentales como el derecho a la privacidad, siendo los límites de dicho control determinados por “la naturaleza de la actividad que realizan los trabajadores”²⁷. Este equilibrio resulta particularmente relevante en el teletrabajo a partir del Decreto Supremo 009-2026-TR: su artículo 26 habilita al empleador para realizar verificaciones no solo físicas sino también digitales del espacio de teletrabajo —con aviso previo de cuarenta y ocho horas—, sin establecer criterios sobre el alcance de dicha verificación digital ni sobre su incidencia en la investigación de accidentes. La norma abre así la puerta a un mecanismo potencialmente útil para subsanar la asimetría informativa en materia de accidentes, pero sin regularlo: una vez más, una insuficiencia articuladora que el legislador deja abierta.

e. Propuesta normativa

De todo lo expuesto, puede identificarse con bastante precisión en qué consiste la deficiencia del régimen vigente. El Decreto Supremo 002-2023-TR adolece de tres carencias fundamentales: no proporciona un criterio objetivo para calificar un accidente como laboral en el contexto del teletrabajo; tampoco distribuye la carga probatoria de un modo que compense la asimetría informativa que es consustancial a esta modalidad; y, finalmente, no articula de manera coherente la relación entre el nexo causal y la responsabilidad del empleador, habida cuenta de las limitaciones estructurales que impone el trabajo a distancia. No se trata, conviene insistir, de un vacío que pueda llenarse con la mera aplicación del régimen general: es una falla de articulación entre normas que coexisten y que, en su interacción actual, producen resultados imprevisibles para ambas partes. A partir de ese diagnóstico, se propone incorporar los siguientes criterios a la normativa específica del teletrabajo.

En primer lugar, presunción relativa de laboralidad. La idea es sencilla: si la lesión ocurre en el lugar que el propio teletrabajador declaró como espacio de trabajo y durante la jornada que también él declaró, debe presumirse —salvo que se demuestre lo contrario— que se está ante un accidente de trabajo en los términos de la Ley 29783. Esta presunción tiene carácter *iuris tantum*; puede desvirtuarse si el empleador acredita que el accidente sucedió fuera del horario laboral,

²⁷ TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2024). La inteligencia artificial y las relaciones laborales. *Ius et Veritas*, (69), 55-69. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202402.004>

fuera del espacio declarado, o que el daño obedeció fundamentalmente a una causa ajena a la prestación del servicio.

Esta propuesta toma como referente la solución del artículo 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015 español, adaptándola a las particularidades del régimen nacional: la presunción no exonera al teletrabajador de acreditar el contexto espacio-temporal del accidente, pero invierte la carga de la prueba respecto de la vinculación causal con el trabajo, que es precisamente el elemento de mayor dificultad probatoria en la modalidad a distancia.

En segundo lugar, la presunción debería comprender los actos propios de la normalidad de la vida laboral. La presunción de laboralidad se extiende a los actos comprendidos en la normalidad de la vida laboral, siguiendo el criterio identificado en la jurisprudencia española analizada: las necesidades fisiológicas atendidas durante la jornada (ir al baño, hidratarse) y las pausas activas realizadas conforme a las instrucciones del empleador al amparo del artículo 27.3 del Decreto Supremo 009-2026-TR²⁸ quedan expresamente incluidas en su ámbito de aplicación. La inclusión de las pausas activas en el ámbito de la presunción no es arbitraria: conforme al artículo 27.3 del Decreto Supremo 009-2026-TR, las pausas son determinadas y comunicadas por el empleador, de modo que el teletrabajador que las realiza lo hace en cumplimiento de una medida integrada a la organización de su jornada laboral. En consecuencia, los accidentes producidos durante las pausas activas comunicadas por el empleador deben calificarse como accidentes laborales sin posibilidad de oponer la ausencia de actividad directamente vinculada al uso de herramientas de trabajo.

En tercer lugar, las actividades particulares no autorizadas deberían recibir un tratamiento diferenciado. Los accidentes producidos durante la realización de actividades particulares no autorizadas — conforme al artículo 10-A del Decreto Supremo 009-2026-TR — quedan excluidos de la presunción antes propuesta. La exclusión de la presunción en este supuesto se justifica en que la actividad particular no autorizada puede interrumpir la conexión funcional con la prestación laboral. No obstante, dicha exclusión no implica que el accidente no pueda ser reconocido como laboral: el teletrabajador conserva la posibilidad de acreditar, por los medios probatorios correspondientes, el cumplimiento de las condiciones del artículo 28.2.b) del Decreto Supremo 002-2023-TR. Esto significa que la exclusión de la presunción no equivale a la exclusión del ámbito de

²⁸ Decreto Supremo 009-2026-TR, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley 31572, Ley de Teletrabajo. (21 de julio de 2026).

protección: solo coloca al teletrabajador en la posición probatoria del régimen general, sin el beneficio presuntivo. Asimismo, la comisión de la actividad particular generará las consecuencias disciplinarias previstas en el artículo 10-A del Decreto Supremo 009-2026-TR, de manera autónoma e independiente de la calificación del accidente.

Finalmente, la atribución de responsabilidad al empleador deberá considerar el cumplimiento de las medidas preventivas razonablemente exigibles en el contexto concreto del teletrabajo. La calificación de un evento como accidente de trabajo no determina, por sí sola y de manera automática, la responsabilidad civil del empleador. Para estos efectos, deberá evaluarse, entre otros elementos, el cumplimiento de las medidas preventivas razonablemente exigibles en el contexto del teletrabajo, que la normativa vigente permite identificar con precisión: (a) identificación de peligros y evaluación de riesgos del espacio de teletrabajo conforme a los artículos 26 y 27 del Decreto Supremo 002-2023-TR en su versión vigente modificada por el Decreto Supremo 009-2026-TR; (b) capacitación del teletrabajador en materia de SST, incluyendo la comunicación de pausas activas conforme al artículo 23.6 de la Ley 32102 y el artículo 27.3 del Decreto Supremo 009-2026-TR; y (c) ejercicio, cuando corresponda y dentro de los límites legales, de las facultades de verificación física o digital del entorno laboral conforme al artículo 26 del Decreto Supremo 009-2026-TR.

El incumplimiento de estas medidas podrá ser valorado probatoriamente conforme a las reglas de la NLPT, sin que ello determine por sí solo la existencia de responsabilidad civil. Con este esquema se da respuesta a la limitación estructural ya identificada: que el empleador no pueda vigilar continuamente el domicilio del teletrabajador no lo libera de sus obligaciones preventivas, pero sí fija un estándar de diligencia concreto, construido sobre las propias exigencias de la norma.

En definitiva, aunque la Ley 31572 y su Reglamento marcan un avance real respecto de la derogada Ley 30036, el problema de los accidentes de trabajo en el teletrabajo pone al descubierto una grieta que persiste: no es que falten normas, sino que las que existen no están articuladas entre sí de modo que permitan resolver con coherencia y previsibilidad los conflictos de calificación, prueba, causalidad y responsabilidad que son propios de esta modalidad.

La Ley 32102, lejos de cerrar esa brecha, la agrandó: prohibió las actividades particulares durante la jornada y reconoció las pausas activas, pero no dijo nada sobre cómo esas dos novedades impactan en el régimen de accidentes. El legislador deberá, tarde o temprano, dar ese paso que aún no ha dado: construir criterios que articulen el

principio de prevención, la responsabilidad del empleador y las particularidades probatorias del teletrabajo, en vez de seguir trasladando mecánicamente reglas pensadas para el trabajo presencial.

ii. Hacia una regulación preventiva específica: los pendientes del legislador peruano

Después de haber analizado la amplitud del principio de prevención, los criterios jurisprudenciales desarrollados en el ámbito nacional y comparado, así como las dificultades prácticas que presenta la aplicación de la normativa vigente al teletrabajo, resulta imperativo que el legislador delimite con mayor precisión las obligaciones del empleador en dos ejes centrales: (i) la verificación periódica de las condiciones preventivas durante la ejecución del teletrabajo; y (ii) la atribución de responsabilidades ante la ocurrencia de accidentes de trabajo en esta modalidad.

En relación con el primer punto, se ha explicado que la obligación de supervisar periódicamente las condiciones preventivas del teletrabajo contribuiría a mitigar los riesgos a los que está expuesto el teletrabajador durante el transcurso del tiempo. Por lo tanto, no se debería dejar a discreción del empleador esta función. Al igual que la identificación y evaluación de riesgos al inicio de la relación laboral en el teletrabajo es obligatoria, también debería serlo la supervisión periódica del lugar donde se ejecuta el teletrabajo.

En ese sentido, la experiencia comparada ofrece referentes concretos que el legislador peruano podría tomar en consideración. La Ley 10/2021,²⁹ de 9 de julio, de trabajo a distancia de España —que derogó y sustituyó al Real Decreto-ley 28/2020— integra el teletrabajo en el sistema de evaluación periódica de riesgos que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales española ya imponía con carácter general, y añade, en su artículo 16, condiciones específicas para esa modalidad: atención preferente a los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos; circunscripción de la evaluación a la zona habilitada por el trabajador; y condicionamiento de cualquier visita al consentimiento previo de este. La experiencia española demuestra así que la evaluación y actualización de los riesgos del trabajo a distancia —incluida la posibilidad de realizar controles periódicos cuando el resultado de la evaluación lo hiciera necesario, conforme al artículo 16 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales— puede articularse de forma compatible con el respeto a la intimidad del trabajador.³⁰

En ese sentido, se propone que la normativa específica del teletrabajo establezca una obligación de verificación periódica del entorno laboral con una frecuencia mínima semestral. Esta periodicidad se justifica por la particular ausencia de supervisión directa que define el teletrabajo: en el trabajo presencial, el empleador

²⁹ España. (2021). Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. Boletín Oficial del Estado, núm. 164, de 10 de julio de 2021. Referencia BOE-A-2021-11472.

³⁰ España. (1995). Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Boletín Oficial del Estado, núm. 269, de 10 de noviembre de 1995. Referencia BOE-A-1995-24292.

o sus delegados observan cotidianamente el entorno laboral y pueden detectar y corregir condiciones de riesgo de forma inmediata; en el teletrabajo, esa presencia física desaparece, lo que hace más necesaria —y no menos— una verificación formal y periódica que supla la fiscalización continua propia del trabajo presencial. La frecuencia semestral constituye una opción de política normativa orientada a establecer un estándar mínimo de seguimiento que permita detectar oportunamente modificaciones relevantes en las condiciones del entorno de teletrabajo, sin imponer una fiscalización continua del espacio doméstico. Dicha verificación podrá materializarse a través de cualquiera de los mecanismos habilitados por el artículo 26 del Decreto Supremo 009-2026-TR —visita física o acceso digital con aviso previo de cuarenta y ocho horas—, y deberá quedar documentada en el sistema de gestión de SST del empleador. Con ello, la obligación de supervisión periódica dejaría de depender de la buena voluntad de cada empleador para convertirse en un estándar exigible que permita materializar, en el contexto específico del teletrabajo, el deber general de actualización preventiva previsto por la normativa de seguridad y salud en el trabajo.

Sobre el segundo aspecto, conviene insistir en algo ya señalado: el VI Pleno no significa responsabilidad automática del empleador ante cualquier accidente en el domicilio del teletrabajador. Lo que el Pleno establece es que la imposibilidad de fiscalización física no sirve de excusa; pero la responsabilidad sigue requiriendo que el evento sea calificado como accidente laboral y que el empleador haya incumplido las medidas que razonablemente le son exigibles en el teletrabajo. Sin normas que delimiten ese estándar, la atribución de responsabilidad se convierte en un ejercicio incierto para ambas partes.

La propuesta normativa desarrollada en el apartado 4.1.2.5 recoge precisamente esta racionalidad —la presunción *iuris tantum* de laboralidad, con sus exclusiones y estándar de diligencia del empleador— adaptándola al ordenamiento peruano y a las particularidades del teletrabajo.

Consideramos necesario que el legislador evalúe una reforma de la Ley 31572 orientada a subsanar las deficiencias normativas identificadas en materia preventiva. Aunque en julio de 2024 se realizó una modificación a la ley de teletrabajo que precisaba diversos aspectos laborales, entre ellos los temas de prevención de riesgos laborales relacionados con las pausas activas, y en febrero de 2026 se actualizaron los Anexos 1 y 2 del Reglamento en materia de compensaciones, ninguna de estas intervenciones legislativas abordó las insuficiencias articuladoras identificadas en el presente artículo. Ello evidencia que el legislador sigue sin atender las deficiencias en materia de supervisión periódica y calificación de accidentes de trabajo, lo que refuerza la necesidad de una reforma específica en estos aspectos.

El Decreto Supremo 009-2026-TR abordó de manera parcial ambos ejes —al reconocer la verificación digital del entorno y regular las pausas activas—, pero sin establecer una periodicidad obligatoria de supervisión ni introducir la

presunción *iuris tantum* de laboralidad. El Decreto Supremo 009-2026-TR representa, en consecuencia, un avance normativo relevante que no colma las insuficiencias articulatorias identificadas, lo que refuerza la vigencia y pertinencia de las propuestas normativas desarrolladas en los apartados 4.1.2.5 y 4.2.

V. Conclusiones

La actual Ley de Teletrabajo en el Perú incorpora por primera vez disposiciones específicas en materia de prevención, particularmente en cuanto a la identificación y evaluación de riesgos y accidentes relacionados con el teletrabajo; sin embargo, aún existen deficiencias articulatorias que no han sido suficientemente atendidas por el legislador, lo que impide una protección eficiente de los derechos de seguridad y salud de los teletrabajadores. Esta situación genera incertidumbre tanto para el empleador como para el teletrabajador respecto del alcance de sus derechos y obligaciones.

El Decreto Supremo 009-2026-TR, de julio de 2026, incorporó al Reglamento algunas modificaciones concretas: habilitó la verificación digital del entorno laboral y desarrolló reglamentariamente la realización de las pausas activas durante la jornada. Sin duda, estos son pasos en la dirección correcta que se requerían, pero el decreto no estableció una periodicidad obligatoria para la supervisión preventiva específica ni introdujo criterios objetivos para calificar los accidentes laborales en el teletrabajo. Las deficiencias identificadas en este artículo, por tanto, siguen vigentes.

Frente a esas carencias, este artículo formula dos propuestas normativas. A través del apartado 4.2, propone establecer una obligación de verificación periódica del entorno de teletrabajo con una frecuencia mínima semestral, articulada con los mecanismos habilitados por el Decreto Supremo 009-2026-TR y compatible con el derecho a la intimidad del teletrabajador, convirtiendo así la actualización preventiva en un estándar exigible y no en una decisión discrecional del empleador. A través de la propuesta normativa del apartado 4.1.2.5, propone introducir una presunción *iuris tantum* de laboralidad cuando la lesión ocurra en el lugar declarado de teletrabajo y durante la jornada laboral. Esa presunción se extendería a los actos propios de la normalidad de la vida laboral —incluyendo las pausas activas comunicadas por el empleador al amparo del artículo 27.3 del Decreto Supremo 009-2026-TR— y recibiría un tratamiento diferenciado en el caso de actividades particulares no autorizadas. Ambas propuestas beben de la experiencia del artículo 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015 español y de la jurisprudencia que lo ha desarrollado; su virtud principal es que ofrecen a ambas partes un punto de referencia claro, y con ello contribuyen a hacer efectivo el principio de prevención en el teletrabajo.

Corresponde entonces al legislador dar el paso siguiente: establecer mecanismos específicos de verificación periódica obligatoria para el teletrabajo que, tomando como referencia la articulación entre evaluación de riesgos, actualización

preventiva y respeto a la intimidad prevista en la experiencia española, puedan adaptarse a las particularidades del teletrabajo peruano. Y, junto a ello, fijar criterios objetivos que permitan determinar cuándo un accidente ocurrido durante el teletrabajo tiene naturaleza laboral. Solo así el principio de prevención dejará de ser una declaración de intenciones para convertirse en una garantía real para los trabajadores que prestan servicios a distancia.

La evolución de la Seguridad y Salud en el Trabajo: un análisis a la normativa que regula los efectos de la radiación solar y el derecho al descanso sentado

Rodrigo Pineda García*
Acacia Guadalupe Bautista Cervantes**

Resumen. - La seguridad y salud en el trabajo es un sistema normativo dinámico que evoluciona frente a riesgos emergentes. Las reformas legislativas del 2026, el Decreto Supremo 003-2026-SA y la “Ley Silla”, expresan esa adaptación frente al cambio climático y los riesgos disergonómicos. Su eficacia depende de la prevención empresarial activa, una cultura organizacional del autocuidado y una responsabilidad compartida con el Estado.

Palabras Clave. - Seguridad y salud en el trabajo - Relaciones laborales - Gestión empresarial

Abstract. - Health, Safety & Environment is a dynamic normative system that evolves in response to emerging risks. Legislative reforms, Supreme Decree 003-2026-SA and the “Chair Law”, reflect this adaptation to climate change and disergonomic risks. Their effectiveness depends on active corporate prevention, genuine organizational culture of self-care, and a shared responsibility with the State.

Key Words. - Health, Safety & Environment - Labor Relations - Business Management

* Abogado por la PUCP, con más de 5 años de experiencia en Derecho laboral, gestión de personas, inspecciones laborales y prevención del hostigamiento sexual en las organizaciones. Actualmente Consultor Laboral Jr. en eQuivalius y previamente formo parte de los equipos de relaciones laborales de Ferreycorp S.A.A. y Grupo América Móvil - Claro Perú.

** Estudiante de la Universidad del Pacífico. Miembro Fundador y Directora de Gestión de Personas del Círculo de Derecho Laboral de la Universidad del Pacífico. Asociada Ex Miembro de la Asociación DERUP Editores – Revista Forseti.

I. Introducción

La seguridad y salud en el trabajo (en adelante, “SST”) suele asociarse, de manera casi inmediata, con actividades de alto riesgo desarrolladas en sectores de construcción civil, minería, industriales o, en general, aquellas actividades intensivas en el uso de maquinaria pesada, herramientas y procesos productivos complejos. Esta percepción ha llevado a que, con frecuencia, la gestión de la seguridad y salud sea concebida como una materia reservada principalmente para disciplinas técnicas o de ingeniería, vinculadas a la prevención de accidentes y al control de riesgos físicos en el centro de labores.

No obstante, es importante advertir al lector que, una aproximación de esta naturaleza resulta insuficiente para comprender el verdadero alcance de la SST. En efecto, desde sus orígenes, la protección de la vida, salud e integridad de los trabajadores no surgió únicamente como una respuesta técnica frente a los riesgos propios de determinados sectores productivos, sino como el resultado de un proceso progresivo de reconocimiento de derechos que encontró un importante impulso en los instrumentos internacionales promovidos por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, “OIT”).

Por lo tanto, la actual concepción de la SST no puede entenderse únicamente desde una perspectiva técnica o productiva, sino también desde una perspectiva jurídica y de recursos humanos, en la medida que responde a una evolución histórica orientada a garantizar condiciones de trabajo cada vez más seguras y compatibles con la protección integral de la persona. De esta forma, se fue consolidando la idea de que la SST constituye una responsabilidad transversal que involucra a las empresas, con independencia de la actividad económica que desarrollen, y que alcanza a la totalidad del personal expuesto a riesgos derivados de sus labores.

A raíz de esta evolución histórica, el presente trabajo analizará el desarrollo de la normativa de SST y la manera en que el ordenamiento jurídico peruano viene adaptando sus mecanismos de protección frente a riesgos laborales cuya relevancia se ha intensificado como consecuencia de los cambios ambientales, tecnológicos y organizacionales de las últimas décadas. Es en este contexto que, se tomará como objeto de estudio tanto el nuevo estándar de protección climática frente a la radiación solar como los riesgos disergonómicos actuales. Asimismo, el análisis incorporará una perspectiva de gestión humana y prevención empresarial, destacando el papel de los sistemas de gestión y la participación activa de los trabajadores.

II. Marco Histórico

Ahora bien, la SST tiene su antecedente histórico más visible en el contexto de la Primera Revolución Industrial, periodo en el cual la preocupación por las condiciones laborales comenzó a surgir como respuesta al incremento de accidentes derivados del uso de la nueva maquinaria y las extensas jornadas de

trabajo. En efecto, durante este periodo, la preocupación principal de empleadores y científicos se enfocó en los aspectos técnicos de la producción, tratando al trabajador esencialmente como una extensión de las máquinas a vapor¹. Por ello, los esfuerzos se limitaban netamente a contrarrestar los accidentes de trabajo violentos y repentinos; de manera similar a lo que sucedía con la maquinaria de la época, la intervención estaba orientada a corregir las fallas una vez producidas y no a prevenirlas.

Posteriormente, durante el siglo XX, y con el desarrollo de los sistemas de protección laboral, esta visión fue ampliándose progresivamente. En efecto, a raíz de la creación de la OIT en 1919, se desarrollaron estándares internacionales en materia de trabajo decente, lo cual contribuyó a consolidar una concepción más integral de la SST². En consecuencia, la perspectiva cambió, pues no solo se generó normativa para evitar accidentes mortales, sino también para preservar el bienestar físico de los trabajadores y así evitar enfermedades ocupacionales derivadas de la exposición continua a agentes físicos, químicos y biológicos.

De esta manera, se evidencia que la progresión laboral y social, permitió que la gestión preventiva dejara de centrarse exclusivamente en los riesgos tradicionales y empezara a reconocer otros factores capaces de afectar la salud de los trabajadores. En ese sentido, la identificación de peligros y la evaluación de riesgos pasaron a comprender aspectos cada vez más diversos, vinculados no solo a las condiciones materiales del trabajo, sino también a la organización del mismo y a las características del entorno en el que este se efectúa.

En la actualidad, los sistemas de SST enfrentan la aparición de riesgos emergentes derivados de profundas transformaciones tecnológicas, sociales y ambientales³. La digitalización de las actividades productivas, la expansión de modalidades como el teletrabajo y el uso intensivo de nuevas tecnologías han incrementado la relevancia de riesgos psicosociales y ergonómicos que, tiempo atrás, ocupaban un lugar secundario dentro de las políticas preventivas. De forma paralela, fenómenos asociados al cambio climático han generado una creciente preocupación por la exposición de los trabajadores a condiciones ambientales adversas, tales como temperaturas extremas y elevados niveles de radiación solar.

III. Marco Normativo

La evolución de la SST descrita anteriormente no solo produjo cambios en la forma de gestionar los riesgos laborales, sino también en la manera de concebir la protección de los trabajadores dentro de un ordenamiento jurídico. Así, lo que

¹ Arias, W. (2012). Revisión histórica de la salud ocupacional y la seguridad industrial. *Revista Cubana de Salud y Trabajo*, 13(3), 45-52 pp.

² Ibid., pp. 48.

³ Canova, K. (2021). Seguridad y salud: una nueva perspectiva de los sistemas de gestión de seguridad y salud con motivo de la aparición de riesgos emergentes. *Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho*, (53), 271-280 pp.

inicialmente surgió como una respuesta frente a los accidentes derivados de la industrialización fue progresivamente reconocido como un derecho vinculado a la protección de la vida, la salud y la integridad de quienes prestan servicios a un empleador.

De esta manera, en el ámbito internacional, este proceso tomó mayor relevancia con la creación de la OIT en 1919 y con el desarrollo posterior de instrumentos orientados a promover condiciones de trabajo seguras y saludables. En ese sentido, es menester hacer énfasis en la decisión adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2022, mediante la cual se incorporó el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable dentro de los principios y derechos fundamentales en el trabajo⁴. A partir de ello, la SST dejó de ser concebida únicamente como una obligación de carácter técnico o como política “apaga incendios”, para consolidarse como un componente esencial del trabajo decente y de la protección de los derechos humanos en el ámbito laboral.

Desde esta perspectiva, el derecho a la SST no se limita únicamente a la prevención de accidentes laborales, sino que comprende la adopción de todas aquellas medidas necesarias para proteger la integridad física, mental y social de los trabajadores. En efecto, esta concepción de derecho humano no solo impone que los Estados promulguen normas teóricas, sino que su cumplimiento efectivo pueda ser fiscalizado en el plano material, generando así diversas obligaciones a los empleadores⁵. Por lo tanto, la SST debe comprenderse desde una visión dinámica del riesgo laboral, capaz de adaptarse a las transformaciones de los entornos productivos y a la aparición de nuevas amenazas para la salud.

En esa línea, la consolidación de este derecho ha sido impulsada por diversos instrumentos internacionales. Entre ellos destacan los Convenios 155⁶ y 187⁷ de la OIT, orientados a reconocer la SST como un asunto de interés nacional, a través de la promoción de políticas de prevención y una mejora continua de las condiciones de trabajo; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Protocolo de San Salvador, que imponen a los Estados garantizar la seguridad e higiene en el empleo protegiendo así el desarrollo humano. A nivel regional, estos estándares también han sido recogidos por instrumentos como la Decisión 584 de la Comunidad Andina, la cual exige a las empresas que cuenten

⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Convenios fundamentales sobre seguridad y salud en el trabajo: Visión general del Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155) y Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187)*, Ginebra, OIT, 2023, 1-28 pp.

⁵ INDACOCHEA, J., HUANCAHUARI, J. (2021). El derecho humano a la seguridad y a la salud en el trabajo. *Revista Tribuna Internacional*, 10(19), 29-54 pp. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.59454>.

⁶ Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo (11 de agosto de 1983).

⁷ Convenio 187 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (15 de junio de 2006).

con un sistema de gestión de la SST, garantizando identificación y control de riesgos de manera adecuada.

Así las cosas, en el Perú, este derecho ha sido reconocido de manera implícita en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú y en los artículos 7 y 23. Sin embargo, su desarrollo más notorio surge a partir de la Ley 29783⁸, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 005-2012-TR⁹. A través de este marco normativo, el ordenamiento adopta un modelo tripartito de pilares: el deber de prevención de los empleadores, el rol de fiscalización y control del Estado, y la participación de los trabajadores junto a sus organizaciones sindicales. Precisamente, es sobre esta base que se han venido incorporando nuevas exigencias orientadas a responder los riesgos laborales emergentes, los cuales serán analizados en los siguientes apartados.

Sin perjuicio de ello, es una realidad que diversos organismos internacionales han advertido que los cambios tecnológicos y ambientales están modificando la naturaleza de los riesgos laborales. En efecto, la propia OIT ha señalado que el cambio climático constituye una amenaza creciente para la seguridad y salud de los trabajadores, debido a su impacto en factores como el estrés térmico, la radiación ultravioleta, la contaminación del aire y la ocurrencia de fenómenos meteorológicos extremos¹⁰. Por otro lado, la virtualidad y la digitalización de los procesos han renovado el interés por los riesgos ergonómicos asociados a determinadas condiciones de trabajo, tales como las posturas prolongadas, los movimientos repetitivos y el diseño inadecuado de los puestos. De esta manera, la regulación actual ya no puede limitarse a los riesgos tradicionales, sino que debe extenderse a nuevas realidades laborales que exigen mecanismos de protección adaptados a las características de cada actividad.

IV. El nuevo estándar de Protección Bioclimática: Radiación Solar

La Ley 30102¹¹, publicada en 2013, tuvo como objetivo establecer medidas preventivas destinadas a reducir los efectos nocivos para la salud ocasionados por la exposición a la radiación solar. Sin embargo, sus disposiciones se encontraban formuladas en términos generales, limitándose principalmente a imponer deberes de información, sensibilización, provisión de elementos de protección, programación de actividades fuera de horarios de mayor radiación y promoción de espacios con sombra natural. Sin embargo, recién con la aprobación de su

⁸ Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (20 de agosto de 2011).

⁹ Decreto Supremo 005-2012-TR, Reglamento de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (25 de abril de 2012).

¹⁰ Organización Internacional del Trabajo. (2024). *Garantizar la seguridad y la salud en el trabajo en un clima cambiante*. Oficina Internacional del Trabajo.

¹¹ Ley 30102, Ley que dispone medidas preventivas contra los efectos nocivos para la salud por la exposición prolongada a la radiación (6 de noviembre de 2013).

Reglamento mediante Decreto Supremo 003-2026-SA¹² se desarrollan mecanismos concretos de implementación, incorporando definiciones técnicas, criterios para identificar trabajadores expuestos y obligaciones específicas vinculadas a la gestión de este riesgo en los centros de trabajo.

Ahora bien, desde una perspectiva laboral, el principal aporte del Reglamento consiste en reconocer expresamente la exposición a la radiación ultravioleta solar como un riesgo que debe ser gestionado dentro del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo. En ese sentido, se exige la identificación de peligros y evaluación de riesgos por exposición a radiación solar, la adopción de medidas administrativas de control, la provisión de equipos de protección personal adecuados y la implementación de mecanismos de vigilancia médica ocupacional que incluyan evaluaciones dermatológicas y oftalmológicas. Asimismo, la norma introduce criterios objetivos para determinar qué trabajadores se consideran expuestos o expuestos con riesgo alto, otorgando mayor predictibilidad a las obligaciones preventivas del empleador.

En efecto, a modo de ilustración, una empresa agrícola podrá contar con trabajadores administrativos y operarios de campo dentro de un mismo centro de trabajo. Sin embargo, mientras que los primeros desarrollan sus labores principalmente en oficinas, los segundos permanecen expuestos a radiación solar durante gran parte de la jornada. Por lo tanto, la clasificación introducida por el Reglamento permite diferenciar objetivamente ambos supuestos y adecuar las medidas preventivas según el nivel de exposición de cada puesto de trabajo.

No obstante, resulta discutible afirmar que el Reglamento incorpore obligaciones sustancialmente nuevas dentro del sistema jurídico peruano. En efecto, la Ley 29783 ya imponía a los empleadores el deber de identificar peligros, evaluar riesgos y adoptar medidas de prevención respecto de cualquier condición que pudiera afectar la salud de los trabajadores. Desde esta perspectiva, la regulación sobre radiación solar no modifica el contenido esencial del deber de prevención, sino que especifica la manera en que este debe aplicarse frente a un riesgo cuya relevancia se ha incrementado como consecuencia de los efectos del cambio climático y de la creciente evidencia sobre sus impactos en la salud.

Sin perjuicio de lo anterior, la regulación presenta algunos desafíos. Por un lado, resulta positivo que el Reglamento incorpore criterios objetivos para identificar a los trabajadores expuestos y a aquellos considerados de riesgo alto, pues ello permite orientar con mayor precisión las medidas preventivas hacia actividades que, por su propia naturaleza, implican una mayor exposición a la radiación solar, como ocurre en sectores de construcción civil, la agricultura y la pesca.

¹² Decreto Supremo 003-2026-SA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 30102, Ley que dispone medidas preventivas contra los efectos nocivos para la salud por la exposición prolongada a la radiación solar (14 de abril de 2026).

Asimismo, si bien el Reglamento mantiene coherencia con la normativa inicial al establecer que la selección de equipos de protección personal debe realizarse en función del puesto de trabajo, la actividad económica y las condiciones ambientales específicas, la propia norma incorpora referencias concretas a medidas de fotoprotección como sombreros de ala ancha, lentes con filtro UV y bloqueadores solares en el sector educativo. Ello podría generar interrogantes respecto de si tales medidas constituyen únicamente ejemplos referenciales o si, por el contrario, podrían ser consideradas estándares mínimos esperables para otros sectores con alta exposición a radiación solar, cuestión que probablemente deberá ser precisada a través de futuros criterios técnicos o inspectivos.

Por otro lado, la norma centra su atención en la radiación ultravioleta sin desarrollar de manera integral otros riesgos asociados al cambio climático que también impactan la salud de los trabajadores, como el estrés térmico o los eventos climáticos extremos. Asimismo, no contempla un enfoque diferenciado que permita evaluar cómo determinados factores biológicos o de organización del trabajo pueden generar afectaciones distintas entre hombres y mujeres frente a este tipo de riesgos. En consecuencia, si bien el Reglamento constituye un avance relevante al incorporar la protección bioclimática dentro de la gestión preventiva empresarial, su eficacia dependerá en gran medida de los criterios técnicos complementarios que emitan las autoridades competentes y de una futura regulación que aborde de manera más integral los riesgos ambientales emergentes.

V. Análisis comparado

i. El modelo de la Unión Europea: Directivas sobre agentes físicos y riesgos climáticos

Ahora bien, tras haber situado el marco peruano en relación con los agentes climáticos, es necesario evaluar dónde nos encontramos en el contexto internacional. De esta manera, corresponder destacar el modelo de SST de la Unión Europea, la cual se estructura a partir de la Directiva 89/391/CEE, Directiva Marco, que establece las obligaciones generales de evaluación de riesgos, información, formación y consulta a los trabajadores¹³. Dentro de ese conjunto, la Unión Europea aprobó un paquete específico de directivas sobre "agentes físicos", siendo la más relevante la Directiva 2006/25/CE sobre radiación óptica artificial, que fija valores límite de exposición para la radiación ultravioleta, láser y no coherente generadas por fuentes artificiales¹⁴.

¹³ European Parliament and Council of the European Union. (1989). Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work. *Official Journal of the European Union*, L183, 1-8.

¹⁴ European Parliament and Council of the European Union. (2006). Directive 2006/25/EC of 5 April 2006 on the minimum health and safety requirements regarding the exposure of workers to risks arising from physical agents (artificial optical radiation). *Official Journal of the European Union*, L114, 38-59.

El dato normativo más significativo es una exclusión expresa: la Directiva 2006/25/CE delimita su ámbito a la radiación óptica de origen artificial, excluyendo explícitamente la radiación óptica natural. Esta exclusión revela una asimetría estructural, pues existe un régimen vinculante para la radiación artificial, pero no un equivalente para la radiación solar, pese a que esta afecta a un universo mucho más amplio de trabajadores al aire libre. En efecto, la literatura epidemiológica documenta que la radiación ultravioleta solar constituye la exposición carcinógena ocupacional más relevante en términos del número de trabajadores expuestos¹⁵. Por lo tanto, la experiencia comparada evidencia que la protección frente a la radiación solar continúa siendo un ámbito en construcción incluso en sistemas normativos altamente desarrollados. En ese sentido, el Decreto Supremo 003-2026-SA, con sus umbrales horarios e índice de radiación ultravioleta de referencia¹⁶, constituye un avance relevante al incorporar criterios específicos para la gestión de la exposición ocupacional a radiación ultravioleta dentro del marco preventivo de la SST.

ii. Lecciones de la normativa chilena sobre exposición a radiación ultravioleta

Por otro lado, resulta sumamente relevante mencionar la labor del Estado chileno, el cual se establece como el referente latinoamericano de mayor data sobre la materia, con una trayectoria que se remonta a la Ley 20.096 de 2006¹⁷. En ese sentido, en su artículo 19 impone a los empleadores el deber de adoptar medidas eficaces de protección frente a la radiación ultravioleta. Sin embargo, el desarrollo técnico se encuentra en el artículo 109 del Decreto Supremo 594 de 1999, que fija límites permisibles máximos de exposición ocupacional diferenciados por longitud de onda mediante tablas específicas para piel y ojos¹⁸.

El valor comparado más relevante del modelo chileno reside en el cuerpo de doctrina administrativa interpretativa que la Dirección del Trabajo ha desarrollado durante casi dos décadas. El Dictamen Ordinario 879/18, emitido el 7 de marzo de 2007, precisó que la exposición comprende tanto la radiación solar directa como la dispersa generada por nubes, suelo, muros o cerros, en los rangos UVA (315 a 400 nm) y UVB (280 a 315 nm), excluyendo la radiación UVC por ser retenida por las capas atmosféricas. Asimismo, el dictamen estableció un catálogo operativo de medidas preventivas: limitar la exposición directa entre las 10:00 y las 15:00 horas, procurar pausas bajo techo o sombra, aplicar protector solar con factor 15 o

¹⁵ SLAVINSKY, V., HELMY, J., VROMAN, J. y VASSANTACHART, M. (2024). Solar ultraviolet radiation exposure in workers with outdoor occupations: A systematic review and call to action. *International Journal of Dermatology*, 63(11), 1-12 pp.

¹⁶ Decreto Supremo 003-2026-SA, Reglamento de la Ley 30102, Ley que dispone medidas preventivas contra los efectos nocivos para la salud por la exposición prolongada a la radiación solar (15 de abril de 2026).

¹⁷ Ley 20.096, Establece mecanismos de control aplicables a las sustancias agotadoras de la capa de ozono. Congreso Nacional de Chile (23 de marzo de 2006).

¹⁸ Decreto Supremo 594, Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo (29 de abril de 2000).

superior, usar anteojos con filtro ultravioleta, vestir ropa de algodón clara que cubra el cuerpo y usar sombrero o casco que proteja orejas, sienes y nuca¹⁹.

Así las cosas, de este modelo se extraen al menos dos lecciones aplicables al Perú: traducir conceptos físicos abstractos en protocolos operativos verificables en campo, lo cual facilita la labor inspectiva de los entes administrativos; y distinguir, tal como lo realiza la normativa chilena, entre radiación directa, dispersa o reflejada, lo cual es sumamente relevante para sectores como la pesca artesanal y la construcción en altura.

VI. Ergonomía moderna y la "Ley de la Silla"

i. Marco legal de la ergonomía en Perú

El punto de partida normativo de la ergonomía laboral peruana es la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, cuyo artículo 57 impone al empleador identificar los peligros y evaluar los riesgos de forma periódica y actualizada, incluyendo expresamente los factores de riesgo disergonómico²⁰. Su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 005-2012-TR, desarrolla en el artículo 32 los requisitos técnicos de la matriz IPERC y en el artículo 42 exige la participación activa de los trabajadores²¹. El instrumento técnico que durante casi dos décadas ha operativizado estos principios es la Resolución Ministerial 375-2008-TR, Norma Básica de Ergonomía, que exige alternar las posturas de pie y sentado a lo largo de la jornada y aplicar métodos de evaluación postural como el OWAS o el RULA para tareas repetitivas o con posturas forzadas²².

Conviene precisar que los propios métodos OWAS y RULA que recoge la Norma Básica de Ergonomía no son una invención doméstica, sino instrumentos derivados de la norma técnica internacional ISO 11226, que establece límites recomendados para posturas de trabajo estáticas en función de los ángulos articulares y de la duración de la exposición²³. El problema histórico de la norma peruana residía en su carácter genérico: no distinguía actividades económicas, no fijaba un umbral horario objetivo y carecía de régimen sancionador específico, lo que diluía su exigibilidad práctica.

La comparación regional resulta ilustrativa: México aprobó en 2018 la NOM-036-1-STPS, que identifica los factores de riesgo ergonómico derivado del manejo

¹⁹ Dirección del Trabajo de Chile. (2007, 7 de marzo). Ordinario 879/18: Radiación ultravioleta; alcance; obligaciones del empleador. Disponible en: <https://dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-94458.html>

²⁰ Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Congreso de la República del Perú (20 de agosto de 2011).

²¹ Decreto Supremo 005-2012-TR, Reglamento de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (25 de abril de 2012).

²² Resolución Ministerial 375-2008-TR, Norma Básica de Ergonomía y de Procedimiento de Evaluación de Riesgo Disergonómico (28 de noviembre de 2008).

²³ International Organization for Standardization. (2000). *ISO 11226:2000, Ergonomics – Evaluation of static working postures*.

manual de cargas mediante criterios cuantitativos precisos (masa máxima, distancias horizontales y verticales, frecuencia de movimientos) y clasifica el nivel de riesgo en cuatro categorías (bajo, medio, alto y muy alto o inaceptable), exigiendo además vigilancia de la salud y capacitación obligatoria del personal expuesto²⁴. Frente a este estándar cuantitativo ya vigente en México desde 2020, la Norma Básica de Ergonomía peruana de 2008 seguía ofreciendo, hasta la "Ley Silla", criterios cualitativos y de aplicación discrecional.

La "Ley Silla", sustentada en el Proyecto de Ley 13572/2025-CR y aprobada por el Pleno del Congreso el 30 de abril de 2026, cierra esta brecha²⁵. Contiene ocho artículos y cuatro disposiciones complementarias finales, y reconoce el derecho al descanso sentado para los trabajadores que permanecen de pie tres horas continuas o más. La norma prioriza sectores como el comercio minorista, la hostelería y gastronomía, los centros de salud, los servicios financieros y de atención presencial, el transporte, los aeropuertos y la vigilancia privada en puestos fijos. Permite sistemas rotativos y proporcionales de asientos, otorga un plazo de adecuación progresiva de hasta doce meses —durante el cual la Sunafil ejercerá una labor primordialmente orientadora— y califica el incumplimiento como infracción grave.

Conviene destacar, en perspectiva comparada, que el panorama normativo en materia de ergonomía no se agota en el referente mexicano. En el ámbito europeo, la Directiva 90/270/CEE del Consejo, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud para el trabajo con pantallas de visualización, constituyó el primer instrumento vinculante supranacional que abordó específicamente los riesgos ergonómicos de una actividad concreta: el trabajo sedentario prolongado frente a terminales de vídeo²⁶. Su artículo 9 impone al empleador el deber de garantizar evaluaciones oftalmológicas periódicas y adecuar los puestos de trabajo a requisitos mínimos en cuanto a pantalla, teclado, asiento y entorno, sentando una metodología de evaluación integral que anticipa, con décadas de anticipación, el debate que hoy plantea el teletrabajo ergonómico. En América Latina, Colombia desarrolló la clasificación GTC-45 de ICONTEC, que desglosa el peligro biomecánico en seis subfactores (postura, esfuerzo, movimiento repetitivo, manipulación manual de cargas, jornada prolongada y diseño del puesto) con una minuciosidad analítica que la Norma Básica de Ergonomía peruana de 2008 nunca

²⁴ Secretaría del Trabajo y Previsión Social de México. (2018). NOM-036-1-STPS-2018, Factores de riesgo ergonómico en el trabajo. Parte 1: Manejo manual de cargas. *Diario Oficial de la Federación*.

²⁵ Congreso de la República del Perú, Comisión de Trabajo y Seguridad Social (2026, 1 de mayo). Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 13572/2025-CR y otros.

²⁶ Consejo de la Unión Europea. (1990). Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 156, 14-18.

alcanzó y que el reglamento de la "Ley Silla" deberá acercarse para dotar al sistema de la objetividad técnica que hoy se le reclama²⁷.

ii. El derecho al descanso y la prevención de enfermedades musculoesqueléticas

La justificación última de la "Ley Silla" se ancla en la protección de un bien jurídico de primer orden: la salud musculoesquelética del trabajador, como manifestación del derecho constitucional a la salud y de la dignidad humana en el centro de trabajo. Según la Organización Mundial de la Salud, aproximadamente 1710 millones de personas en el mundo padecen algún trastorno musculoesquelético, siendo el dolor lumbar el más frecuente y constituyendo estos trastornos la principal causa de discapacidad a escala global, con un 17% de todos los años vividos con discapacidad²⁸. La bipedestación prolongada sin pausas adecuadas se encuentra documentada como factor de riesgo directo para el dolor lumbar, las várices, el desgaste articular y la fatiga muscular crónica²⁹.

La revisión sistemática y meta-análisis de Agarwal, Steinmaus y Harris-Adamson documentó que los trabajadores que alternan posturas de sentado y de pie mediante estaciones de trabajo dinámicas experimentan una reducción estadísticamente significativa del riesgo de incomodidad lumbar³⁰. Desde el plano dogmático, el "derecho al descanso sentado" puede leerse como una concreción del derecho más general al descanso reconocido en el artículo 25 de la Constitución Política del Perú y como proyección del principio protector del Derecho del Trabajo³¹. Con todo, la objeción técnica sobre la falta de sustento cuantitativo no debe desestimarse: exige que el reglamento incorpore criterios objetivos de evaluación biomecánica que eviten la arbitrariedad y la litigiosidad innecesaria.

En este punto es pertinente señalar que la carga de la prueba sobre la adecuada implementación del descanso sentado recaerá, en la práctica fiscalizadora, sobre el empleador. La calificación del incumplimiento como infracción grave implica que Sunafil podrá imponer multas sin necesidad de acreditar daño efectivo al trabajador, bastando constatar la ausencia de asientos disponibles o la falta de organización de turnos rotativos conforme a lo que disponga el reglamento de la norma. Esta lógica sancionatoria preventiva es coherente con el modelo general de la Ley 29783, pero exige que el reglamento pendiente sea suficientemente preciso

²⁷ Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación (ICONTEC). (2012). *GTC 45:2012. Guía para la identificación de los peligros y la valoración de los riesgos en seguridad y salud ocupacional* (Tercera edición). ICONTEC.

²⁸ World Health Organization. (2021, 8 de febrero). Musculoskeletal conditions [Fact sheet]. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/musculoskeletal-conditions>

²⁹ COENEN, P., PARRY, S., WILLENBERG, L., SHI, J. W., ROMERO, L., BLACKWOOD, D. M. y STRAKER, L. M. (2018). Associations of prolonged standing with musculoskeletal symptoms – A systematic review of laboratory studies. *Gait & Posture*, 58, 310–318 pp.

³⁰ AGARWAL, S., STEINMAUS, C. y HARRIS-ADAMSON, C. (2018). Sit-stand workstations and impact on low back discomfort: A systematic review and meta-analysis. *Ergonomics*, 61(4), 538–552 pp.

³¹ Constitución Política del Perú (29 de diciembre de 1993).

en la definición de los supuestos de exclusión para labores que requieran bipedestación inherente, tales como operarios de líneas de producción industrial o personal en control activo de seguridad, pues de lo contrario el empleador quedará expuesto a interpretaciones discrecionales en sede inspectiva que dificulten el cumplimiento de buena fe.

A modo de ilustración, un vendedor de una tienda de comercio minorista que atiende al público de pie durante toda su jornada debería contar, conforme a la “Ley Silla”, con un sistema rotativo de asientos que le permita descansar sentado una vez superadas las tres horas continuas de bipedestación, sin que ello suponga descuidar la atención al cliente: el empleador que organice los turnos de rotación únicamente para el personal de caja, excluyendo sin justificación técnica a los vendedores de piso que permanecen igualmente de pie durante jornadas prolongadas, incurriría en un cumplimiento parcial que igualmente podría ser calificado como infracción grave por Sunafil, en la medida en que la norma no distingue entre puestos de venta y puestos de caja para efectos del derecho al descanso sentado.

iii. Extensión de la ergonomía al trabajo remoto e híbrido: desafíos para el empleador

La consolidación del teletrabajo y de las modalidades híbridas como formas estables de organización obliga a extender el deber de prevención ergonómica más allá de las instalaciones físicas de la empresa. La Ley 31572, Ley del Teletrabajo³², modificada por la Ley 32102³³, impone en su artículo 23.6 la obligación de capacitar al teletrabajador sobre medidas de seguridad y salud, incluyendo de manera obligatoria los descansos para pausas activas. El Reglamento de dicha ley, aprobado por Decreto Supremo 002-2023-TR, precisa que cuando el teletrabajador modifique su lugar habitual de trabajo, el empleador debe evaluar los riesgos ocupacionales del nuevo entorno, evaluación que no puede realizarse de manera unilateral mediante una simple autoevaluación³⁴.

La literatura especializada confirma que el teletrabajo constituye un factor de riesgo para los trastornos musculoesqueléticos: Fadel et al. identificaron el uso de mobiliario doméstico no diseñado para jornadas prolongadas, el incremento del sedentarismo y la falta de pausas como predictores consistentes de dolor musculoesquelético entre teletrabajadores³⁵. Estudios empíricos en países de la región, como el de Larrea-Araujo et al. sobre factores de riesgo ergonómico del

³² Ley 31572, Ley del Teletrabajo (11 de setiembre de 2022).

³³ Ley 32102, que modifica la Ley 31572, Ley del Teletrabajo (22 de julio de 2024).

³⁴ Decreto Supremo 002-2023-TR, Reglamento de la Ley 31572, Ley del Teletrabajo (17 de marzo de 2023).

³⁵ FADEL, M., BODIN, J., CROS, F., DESCATHA, A. y ROQUELAURE, Y. (2023). Teleworking and musculoskeletal disorders: A systematic review. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 20(6), 4973.

teletrabajo en Ecuador durante la pandemia, confirman una alta prevalencia de factores de riesgo ergonómico no controlados³⁶.

El reto se intensifica en la modalidad híbrida, donde el empleador debe sostener simultáneamente dos regímenes de cumplimiento: el presencial, regido por la "Ley Silla", y el remoto, regido por la Ley del Teletrabajo. El derecho comparado ofrece un punto de contraste valioso: en España, la Ley 10/2021, de trabajo a distancia, limita expresamente el alcance de la evaluación de riesgos a la "zona habilitada para la prestación de servicios", sin que pueda extenderse al resto de la vivienda, y condiciona cualquier visita del servicio de prevención al domicilio a la obtención del consentimiento expreso del trabajador³⁷. Esta solución es estructuralmente equivalente a la que adopta el Decreto Supremo 002-2023-TR peruano, lo que sugiere que el modelo peruano se alinea con una tendencia comparada hacia evaluaciones de riesgo acotadas y consentidas.

Desde la perspectiva de la gestión empresarial, esta alineación con el modelo español impone al empleador peruano un doble desafío de naturaleza práctica. Por un lado, deberá diseñar instrumentos de evaluación ergonómica remota que sean suficientemente rigurosos para cumplir el deber del artículo 57 de la Ley 29783 sin recurrir a la inspección física del domicilio, lo que en la práctica supone el desarrollo de cuestionarios validados, listas de verificación fotográficas autoadministradas o herramientas digitales de diagnóstico postural. Por otro, deberá articular un régimen coherente de medidas preventivas para el trabajo híbrido, evitando la paradoja de que un mismo trabajador quede protegido por la "Ley Silla" los días en que acude a la oficina y desprotegido ergonómicamente los días en que trabaja desde su domicilio, lo que generaría una protección fragmentada incompatible con el principio de integridad que inspira el sistema de SST peruano. Cabe precisar que este vacío no es absoluto, la Resolución Ministerial 375-2008-TR³⁸, ya impone al empleador la obligación de organizar pausas y descansos cuando el trabajador desarrolla labores sentado frente a equipos informáticos, con independencia de si presta servicios de manera presencial o remota. En consecuencia, el reto del empleador no es cubrir un vacío normativo absoluto, sino armonizar dos regímenes ya vigentes dentro de un mismo esquema de gestión aplicable indistintamente al trabajo presencial, remoto e híbrido.

VII. Prevención empresarial y SGSST

i. Actualización de la Matriz IPERC con enfoque en clima y ergonomía

³⁶ LARREA-ARAUJO, C., AYALA-GRANJA, J., VINUEZA-CABEZAS, A. y ACOSTA-VARGAS, P. (2021). Ergonomic risk factors of teleworking in Ecuador during the COVID-19 pandemic: A cross-sectional study. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 18(10), 5063.

³⁷ Ley 10/2021, de trabajo a distancia. *Boletín Oficial del Estado*, BOE-A-2021-11472 (2021, 9 de julio).

³⁸ Resolución Ministerial 375-2008-TR, Norma Básica de Ergonomía y de Procedimiento de Evaluación de Riesgo Disergonómico. (28 de noviembre de 2008).

La matriz IPERC constituye el instrumento técnico nuclear del sistema preventivo peruano: el documento en que se listan los peligros de cada puesto, se evalúa la magnitud del riesgo y se determinan las medidas de control siguiendo la jerarquía de controles (eliminación, sustitución, ingeniería, administrativos y equipos de protección personal). La irrupción de los riesgos climáticos y la "Ley Silla" exigen que esta matriz se someta a una actualización dinámica que incorpore dos nuevas familias de peligros. Respecto de la radiación solar, el Decreto Supremo 003-2026-SA dispone incorporar su gestión dentro del SGSST, ello podría estar en línea con la literatura sobre gestión de riesgos industriales que recomienda integrar matrices de riesgo dinámicas capaces de priorizar puntos críticos de control ante peligros emergentes³⁹.

Así, por ejemplo, una empresa del sector construcción que anteriormente concentraba su matriz IPERC en riesgos tradicionales, como las caídas de altura o el uso de maquinaria pesada, deberá incorporar ahora la exposición a radiación ultravioleta como un peligro específico. Ello implicará evaluar factores como el tiempo de exposición, la intensidad de la radiación y las características propias de la actividad, a fin de definir medidas de control tales como la reorganización de jornadas, la provisión de equipos de fotoprotección y la implementación de protocolos de vigilancia médica ocupacional.

Respecto del riesgo ergonómico, la matriz debe incorporar el umbral de tres horas continuas de bipedestación como criterio de activación de controles administrativos para el descanso sentado rotativo, en línea con el principio de mejora continua del SGSST y con la norma ISO 45001:2018, que exige revisión periódica de la matriz frente a peligros emergentes y a la variabilidad climática estacional⁴⁰. La incorporación de criterios cuantitativos —como los que aporta el método ISO 11226 para posturas estáticas o el modelo de clasificación de cuatro niveles de riesgo de la NOM-036 mexicana⁴¹— ofrece a los empleadores peruanos una vía técnica concreta para objetivar la evaluación del riesgo disergonómico dentro de la matriz IPERC, reduciendo el margen de discrecionalidad que la Norma Básica de Ergonomía de 2008 dejaba abierto.

Asimismo, la matriz debe mantener e integrar, sin superponerse, los criterios ya vigentes de la Resolución Ministerial 375-2008-TR⁴² respecto de las pausas y descansos exigibles cuando el trabajador desarrolla labores sentado frente a equipos informáticos, de modo que el nuevo umbral de bipedestación introducido

³⁹ MARHAVILAS, P. K., FILIPPIDIS, M., KOULINAS, G. K. y KOULOURIOTIS, D. E. (2022). The integration of HAZOP study with risk-matrix and the analytical-hierarchy process for identifying critical control-points and prioritizing risks in industry. *Journal of Loss Prevention in the Process Industries*, 79, 104865.

⁴⁰ International Organization for Standardization. (2018). *ISO 45001:2018, Occupational health and safety management systems – Requirements with guidance for use*.

⁴¹ Resolución Ministerial 050-2013-TR, que aprueba los formatos referenciales para el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (14 de marzo de 2013).

⁴² Resolución Ministerial 375-2008-TR, Norma Básica de Ergonomía y de Procedimiento de Evaluación de Riesgo Disergonómico (28 de noviembre de 2008).

por la "Ley Silla" se articule con el estándar ergonómico preexistente para el trabajo sentado y no lo sustituya.

ii. La vigilancia de la salud: Protocolos médicos preventivos para patologías dérmicas y ergonómicas

La vigilancia de la salud, normada por la Resolución Ministerial 312-2011/MINSA⁴³, debe actualizarse con exámenes dermatológicos y oftalmológicos preventivos para el personal expuesto conforme al Decreto Supremo 003-2026-SA, siguiendo el modelo de tablas de límites permisibles por longitud de onda del sistema chileno, que permitan detectar daño actínico acumulativo antes de su progresión hacia lesiones malignas, especialmente en construcción, agricultura y pesca. La literatura dermatológica internacional respalda la urgencia de esta vigilancia diferenciada: las revisiones sistemáticas documentan que los trabajadores al aire libre acumulan dosis de radiación significativamente superiores a la población general⁴⁴.

iii. El papel de los Comités de SST en la implementación de las nuevas normas

El Comité de SST, conforme al artículo 48 del Decreto Supremo 005-2012-TR, es un órgano paritario de participación interna obligatorio en empresas con veinte o más trabajadores. La literatura empírica internacional sobre la eficacia real de estos órganos paritarios resulta especialmente relevante: su efectividad no depende de su mera existencia formal, sino de mecanismos concretos como información, educación, capacitación adecuada, compromiso de la alta dirección y, sobre todo, un mandato claro con respaldo legal para actuar⁴⁵.

Las reformas de 2026 le asignan un rol operativo explícito que responde a esa exigencia: en la "Ley Silla", el comité debe regular internamente la organización de los turnos de descanso sentado, la disposición de los asientos disponibles y los criterios de rotación; en el Decreto Supremo 003-2026-SA, la fiscalización de la Sunafil recae sobre actividades de prevención cuya gestión cotidiana corresponde al comité. Esta doble asignación convierte al comité en la bisagra institucional indispensable entre la innovación regulatoria nacional y su implementación verificable en el terreno operativo, lo que exige capacitar a sus integrantes en conceptos hasta hace poco ajenos al lenguaje tradicional de la seguridad industrial.

⁴³ Resolución Ministerial 312-2011/MINSA, Protocolos de Exámenes Médico Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos Obligatorios por Actividad (25 de abril de 2011).

⁴⁴ WITTLICH, M. (2022). Criteria for occupational health prevention for solar UVR exposed outdoor workers-prevalence, affected parties, and occupational disease. *Frontiers in Public Health*, 9, 772290.

⁴⁵ YASSI, A., LOCKHART, K., SYKES, M., BUCK, B., STIME, B. y SPIEGEL, J. M. (2013). Effectiveness of joint health and safety committees: A realist review. *American Journal of Industrial Medicine*, 56(4), 424-438 pp.

Para que el comité pueda cumplir ese rol de manera efectiva, es indispensable que cuente con tres condiciones estructurales: acceso oportuno a información técnica sobre los riesgos específicos que debe gestionar, capacitación diferenciada en los nuevos estándares normativos y respaldo explícito de la alta dirección que se traduzca en recursos presupuestales y en la implementación real de sus recomendaciones. Sin esas condiciones, el comité queda reducido a un órgano de cumplimiento formal que acredita su existencia en el expediente de Sunafil, pero no modifica la realidad del centro de trabajo. Las reformas de 2026 depositan en este órgano una confianza institucional renovada; corresponde ahora a los empleadores hacer efectiva esa confianza dotando al comité de las herramientas técnicas, el tiempo y la autoridad necesarios para traducir la innovación regulatoria en condiciones de trabajo efectivamente más seguras y saludables.

VIII. Educación y concientización

i. El diseño de capacitaciones de alto impacto

Las recientes reformas en materia de radiación solar y ergonomía evidencian que la eficacia de la regulación no depende únicamente de la existencia de obligaciones legales o de controles internos, sino también de la capacidad de las organizaciones para generar cambios reales en la conducta de los trabajadores. En ese sentido, la capacitación constituye uno de los pilares fundamentales del Sistema de Gestión de SST⁴⁶, pues permite transformar las medidas preventivas diseñadas en el plano teórico en prácticas efectivas dentro del centro de labores. Sin embargo, para que este objetivo se cumpla, las capacitaciones deben superar el enfoque tradicional basado exclusivamente en el cumplimiento formal y orientarse hacia metodologías que favorezcan la comprensión práctica de los riesgos.

En el caso de la radiación solar y los riesgos disergonómicos, este desafío resulta particularmente relevante debido a que sus efectos suelen manifestarse de manera progresiva y acumulativa. A diferencia de un accidente laboral convencional, cuyos resultados son inmediatos y visibles, la exposición prolongada a radiación ultravioleta o la adopción reiterada de posturas inadecuadas pueden generar consecuencias que se evidencian años después. Por ello, las estrategias de formación deben priorizar el uso de ejemplos prácticos, estudios de caso y experiencias cercanas a la realidad de los trabajadores, facilitando la comprensión de riesgos que, por su propia naturaleza, suelen ser subestimados.

Así, por ejemplo, una capacitación dirigida a trabajadores del sector hidrocarburos expuestos permanentemente a radiación solar debería incorporar ejercicios prácticos para identificar síntomas de sobreexposición, reconocer los horarios de mayor riesgo y promover el uso correcto de las medidas de fotoprotección; mientras que, en el caso de trabajadores de establecimientos comerciales, el énfasis

⁴⁶ Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. (20 de agosto de 2011).

podría centrarse en la importancia de alternar posturas y utilizar adecuadamente los tiempos de descanso sentado previstos por la normativa.

ii. Sensibilización del trabajador: el autocuidado frente a riesgos "invisibles"

Ahora bien, de la mano con lo anterior, la sensibilización adquiere una importancia similar a la de las medidas técnicas de control. La protección frente a la radiación solar, por ejemplo, no depende exclusivamente de la entrega de sombreros, lentes o bloqueadores solares, sino también de que el trabajador comprenda la importancia de utilizarlos de manera permanente y adecuada durante su jornada. Del mismo modo, la implementación de pausas activas, cambios posturales o periodos de descanso sentado pierde efectividad cuando los trabajadores perciben estas medidas como una interrupción innecesaria de sus labores y no como mecanismos de protección de su salud.

La literatura especializada en psicología organizacional ha demostrado que las conductas preventivas se consolidan con mayor facilidad cuando las personas comprenden el propósito de las medidas adoptadas y participan activamente en su implementación⁴⁷. En consecuencia, los empleadores deben promover una cultura de autocuidado que permita a los trabajadores identificar tempranamente señales de fatiga, exposición excesiva o molestias musculoesqueléticas, fomentando una participación más activa en la gestión de los riesgos laborales.

iii. Metodologías participativas: un trabajo en conjunto

Finalmente, a partir de la experiencia adquirida, podemos afirmar que los cambios sostenibles en materia de SST rara vez se alcanzan mediante imposiciones unilaterales. Por el contrario, las metodologías participativas, que involucran a trabajadores, supervisores, comités de SST y áreas de gestión humana, suelen generar mayores niveles de compromiso y cumplimiento, generando así una verdadera cultura de prevención. Ello resulta especialmente importante frente a riesgos emergentes como la radiación solar o los factores ergonómicos, donde gran parte del cuidado depende de hábitos cotidianos y decisiones adoptadas por los propios trabajadores durante la ejecución de sus labores.

Sin embargo, la participación en SST no debe entenderse únicamente como la intervención del trabajador en la identificación de peligros o en la formulación de recomendaciones preventivas. Los desafíos asociados al cambio climático y a los nuevos riesgos laborales han evidenciado la necesidad de construir espacios de colaboración más amplios, donde confluyan autoridades, empleadores, organizaciones sindicales, organismos especializados y los propios trabajadores. En efecto, la OIT ha destacado que las campañas de sensibilización pueden dirigirse no solo a trabajadores, sino también a empleadores, sectores económicos

⁴⁷ GELLER, S. (2001). *The Psychology of Safety Handbook (2da Edición)*. CRC Press LLC.

específicos e incluso a la población en general, con el objetivo de fortalecer la capacidad colectiva de respuesta frente a amenazas emergentes⁴⁸.

En ese sentido, la experiencia internacional ofrece ejemplos interesantes de este enfoque colaborativo. En 2023, la OIT, juntamente con los Ministerios de Trabajo de Egipto, Marruecos y Túnez, desarrolló programas de formación sobre cambio climático, SST y género dirigidos a inspectores de trabajo, con el propósito de fortalecer la supervisión y asesoramiento a las empresas respecto de riesgos como el estrés térmico y otros impactos derivados del clima⁴⁹. Del mismo modo, países como Japón, Australia y España han impulsado campañas nacionales de sensibilización sobre los efectos de las altas temperaturas en el trabajo, involucrando a autoridades, empleadores y organizaciones especializadas en la difusión de medidas preventivas y buenas prácticas⁵⁰.

Estas experiencias evidencian que la construcción de una cultura preventiva eficaz exige un esfuerzo compartido entre todos los actores involucrados en las relaciones laborales. En consecuencia, la educación y la concientización deben ser entendidas como herramientas estratégicas de prevención empresarial y no únicamente como obligaciones formales de capacitación. En un contexto donde los riesgos laborales evolucionan al mismo ritmo que los cambios ambientales, tecnológicos y organizacionales, la construcción de entornos de trabajo seguros y saludables solo será posible mediante una participación activa y coordinada de trabajadores, empleadores, autoridades y demás instituciones vinculadas a la gestión preventiva.

IX. Conclusiones

El presente trabajo ha evidenciado que la SST no constituye un cuerpo normativo estático, sino un sistema jurídico en permanente evolución cuya eficacia depende precisamente de su capacidad de adaptación frente a las transformaciones del entorno productivo, ambiental y tecnológico. El recorrido de la SST ha sido el de un sistema que aprende, que incorpora evidencia científica y que expande progresivamente su ámbito de protección. Las reformas peruanas de 2026 -el Decreto Supremo 003-2026-SA y la "Ley Silla"- son expresión concreta de esa dinamicidad: responden a riesgos cuya relevancia sanitaria y jurídica ha sido intensificada por fenómenos globales como el cambio climático, la digitalización del trabajo y la expansión del teletrabajo.

En materia bioclimática, el Decreto Supremo 003-2026-SA no crea obligaciones ajenas al sistema, sino que especifica técnicamente el deber de prevención que la Ley 29783 ya contemplaba, dotándolo de criterios objetivos aplicables a un riesgo ambiental emergente. Su eficacia dependerá, no obstante, de los criterios técnicos

⁴⁸ Organización Internacional del Trabajo. (2024). *Garantizar la seguridad y la salud en el trabajo en un clima cambiante*. Oficina Internacional del Trabajo.

⁴⁹ *Ídem*.

⁵⁰ *Ídem*.

complementarios que emitan las autoridades competentes, especialmente en lo que respecta a la distinción entre radiación directa, dispersa y reflejada, y a un enfoque diferenciado por sector que el texto actual no desarrolla con suficiente precisión.

En el ámbito ergonómico, la "Ley Silla" traduce en obligación sancionable lo que la Norma Básica de Ergonomía de 2008 regulaba de forma genérica e ineficaz. Sin embargo, su eficacia práctica depende del reglamento pendiente de aprobación, que deberá incorporar criterios cuantitativos de evaluación biomecánica que delimiten los supuestos de exclusión y eviten interpretaciones discrecionales en sede inspectiva. La extensión de este deber al trabajo remoto e híbrido añade complejidad adicional, exigiendo al empleador sostener simultáneamente dos regímenes de cumplimiento sin generar una protección fragmentada que contradiga el principio de integridad del sistema.

Sin embargo, la eficacia de ambas reformas no se agota en el plano normativo ni en la actualización de la matriz IPERC o los protocolos de vigilancia médica. La radiación ultravioleta y los riesgos disergonómicos comparten una característica que los hace especialmente difíciles de gestionar: sus efectos son graduales, acumulativos e invisibles en el corto plazo, lo que genera que los propios trabajadores los subestimen. Frente a ello, la capacitación y la sensibilización dejan de ser obligaciones formales de cumplimiento para convertirse en herramientas estratégicas de prevención. Los cambios sostenibles en materia de SST rara vez se alcanzan mediante imposiciones unilaterales; por el contrario, las metodologías participativas generan mayores niveles de compromiso y consolidan una cultura preventiva que ninguna norma, por sí sola, puede garantizar.

Por último, ambas reformas confirman una tendencia global: los ordenamientos laborales son permanentemente interpelados por realidades que la norma original no anticipó. El calentamiento global seguirá modificando las condiciones de exposición de los trabajadores al exterior; la digitalización continuará reconfigurando los entornos y posturas de trabajo; y surgirán nuevos riesgos que hoy apenas se están perfilando. Frente a cada una de esas transformaciones, el derecho laboral deberá responder con la misma lógica que ha caracterizado su evolución histórica: incorporar evidencia, precisar obligaciones y ampliar el círculo de protección. Las reformas de 2026 no son, en ese sentido, un punto de llegada, sino la manifestación más reciente de un sistema normativo que, como el mundo que busca ordenar, no se detiene.

Después de la tormenta, llega la calma: la tercerización laboral después del Decreto Supremo 001-2022-TR

Allison Patricia Saldamando Egoavil*
Santiago Garnica Franco**

Resumen. - En el presente artículo se analiza la controversia jurídica generada por el Decreto Supremo 001-2022-TR, que restringió la tercerización de actividades vinculadas al núcleo del negocio. Para ello, se examinan los cuestionamientos planteados ante el Tribunal Constitucional, INDECOPI y el Poder Judicial, así como los efectos de su nulidad declarada por la Corte Suprema mediante la Acción Popular 30989-2023-Lima y el régimen normativo actualmente vigente.

Palabras clave. - Tercerización laboral – Núcleo del negocio – Potestad reglamentaria – Jerarquía normativa – Acción popular.

Abstract. - This article analyzes the legal controversy arising from Supreme Decree 001-2022-TR, which restricted the outsourcing of activities related to a company's core business. It examines the challenges raised before the Constitutional Court, INDECOPI, and the Judiciary, as well as the effects of its annulment by the Supreme Court through Popular Action Case 30989-2023-Lima, and the legal framework currently governing labor outsourcing in Peru.

Keywords. - Labor outsourcing – Core business – Regulatory authority – Hierarchy of norms – Popular action.

* Abogada por la Universidad del Pacífico. Asociada del despacho laboral del Estudio Rodrigo. Exdirectora de las Comisiones de Eventos y Comercialización de la Revista FORSETI.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del despacho laboral del Estudio Rodrigo.

I. Introducción

El fenómeno de la tercerización laboral debe estudiarse en el marco de las transformaciones económicas contemporáneas y de los cambios en las formas de organización empresarial, caracterizadas por la descentralización productiva y la búsqueda de mayor eficiencia por parte de los agentes económicos. En este contexto, las empresas han adoptado estructuras más flexibles que les permiten concentrarse en sus actividades principales, delegando determinadas actividades o etapas del proceso productivo a terceros especializados, como estrategia para reducir costos y optimizar recursos en el desarrollo de su actividad empresarial.

La tercerización laboral responde a las exigencias de mercados cada vez más competitivos, en los que la especialización, la cooperación empresarial y la reorganización de la producción se convierten en elementos centrales para la generación y conservación de ventajas competitivas. Sin embargo, tenemos que reconocer que este fenómeno también plantea importantes desafíos para el Derecho del Trabajo, debido a la necesidad de compatibilizar la libertad de empresa y facultad de organización empresarial con la tutela de los derechos laborales de los trabajadores.

En el presente artículo, repasamos el fundamento económico del fenómeno de tercerización y su tratamiento en el Derecho del Trabajo, con el fin de identificar las tensiones entre derechos fundamentales que esta forma de organización productiva genera. Asimismo, analizamos el conflicto jurídico generado por la emisión del Decreto Supremo 001-2022-TR, norma que modificó el régimen reglamentario de la tercerización e introdujo restricciones vinculadas con el denominado “núcleo del negocio”. A partir de ello, examinamos los principales cuestionamientos formulados contra la norma en sede constitucional, administrativa y judicial, lo que nos permite evidenciar la diversidad de enfoques institucionales sobre sus alcances y límites.

El trabajo evalúa la respuesta del ordenamiento jurídico frente a dicha controversia, particularmente a partir de la sentencia de la Corte Suprema recaída en la Acción Popular 30989-2023-Lima, mediante la cual se declaró la nulidad del Decreto Supremo 001-2022-TR. Si bien este pronunciamiento resolvió la validez de la reforma, dio lugar a una discusión posterior acerca de sus efectos sobre el régimen reglamentario de la tercerización.

En ese contexto, la pregunta que orienta nuestra investigación es la siguiente: ¿Cuál es el régimen jurídico vigente de la tercerización laboral, considerando el resultado de la Acción Popular 30989-2023-Lima sobre la validez Decreto Supremo 001-2022-TR y qué efectos se producen sobre el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 006-2008-TR? Sostenemos que la sentencia recaída en la Acción Popular 30989-2023-Lima expulsó del ordenamiento jurídico las modificaciones introducidas por el Decreto Supremo 001-2022-TR; sin embargo, ello no significa

ni la desaparición total del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 006-2008-TR ni la recuperación automática de las disposiciones reglamentarias modificadas por la reforma de 2022. Asimismo, sostenemos que la Ley 29245 no puede interpretarse en el sentido de prohibir, por sí sola, la tercerización de actividades vinculadas al denominado núcleo del negocio, pues precisamente dicha restricción fue considerada por la Corte Suprema como una limitación incorporada indebidamente por vía reglamentaria.

II. La tercerización laboral en el contexto de la transformación del modelo productivo y del derecho del trabajo

Analizar el fenómeno de la tercerización laboral implica comprender las transformaciones económicas contemporáneas y la evolución del Derecho del Trabajo frente a las nuevas formas de organización empresarial que se orientan a la descentralización de sus funciones productivas. En efecto, los cambios en los modelos de organización empresarial, impulsados por la globalización y la creciente competencia empresarial, han dado lugar a la adopción de estructuras organizativas más flexibles, en las que la externalización de actividades productivas se configura como una herramienta de especialización, flexibilidad organizativa y optimización de recursos, que también puede producir una reducción de costos operativos.

Las exigencias de los mercados contemporáneos, especialmente en sectores extractivos y manufactureros, han favorecido la adopción de estructuras empresariales orientadas a concentrar recursos en determinadas actividades y a encargar a agentes económicos especializados la ejecución de otras fases o funciones del proceso productivo. Esta forma de organización permite articular capacidades empresariales diferenciadas e incrementar la eficiencia organizativa y productiva. Al respecto, Sanguinetti Raymond (2008) ¹ indica que la descentralización productiva puede comprenderse como un proceso de reorganización de la producción de bienes o de la prestación de servicios orientados al mercado de consumo final, mediante el cual una empresa opta por no ejecutar directamente determinadas etapas o actividades necesarias para la obtención del producto final. En su lugar, decide transferir dichas funciones a otras empresas o incluso a personas naturales, estableciendo para ello diversos tipos de acuerdos o mecanismos de cooperación.

Desde una perspectiva evolutiva, el Derecho del Trabajo no se encuentra aislado de estos procesos, en la medida en que los cambios económicos, sociales y políticos inciden directamente en la configuración de los sistemas normativos que lo regulan. Así, la tercerización emerge no como una creación jurídica autónoma, sino como una respuesta del sistema productivo a dichas transformaciones, que

¹ SANGUINETI RAYMOND, W. (2008). Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo. *Laborem*, (8), 137-170 pp., p. 141. <https://www.sptdss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem8-133-166.pdf>

posteriormente genera la necesidad de una regulación específica por parte del Derecho del Trabajo. Desde tal óptica, en nuestro sistema jurídico, la tercerización, como fenómeno emergente de la descentralización productiva, comprende:

(...) una relación por la cual una empresa tercerizadora realiza una obra o servicio que se incorpora en el proceso productivo de una empresa principal. Los elementos distintivos de la tercerización, de este modo, pueden ser enunciados del siguiente modo: (i) existe una relación entre empresarios (la empresa principal y la empresa tercerizadora); (ii) el negocio entre los empresarios consiste en la ejecución de una obra o servicio (la actividad); (iii) la actividad se introduce en el proceso productivo de uno de los empresarios (la empresa principal)².

En ese sentido, la tercerización no puede ser entendida únicamente como una técnica de organización empresarial, sino como un fenómeno que incide directamente en la estructura jurídica de las relaciones de trabajo. En ese sentido, Balbin Torres (2006)³ enfatiza que, si bien diversas ramas del Derecho incorporan múltiples formas de intervención sobre la libertad de empresa y la libertad contractual, es necesario destacar que el Derecho del Trabajo supone, por su propia naturaleza, una limitación estructural a dichas libertades. Una de sus funciones fundamentales consiste en ordenar y racionalizar las facultades empresariales de dirección y control sobre los trabajadores, dotándolas de legitimidad jurídica en la medida en que se ejerzan en armonía con la protección de la dignidad del trabajador y con la garantía de la continuidad del proceso productivo.

Ahora bien, comprendemos que el modelo tradicional del Derecho del Trabajo se construyó sobre la base de un esquema binario claro: (i) un empleador definido; y, (ii) un trabajador subordinado dentro de una relación directa. Sin embargo, la aparición de nuevas formas de organización productiva, como el fenómeno estudiado, ha tensionado profundamente esta estructura.

El surgimiento de la tercerización ha dado lugar a un amplio debate doctrinal, en el que pueden identificarse diversas posturas respecto de su legitimidad y sus efectos. Desde una perspectiva favorable, la tercerización constituye una manifestación legítima de la autonomía empresarial, en tanto permite a las empresas organizar eficientemente sus procesos productivos. Al respecto, el Instituto Peruano de Economía (2022)⁴ enfatiza que el Banco Central de Reserva del Perú sostiene que la tercerización laboral ofrece diversas ventajas para las empresas, entre las que destacan el aprovechamiento de economías de escala y del

² UGAZ OLIVARES, M. (2010). El régimen legal de la subcontratación (tercerización) de servicios en el Perú. *Foro Jurídico*, (10), 271-281 pp., p. 273. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18563>

³ BALBIN TORRES, E. (2006). La legislación laboral y la tercerización. *Foro Jurídico*, (6), 15-22 pp., p. 16. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18425/18665>

⁴ INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA. (2022). *Boletín de discusión tercerización laboral en el Perú*, p. 4. https://www.ipe.org.pe/wp-content/uploads/2022/02/Boletin-IPE_tercerizacion-laboral-en-el-Peru_nv.pdf

conocimiento especializado de los proveedores de servicios, así como una mayor flexibilidad frente a escenarios de demanda incierta o variable. Estas características permiten una mejor capacidad de adaptación y una gestión más eficiente de los riesgos empresariales. En similar sentido, la Organización Internacional del Trabajo reconoce la tercerización como una práctica extendida en los sistemas productivos contemporáneos y promueve su regulación. Según este organismo, dicha modalidad favorece la competitividad empresarial al permitir que las empresas concentren sus esfuerzos en las actividades centrales de su negocio, optimizando así sus estrategias de mercado. Adicionalmente, se destaca que la tercerización puede contribuir a la generación de empleo, incluso en contextos de crisis económica.

Por otro lado, una corriente crítica advierte que la tercerización puede convertirse en un instrumento de precarización laboral, al diluir responsabilidades y debilitar las garantías del trabajador. Al respecto, Guerra Rodríguez (2013)⁵ sostiene que, aunque tratemos de dos entidades empresariales formalmente distintas y jurídicamente autónomas (cada una con su propio personal y medios), en la práctica ambas integran un único proceso productivo. En este contexto, la empresa principal asume un rol de articulación y supervisión de las etapas externalizadas, asegurando el cumplimiento de directrices por parte de las empresas colaboradoras, lo que generalmente deriva en la configuración de una posición de dominio (sea de hecho o de derecho) sobre estas últimas, orientada a garantizar la consecución de sus objetivos estratégicos.

La tercerización se presenta como un mecanismo altamente funcional para la organización empresarial, en tanto permite a las empresas incrementar sus niveles de competitividad y eficiencia a través de la especialización y la optimización de recursos. No obstante, este modelo también puede generar efectos adversos en la esfera laboral, dado que la vinculación del trabajador con una empresa tercerizadora suele traducirse en un proceso de precarización, caracterizado por la reducción o debilitamiento de derechos fundamentales, tales como la libertad sindical, la participación en utilidades y la estabilidad en el empleo, entre otros⁶.

Este cuestionamiento nos permite evidenciar que la tercerización no es una institución neutra, sino un fenómeno cargado de tensiones entre intereses económicos y derechos fundamentales. Sin desarrollar todavía sus requisitos específicos, conviene señalar que el régimen peruano se encuentra conformado principalmente por:

⁵ GUERRA RODRÍGUEZ, L. C. (2013). *El impacto de la tercerización en las relaciones colectivas de trabajo y en los equilibrios constitucionales. Análisis y propuestas* [Tesis para optar por el Título de Abogada, Pontificia Universidad Católica del Perú], p. 151. <https://tesis.pucp.edu.pe/items/de0b83f0-14a9-4d12-ab26-68843b8abef8>

⁶ CHIRA RIVERO, G. E. (2020). La autonomía empresarial en la Ley de Tercerización de Servicios. *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, 9(1), 28-41 pp., p. 31. <https://revistas.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/339/795?download=pdf>

- Ley 29245 - Ley que regula los servicios de tercerización.
- Decreto Legislativo 1038 - Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley 29245.
- Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, aprobado por el Decreto Supremo 006-2008-TR.

Estos dispositivos normativos, cuyo detalle escapa de los alcances del presente estudio, evidencian que la tercerización ha sido objeto de un desarrollo específico orientado a compatibilizar la autonomía empresarial con la protección del trabajador.

El presente artículo no pretende desarrollar exhaustivamente los requisitos de validez de la tercerización (como la existencia de autonomía empresarial, la asunción de riesgos por parte de la empresa contratista y el uso de recursos propios); sino poner de relieve la tensión estructural que atraviesa toda la discusión sobre la tercerización. La regulación de esta figura debe compatibilizar dos dimensiones: por una parte, la libertad de empresa, que comprende la facultad de organizar la actividad productiva; y, por otra, la protección de los derechos laborales frente a esquemas fraudulentos o desnaturalizados. Esta tensión explica la especial relevancia jurídica que adquirió la reforma reglamentaria de 2022, cuyo contenido será examinado en el apartado siguiente.

III. Del Decreto Supremo 001-2022-TR

i. Contexto de la emisión y proceso regulatorio

La publicación del Decreto Supremo 001-2022-TR se produjo en un contexto de cuestionamiento político al modelo de tercerización laboral vigente. En efecto, durante el gobierno del expresidente Pedro Castillo, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2022) defendió la reforma argumentando que era necesario evitar la utilización indiscriminada de la tercerización y reforzar la tutela de los derechos laborales, bajo la premisa de que la tercerización había sido utilizada en determinados sectores para reducir costos laborales y generar diferencias injustificadas en las condiciones de trabajo.⁷

Sin embargo, a diferencia de lo que debería ocurrir con las reformas laborales de gran impacto en el mercado, el Decreto Supremo 001-2022-TR fue emitido sin haber sido previamente discutido en espacios de diálogo social. Por ejemplo, la norma no fue sometida a debate en el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, el cual es un órgano tripartito concebido precisamente para canalizar la participación de empleadores, trabajadores y Estado en la formulación de

⁷ MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. (1 de marzo de 2022). *Tercerización laboral sin abusos*. Plataforma del Estado Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/mtpe/campa%C3%B1as/7801-tercerizacion-laboral-sin-abusos>

políticas laborales. Además, el referido Decreto Supremo tampoco fue objeto de discusión en la Comisión de Coordinación Viceministerial, tal como está previsto en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Asimismo, la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad, adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas, expresó reparos sustanciales a la propuesta normativa⁸. De acuerdo con dicha entidad, la reforma carecía de sustento empírico suficiente para demostrar que existía una problemática laboral derivada del régimen vigente de tercerización que justificara una intervención de tal magnitud. Además, se cuestionó que el Decreto Supremo 001-2022-TR introdujera categorías jurídicas inexistentes en la Ley 29245 y en el Decreto Legislativo 1038. En efecto, se introdujo el término “núcleo del negocio”, lo cual implicó una extralimitación de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

Por su parte, el Consejo Privado de Competitividad sostuvo que el Decreto Supremo generaba riesgos significativos para el empleo formal y la competitividad empresarial⁹. En particular, advirtió que la definición de “núcleo del negocio” era excesivamente amplia y quedaba sometida a interpretaciones subjetivas, lo cual crea un escenario de incertidumbre para diversas empresas. Asimismo, señaló que las consecuencias económicas de la reforma no habían sido adecuadamente evaluadas y estimó que la medida podía poner en riesgo más de 105 mil puestos de trabajo formales.

En la misma línea, el Banco Central de Reserva del Perú (2022) expresó preocupación por el impacto económico de la medida. Mediante el Oficio 0067-2022-BCRP, se señaló que la restricción de la tercerización podía afectar negativamente la productividad empresarial al limitar mecanismos de especialización y división del trabajo que permiten una asignación más eficiente de recursos.¹⁰ Desde esta perspectiva, la norma no solo generaba costos de reorganización para las empresas afectadas, sino que, además, podía reducir la competitividad de determinados sectores económicos.

Así, el Decreto Supremo 001-2022-TR fue aprobado sin una evaluación suficiente de sus efectos económicos y laborales, pese a que el marco regulatorio peruano exige que las decisiones regulatorias se encuentren sustentadas en evidencia y respondan a un análisis de impacto adecuado. Dicha modificación no identificaba de manera clara la falla del régimen de tercerización ni explicaba la razón por la

⁸ GESTIÓN. (24 de febrero de 2022). Un 70% de personas contratadas bajo tercerización podrían quedarse sin empleo. *Gestión*. <https://gestion.pe/economia/management-empleo/un-70-de-personas-contratadas-bajo-tercerizacion-podrian-quedarse-sin-empleo-noticia/>

⁹ EL COMERCIO. (25 de febrero de 2022). CPC: Ley que prohíbe la tercerización laboral afectará a más de 105.000 trabajadores formales. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/economia/cpc-ley-que-prohíbe-la-tercerizacion-laboral-afectara-a-mas-de-105000-trabajadores-formales-rmmn-noticia/>

¹⁰ BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. (28 de marzo de 2022). *Oficio 0067-2022-BCRP: Opinión sobre la viabilidad técnica del Decreto Supremo 001-2022-TR*.

que los mecanismos de fiscalización laboral vigentes no eran suficientes para enfrentar los eventuales abusos del uso de la referida figura.

Otro aspecto especialmente controvertido fue la omisión de la etapa de prepublicación del proyecto normativo. El artículo 14 del Decreto Supremo 001-2009-JUS establece que los proyectos normativos de alcance general deben difundirse previamente para que los ciudadanos y las instituciones interesadas puedan formular observaciones y comentarios. No obstante, el proyecto que culminó con la aprobación del Decreto Supremo 001-2022-TR no fue sometido a este mecanismo de consulta pública. En consecuencia, los empleadores, las organizaciones sindicales, especialistas y demás actores involucrados se vieron impedidos de participar en la discusión de una modificación sustancial del régimen de tercerización laboral.

Esta situación fue particularmente criticada ya que la Organización Internacional del Trabajo, mediante el Convenio 122 sobre política de empleo, ratificado por el Perú, promueve que las políticas laborales susceptibles de afectar el empleo y la productividad sean elaboradas mediante mecanismos de consulta con organizaciones representativas de empleadores y trabajadores. La ausencia de discusión en espacios de diálogo social fue invocada como un cuestionamiento a la legitimidad procedimental de la reforma. Determinar si dicha omisión constituyó, además, un vicio de validez exige precisar si existía una obligación jurídica de consulta aplicable al procedimiento seguido y cuál era la consecuencia de su incumplimiento.

En ese sentido, una parte importante de la controversia que rodeó al Decreto Supremo 001-2022-TR no estuvo vinculada únicamente a su contenido, sino también a la forma en que fue emitido. La falta de consulta previa, las observaciones formuladas por órganos técnicos del Estado peruano, las críticas provenientes del sector empresarial y los cuestionamientos sobre la ausencia de evidencia regulatoria suficiente configuraron un escenario en el que la legitimidad procedimental de la reforma resultó tan discutida como su compatibilidad con el marco legal de la tercerización laboral.

Esta discusión sobre el procedimiento de producción normativa terminaría siendo relevante en los posteriores procesos judiciales, en los que diversos demandantes invocaron precisamente estos antecedentes para sostener que el Poder Ejecutivo había excedido los límites de su potestad reglamentaria.

ii. El contenido de la reforma: la prohibición de tercerizar actividades nucleares

El principal cambio introducido por el Decreto Supremo 001-2022-TR consistió en la incorporación del concepto de “núcleo del negocio” y en la prohibición de tercerizar actividades que formen parte de dicho núcleo cuando exista desplazamiento continuo de trabajadores. Para ello, la norma modificó el Decreto

Supremo 006-2008-TR, Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización. Así, se incorporó una definición reglamentaria imprecisa de dicho concepto, pues se indicó que, para identificar el núcleo del negocio, se debía observar, entre otros, el objeto social de la empresa, aquello que la identifica frente a sus clientes finales, el elemento diferenciador de la empresa, la actividad que genera valor agregado para el negocio y aquella que resulta esencial para la generación de ingresos.

La introducción de esta categoría representó una innovación normativa relevante pues ni la Ley 29245 ni el Decreto Legislativo 1038 contenían una referencia expresa al “núcleo del negocio”. Hasta antes de la reforma, la normativa laboral peruana permitía la tercerización de actividades principales y complementarias, siempre que la empresa de tercerización asumiera los riesgos de la actividad, contara con recursos propios, ejerciera autonomía empresarial y mantuviera a sus trabajadores bajo su exclusiva subordinación. Es decir, el criterio determinante para analizar la validez de la tercerización era el cumplimiento de los elementos característicos que distinguen una verdadera prestación de servicios tercerizados de un simple destaque de personal.

Con la emisión del Decreto Supremo 001-2022-TR, esta lógica fue transformada. El reglamento pasó a prohibir de manera expresa la tercerización de actividades que calificaban como parte del núcleo del negocio de la empresa principal. Así, múltiples actividades quedaron excluidas del ámbito de la tercerización, no por incumplimiento de los requisitos legales, sino únicamente por constituir parte del núcleo del negocio.

De esta manera, se introdujo una restricción basada en la clase de actividad que podía ser externalizada. Como consecuencia de ello, diversas actividades que previamente podían ser tercerizadas válidamente, siempre que se cumpliera con los requisitos legales, pasaron a estar prohibidas en el marco de la tercerización, si constituían parte del núcleo del negocio de la empresa principal.

La modificación también implicó nuevas causales de desnaturalización de la tercerización, como, por ejemplo, la realización de actividades integrantes del núcleo del negocio mediante desplazamiento continuo de trabajadores. Este supuesto generaba la presunción de que la contratación era contraria al régimen legal. Ello implicaba que los trabajadores desplazados podían ser considerados trabajadores de la empresa principal.

Con todo ello, las modificaciones del Decreto Supremo 001-2022-TR significaban una reducción significativa del ámbito operativo de la tercerización con desplazamiento de personal. Evidentemente, ello implicaba la alteración del alcance tradicional de la tercerización en diversos sectores económicos.

Uno de los aspectos más discutidos de la reforma fue precisamente la indeterminación del concepto de “núcleo del negocio”. Es cierto que el Decreto

Supremo 001-2022-TR estableció ciertos criterios orientadores para identificarlo; sin embargo, estos fueron formulados en términos sumamente genéricos. En consecuencia, se generaron dudas sobre su aplicación práctica. Así, una misma actividad podía ser considerada esencial para el desarrollo de una empresa y, al mismo tiempo, susceptible de ser ejecutada por proveedores especializados. Ello ocasionó incertidumbre respecto de cuáles actividades podían continuar siendo tercerizadas y cuáles debían ser internalizadas por las empresas principales.

En vista de ello, diversas empresas tuvieron que reevaluar sus modelos de organización interna, así como sus estructuras de contratación. La necesidad de determinar qué actividades podían ser consideradas parte del núcleo del negocio generó controversias interpretativas y motivó un intenso debate jurídico acerca de si el Poder Ejecutivo había introducido, mediante una norma reglamentaria, restricciones que excedían el marco previsto por la legislación de rango legal. Precisamente, este debate sobre los alcances de la potestad reglamentaria y sobre la compatibilidad de la reforma con la Ley 29245 sería posteriormente trasladado a los tribunales y se convertiría en el eje central de los procesos promovidos contra el Decreto Supremo 001-2022-TR.

iii. La problemática interpretativa del concepto de “núcleo del negocio”

Uno de los aspectos más controvertidos de la reforma fue la incorporación del concepto de “núcleo del negocio” como criterio determinante para establecer los límites de la tercerización. El Decreto Supremo 001-2022-TR propuso identificar dicho núcleo a partir de diversos elementos, entre ellos, el objeto social de la empresa, aquello que la distingue frente a sus clientes, las actividades que generan mayor valor agregado y aquellas que le reportan mayores ingresos. Sin embargo, la norma no estableció parámetros objetivos ni una metodología clara y objetiva para determinar cuándo una actividad debía considerarse parte del núcleo del negocio.

Esta ausencia de criterios precisos generó cuestionamientos inmediatos respecto de la predictibilidad y seguridad jurídica del nuevo régimen. A diferencia de otras figuras jurídicas que cuentan con definiciones legales debidamente delimitadas, el concepto de “núcleo del negocio” fue introducido mediante una fórmula abierta que requería una evaluación caso por caso. En ese sentido, la determinación de qué actividades podían o no ser tercerizadas quedó sujeta a un amplio margen de interpretación por parte de la empresa principal, de la autoridad administrativa y de los órganos jurisdiccionales.

Los criterios incorporados por el Decreto Supremo 001-2022-TR eran problemáticos. Por ejemplo, el objeto social de muchas empresas suele comprender múltiples actividades, algunas de las cuales tienen carácter estratégico y otras meramente instrumental. En este contexto, ello dificultaba establecer una delimitación uniforme del núcleo del negocio.

Además, los criterios reglamentarios no eran necesariamente complementarios entre sí, sino que podían ser incluso contradictorios. En efecto, una actividad podía constituir aquella que identifica a la empresa frente a sus clientes, sin ser necesariamente la que genera mayores ingresos. De igual forma, una actividad podía resultar indispensable para el desarrollo del negocio, incluso cuando no representara la principal fuente de ingresos. En el Decreto Supremo 001-2022-TR no se precisaba cuál de estos elementos debía prevalecer en caso de conflicto ni establecía mecanismos para la armonización de su aplicación.

Los efectos de ello eran particularmente evidentes en sectores caracterizados por procesos productivos complejos. Por ejemplo, en el sector minero surgieron interrogantes respecto de si determinadas actividades vinculadas a la exploración, perforación, transporte interno, mantenimiento de equipos o procesamiento de minerales debían considerarse parte del núcleo del negocio o si podían seguir siendo ejecutadas por empresas especializadas. Similares situaciones se presentaron en sectores como hidrocarburos, energía eléctrica, telecomunicaciones, construcción e infraestructura, en los que múltiples actividades participan de manera simultánea en la generación del producto o servicio final.

La incertidumbre también involucraba a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). En efecto, como la calificación de una actividad como parte del núcleo del negocio podía generar consecuencias significativas para las empresas y sus contratistas, la falta de parámetros objetivos implicaba la posibilidad de interpretaciones diferentes entre inspectores o intendencias regionales distintas. Así, esquemas empresariales similares podrían recibir tratamientos distintos dependiendo de la interpretación adoptada por la autoridad en cada caso concreto.

En consecuencia, una de las principales críticas formuladas contra la reforma fue que el concepto de “núcleo del negocio”, lejos de brindar mayor claridad al régimen de tercerización, introducía un factor adicional de incertidumbre jurídica. La amplitud de los criterios utilizados y la ausencia de reglas claras para su aplicación dificultaban que las empresas pudieran prever con razonable seguridad cuáles actividades podían seguir siendo externalizadas y cuáles debían ser internalizadas. Evidentemente, esto afectaba la estabilidad y predictibilidad del marco regulatorio.

iv. Impacto económico y empresarial de la reforma

La emisión del Decreto Supremo 001-2022-TR generó preocupación en diversos sectores económicos debido a las implicancias que podía tener sobre los modelos de organización empresarial vigentes. Durante más de una década, numerosas empresas habían estructurado sus procesos productivos sobre la base del régimen establecido por la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038, bajo el entendimiento de que la tercerización constituía un mecanismo legítimo de organización empresarial siempre que existiera autonomía real de la empresa contratista. La

reforma alteró significativamente ese escenario al restringir la posibilidad de tercerizar determinadas actividades vinculadas al núcleo del negocio.

Naturalmente, la modificación obligaba a muchas empresas a revisar y reorganizar estructuras productivas que habían sido previamente implementadas en línea con el marco legal. Así, por ejemplo, ello implicaba analizar la continuidad de diversos contratos de tercerización, redefinir procesos internos y determinar qué actividades debían ser asumidas directamente por la empresa principal.

Desde una perspectiva económica, uno de los principales cuestionamientos consistió en que la reforma podía afectar las eficiencias derivadas de la especialización productiva. Como indica Cruz Villalón (como se citó en Villasante Aranibar, 2010), la descentralización productiva responde a una forma de organización empresarial mediante la cual determinadas fases o actividades del proceso productivo son trasladadas a terceros especializados, permitiendo que distintas empresas colaboren en la obtención del bien o servicio final¹¹. En ese sentido, la tercerización permite que determinadas actividades sean desarrolladas por empresas que cuentan con conocimientos técnicos específicos, economías de escala y recursos especializados que no necesariamente posee la empresa principal. En ese sentido, restringir estos mecanismos, mediante el Decreto Supremo 001-2022-TR podía incrementar los costos operativos y reducir las ganancias de eficiencia obtenidas a través de la división y especialización del trabajo.

Asimismo, la internalización forzada de determinadas actividades podía generar costos significativos de adaptación. Las empresas tendrían que incorporar infraestructura, equipos, mecanismos de gestión y personal que previamente eran proporcionados por empresas especializadas. Este proceso podía implicar no solo mayores costos laborales, sino también gastos asociados a capacitación, supervisión, reorganización administrativa y adecuación de procesos operativos.

IV. Cuestionamientos al Decreto Supremo 001-2022-TR

i. Procesos de amparo contra norma autoaplicativa

A partir de la aprobación del Decreto Supremo 001-2022-TR, diversas empresas optaron por cuestionar su validez a través de procesos constitucionales de amparo, alegando que la norma poseía carácter autoaplicativo y que generaba efectos inmediatos sobre sus estructuras organizativas. En estos procesos, los demandantes sostuvieron, principalmente, que el Poder Ejecutivo había excedido los límites de su potestad reglamentaria al introducir restricciones no previstas en la Ley de Tercerización, así como:

¹¹ CRUZ VILLALÓN, J. Citado por VILLASANTE ARANÍBAR, J. (2010). Tercerización: Algo más que sólo un tema laboral. *Foro Jurídico*, (10), 286-298 pp. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18596/18836>

- a. **La vulneración del principio de jerarquía normativa**, en tanto el Decreto Supremo, como norma infra legal, no se habría limitado a reglamentar la Ley, sino que habría alterado su contenido material, introduciendo prohibiciones no contempladas por el legislador y desnaturalizando el régimen vigente de la tercerización.
- b. **La afectación al derecho a la libertad de empresa**, en su dimensión de libertad de organización, al restringir la posibilidad de las empresas de definir autónomamente la estructura de sus procesos productivos, particularmente mediante la externalización de actividades que incluso podían formar parte de su actividad principal.
- c. **La vulneración del derecho a la libertad de contratar**, al impedir o limitar la posibilidad de celebrar contratos de tercerización respecto de determinadas actividades, interfiriendo así en la autonomía de la voluntad de las partes tanto en la decisión de contratar como en la configuración del contenido contractual.
- d. **La transgresión de los límites de la potestad reglamentaria**, al introducir conceptos jurídicos inexistentes en la ley, como el de “núcleo del negocio”, configurando una intervención normativa que excede la función meramente complementaria del reglamento.
- e. **La amenaza de imposición de sanciones administrativas**, dado que la aplicación inmediata de la norma permitía a la Autoridad Administrativa (Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral) exigir la adecuación de contratos y estructuras empresariales, bajo riesgo de imponer multas administrativas.

Como podemos apreciar, los argumentos formulados evidencian que el cuestionamiento al Decreto Supremo 001-2022-TR no se agota en la eventual afectación de derechos fundamentales, sino que alcanza una dimensión estructural vinculada a la coherencia del sistema normativo y a los límites de la potestad reglamentaria.

No obstante, este conjunto de cuestionamientos fue reevaluado por el Tribunal Constitucional, que adoptó una aproximación distinta al abordar los procesos de amparo. Así, más que centrarse en los límites formales de la potestad reglamentaria, el análisis constitucional se desplazó hacia la función protectora del Derecho del Trabajo, poniendo el énfasis en la tutela de la dignidad del trabajador y la prevención de la desnaturalización de la tercerización. Este cambio de enfoque constituye el punto de inflexión que explica el sentido del pronunciamiento del Tribunal Constitucional y reconfigura el eje del debate jurídico sobre la validez del Decreto Supremo.

ii. Criterio del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, al conocer diversos procesos de amparo vinculados al Decreto Supremo 001-2022-TR, adoptó —por mayoría— una posición orientada a validar la constitucionalidad de la reforma, descartando la existencia de vulneraciones a derechos fundamentales en el caso concreto. En particular, el órgano constitucional desarrolló, en el **Pleno Sentencia 170/2025**¹², recaído en el Expediente 03097-2024-PA/TC, los siguientes criterios:

- a. Sobre la ausencia de vulneración a la libertad de contratación, sostuvo que este derecho no posee carácter absoluto, en la medida en que su ejercicio se encuentra limitado por la necesidad de garantizar la protección de los derechos laborales.
- b. Respecto de la libertad de empresa, reconoció que, si bien la norma cuestionada incide en este, no se configura una restricción inconstitucional, sino la fijación de pautas mínimas destinadas a evitar la desnaturalización de la tercerización. De este modo, la prohibición de tercerizar actividades nucleares fue entendida como una medida legítima orientada a evitar su implementación desnaturalizada.
- c. En relación con la naturaleza de la tercerización en nuestro ordenamiento jurídico, asumió como premisa que el marco normativo vigente no permitiría la delegación irrestricta de la actividad económica principal del negocio; sino únicamente de actividades especializadas u obras que no formen parte del núcleo esencial de la empresa. Ello, siempre que concurren elementos como autonomía empresarial y pluralidad de clientes.
- d. Sobre el concepto de “núcleo del negocio”, si bien el Tribunal Constitucional no desarrolló una delimitación rigurosa, sostuvo que no todas las actividades principales califican como nucleares. De esta forma, dejó abierta la posibilidad de que ciertas actividades principales sean susceptibles de tercerización. Situación que introduce un margen interpretativo relevante en la aplicación de la norma.
- e. En cuanto a la finalidad de la norma, el Tribunal Constitucional consideró que el Decreto Supremo 001-2022-TR se encuentra alineado con el objetivo de evitar la desnaturalización de la tercerización con desplazamiento continuo.
- f. Respecto de los cuestionamientos vinculados al principio de jerarquía normativa, el Tribunal Constitucional evitó emitir un pronunciamiento de fondo, declarando improcedente dicho extremo en el proceso de amparo, en atención a que su análisis corresponde al proceso de acción popular, radicado en el Poder Judicial.

¹² Tribunal Constitucional del Perú. (2025). Expediente 03097-2024-PA/TC. Pleno. Sentencia 170/2025. Lima: 16 de septiembre de 2025.

Finalmente, sobre los efectos de su decisión, el Tribunal Constitucional precisó que, si bien el pronunciamiento no constituye precedente vinculante, sus fundamentos deben ser considerados en la resolución de controversias similares, particularmente en otros procesos de amparo, contribuyendo así a la uniformización de criterios en la materia.

iii. INDECOPI

De manera paralela a los procesos constitucionales promovidos contra el Decreto Supremo 001-2022-TR, diversas empresas acudieron al procedimiento de eliminación de barreras burocráticas ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual para cuestionar la legalidad de las restricciones introducidas al régimen de tercerización de servicios.

La controversia se centró en la prohibición de tercerizar actividades que formen parte del denominado “núcleo del negocio”, así como en las consecuencias derivadas de dicha prohibición, particularmente los nuevos supuestos de desnaturalización de la tercerización y la posibilidad de imponer sanciones administrativas a través de la actuación fiscalizadora de SUNAFIL. Según los denunciantes, estas medidas excedían lo previsto en la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038, al imponer restricciones al desarrollo de actividades económicas sin contar con el debido respaldo legal.

En este contexto, los procedimientos tramitados ante INDECOPI trasladaron el debate desde una perspectiva estrictamente laboral hacia un análisis vinculado con la legalidad de la actuación administrativa y los límites de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo. La discusión dejó de centrarse únicamente en la protección de los trabajadores para enfocarse también en determinar si el reglamento había incorporado obligaciones, prohibiciones y consecuencias jurídicas que no se encontraban contempladas en la legislación que pretendía desarrollar.

El 30 de septiembre de 2022, la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas emitió la Resolución 0355-2022/SEL-INDECOPI, en el marco del procedimiento iniciado por COSAPI S.A. Mediante dicha resolución, la segunda instancia administrativa dispuso una medida cautelar de oficio y con efectos generales, ordenando que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y SUNAFIL se abstuvieran de aplicar las restricciones introducidas por el Decreto Supremo 001-2022-TR mientras se resolvía el fondo de la controversia.

Dicha resolución fue trascendental, pues sus efectos no se limitaron exclusivamente a la empresa denunciante, sino que alcanzaron a todos los administrados potencialmente afectados por la aplicación de la norma.

Como consecuencia práctica de esta medida cautelar, las disposiciones impugnadas del Decreto Supremo 001-2022-TR se tornaron inexigibles en el

ámbito de la fiscalización laboral. Incluso el propio Tribunal Constitucional reconoció posteriormente que la medida cautelar dictada por INDECOPI impedía la aplicación de las restricciones incorporadas por el reglamento mientras persistiera la controversia respecto de su legalidad y validez. Ello limitaba la posibilidad de que SUNAFIL exigiera su cumplimiento o impusiera sanciones administrativas basadas en ellas.

Posteriormente, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas emitió la Resolución 0270-2023/CEB-INDECOPI, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22 de julio de 2023, en el marco del procedimiento promovido por Concremax S.A. En esta oportunidad, la autoridad administrativa concluyó que la prohibición de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio constituía una barrera burocrática ilegal. Así, dispuso su inaplicación con efectos generales en favor de todos los agentes económicos y ciudadanos afectados por dicha restricción.

La relevancia de esta decisión se vio reforzada por el hecho de que adquirió firmeza administrativa. En efecto, ni el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ni SUNAFIL interpusieron recurso alguno dentro del plazo legal correspondiente. Por lo tanto, la resolución quedó consentida y produjo efectos generales respecto de las medidas incorporadas por el Decreto Supremo 001-2022-TR. Así, además de la medida cautelar previamente otorgada, existía ya un pronunciamiento de fondo que declaraba ilegal la principal restricción introducida por dicho Decreto Supremo.

Sin embargo, la segunda instancia administrativa adoptó una posición prudente respecto de las controversias posteriores vinculadas con el referido Decreto Supremo. En distintas resoluciones, la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas reconoció expresamente la existencia de un proceso judicial en trámite destinado a determinar la legalidad y constitucionalidad de la norma mediante la acción popular. Por esta razón, optó por suspender diversos procedimientos relacionados con la materia, señalando que, si bien tenía conocimiento de la Resolución 0270-2023/CEB-INDECOPI que había declarado ilegal la barrera burocrática, consideraba que no correspondía emitir nuevos pronunciamientos definitivos mientras el Poder Judicial resolviera la controversia normativa de fondo.

Esta situación evidenció una particular interacción entre el control administrativo ejercido por INDECOPI y el control jurisdiccional desarrollado a través del proceso de acción popular. Mientras INDECOPI evaluó la legalidad de las restricciones desde la perspectiva de las barreras burocráticas y de las competencias regulatorias de la administración pública, el Poder Judicial tuvo la tarea de determinar si el Decreto Supremo había respetado los límites constitucionales y legales de la potestad reglamentaria.

En vista de lo señalado, los pronunciamientos emitidos por INDECOPI tuvieron un impacto decisivo sobre la eficacia del Decreto Supremo 001-2022-TR. Aunque la norma permaneció formalmente vigente durante el tiempo que se desarrollaron los cuestionamientos judiciales, las decisiones administrativas adoptadas por la autoridad de eliminación de barreras burocráticas limitaron significativamente su aplicación y la posibilidad de que SUNAFIL fiscalizara o sancionara a las empresas sobre la base de las restricciones introducidas por dicha norma.

Asimismo, estos pronunciamientos constituyeron un antecedente relevante para el posterior análisis efectuado por la Corte Suprema en el proceso de acción popular, al poner de manifiesto que existían serios cuestionamientos respecto de la legalidad de las restricciones incorporadas por el Poder Ejecutivo al régimen de tercerización laboral.

iv. Acción Popular

La acción popular es un mecanismo constitucional previsto para el control abstracto de normas reglamentarias contrarias a la Constitución o a la ley. En este caso, a través de la Acción Popular 30989-2023-Lima, diversas empresas y gremios empresariales solicitaron que se declare la ilegalidad de las modificaciones introducidas por el Decreto Supremo 001-2022-TR.

Los demandantes alegaron que el Poder Ejecutivo había excedido los límites de su potestad reglamentaria al introducir restricciones que no estaban contempladas en la Ley 29245 ni en el Decreto Legislativo 1038. Así, argumentaron que la legislación vigente permitía expresamente la tercerización de partes integrales del proceso productivo, por lo que un reglamento no podía restringir una facultad reconocida por una norma con rango de ley. Además, cuestionaron la incorporación de nuevos supuestos de desnaturalización de la tercerización y la imposición de obligaciones de adecuación respecto de contratos y esquemas empresariales previamente permitidos por el ordenamiento jurídico. Desde su perspectiva, estas modificaciones alteraban sustancialmente el contenido de la ley y generaban efectos jurídicos que únicamente podían ser establecidos por el legislador.

Por un lado, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo defendió la legalidad y constitucionalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR, sosteniendo que la reforma tenía por finalidad reforzar la protección de los derechos laborales frente a usos indebidos de la tercerización. Bajo esta lógica, la prohibición de tercerizar actividades comprendidas dentro del núcleo del negocio constituía una medida orientada a garantizar una mayor protección del trabajador y evitar que la tercerización se empleara para reducir costos laborales o generar diferencias injustificadas entre trabajadores que desarrollan labores similares.

Por su parte, los demandantes señalaron que la discusión no debía centrarse en la conveniencia o finalidad de la medida, sino en la competencia normativa para adoptarla. Alegaron que la Ley 29245 había definido expresamente los alcances de

la tercerización y había reconocido la posibilidad de tercerizar partes integrales del proceso productivo siempre que se cumplieran los requisitos de autonomía empresarial previstos por la ley. En consecuencia, un reglamento no podía introducir prohibiciones no contempladas por el legislador ni crear nuevas causales de desnaturalización que modificaran el régimen legal vigente.

La controversia terminó desarrollándose alrededor de tres cuestiones centrales. En primer lugar, si la potestad reglamentaria permite restringir facultades reconocidas por una norma con rango de ley. En segundo lugar, si la prohibición de tercerizar actividades vinculadas al núcleo del negocio constituía una simple precisión reglamentaria o, por el contrario, una modificación sustancial del régimen legal de tercerización. Finalmente, se discutió si las modificaciones introducidas por el Decreto Supremo afectaban principios constitucionales como la libertad de empresa, la libertad de contratación, la seguridad jurídica y la jerarquía normativa.

Este último aspecto adquirió especial relevancia, pues la Ley 29245 ya había sido objeto de control constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00013-2014-PI/TC. En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional concluyó que el régimen legal de tercerización era compatible con la Constitución y reconoció la posibilidad de tercerizar partes integrales del proceso productivo siempre que la empresa contratista actuara con autonomía empresarial. En consecuencia, uno de los argumentos más recurrentes consistió en señalar que el Decreto Supremo 001-2022-TR alteraba significativamente un esquema normativo que ya había superado un control de constitucionalidad.

La acción popular terminó convirtiéndose en el principal y último escenario jurisdiccional para determinar si el Poder Ejecutivo podía, a través de un reglamento, restringir una modalidad de tercerización expresamente permitida por la ley. Más allá de la discusión específica sobre la tercerización laboral, el proceso planteó una cuestión de mayor alcance institucional relacionada con los límites de la potestad reglamentaria y el respeto al principio de jerarquía normativa.

La controversia fue finalmente resuelta por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, mediante la sentencia recaída en la Acción Popular 30989-2023-Lima, de fecha 3 de noviembre de 2025. A diferencia de la decisión emitida en primera instancia, que había declarado fundada solo parcialmente la demanda e intentado preservar algunos extremos del Decreto Supremo mediante una interpretación conforme a la Constitución, la Corte Suprema revocó dicho pronunciamiento y declaró fundada la demanda en todos sus extremos. Con ello, dispuso la nulidad integral del Decreto Supremo 001-2022-TR.

Para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema señaló que el Decreto Supremo había excedido los límites de la potestad reglamentaria reconocida al Poder

Ejecutivo por el artículo 118, inciso 8, de la Constitución. Según la Sala, la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038 permiten la tercerización de actividades que forman parte del proceso productivo de la empresa principal y no establecen ninguna distinción entre actividades “nucleares” y “no nucleares”. En consecuencia, la incorporación del concepto de “núcleo del negocio” y la prohibición de tercerizar actividades comprendidas dentro de ella constituyeron una restricción creada por vía reglamentaria que no tenía sustento en la ley que se pretendía desarrollar.

La Corte Suprema destacó además que el Tribunal Constitucional reconoció la validez de la Ley de Tercerización y la posibilidad de que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo, siempre que se cumplan los requisitos de autonomía empresarial previstos por la ley. Desde esta perspectiva, la prohibición incorporada por el Decreto Supremo 001-2022-TR alteraba sustancialmente un marco legal que ya había sido considerado compatible con la Constitución.

Particularmente, la Corte Suprema concluyó que las modificaciones introducidas por el Decreto Supremo desnaturalizaban el contenido de la Ley 29245 y vulneraban el principio de jerarquía normativa, debido a que un reglamento no puede restringir derechos, facultades o esquemas de organización empresarial expresamente admitidos por una norma con rango de ley. La denominación de “núcleo del negocio” introducía una limitación que no había sido prevista por el legislador y, por lo tanto, resultaba contradictoria con la ley que pretendía reglamentar.

En consecuencia, la Corte Suprema declaró nulo el Decreto Supremo 001-2022-TR en su integridad y no únicamente algunos de sus artículos específicos. Ello comprendió no solo la prohibición de tercerizar actividades que formen parte del núcleo del negocio, sino también las nuevas causales de desnaturalización incorporadas al Reglamento de la Ley de Tercerización, los mecanismos de imputación automática de relaciones laborales y las obligaciones de adecuación impuestas a los contratos vigentes.

En la sentencia también se reafirmó que las decisiones emitidas por órganos administrativos, incluyendo los pronunciamientos de INDECOPI sobre barreras burocráticas, no resultaban vinculantes para el Poder Judicial dentro de un proceso de acción popular. No obstante, se reconoció expresamente la existencia de dichos pronunciamientos y su incidencia en la controversia, al señalar que las restricciones introducidas por el Decreto Supremo ya habían sido objeto de cuestionamientos relevantes en sede administrativa.

Así, el pronunciamiento de la Corte Suprema tuvo como efecto retirar del ordenamiento jurídico las modificaciones introducidas por el Decreto Supremo 001-2022-TR, incluidas las restricciones asociadas al concepto de “núcleo del negocio”. Sin embargo, la sentencia dio lugar a una controversia posterior acerca

de los efectos de dicha nulidad sobre el régimen reglamentario previamente existente, cuestión que será examinada en el siguiente acápite.

De esta manera, dicha decisión cerró una de las controversias más relevantes en materia de tercerización laboral de los últimos años y reafirmó que cualquier modificación sustancial a dicho régimen debe realizarse mediante una norma con rango de ley y no a través del ejercicio de la potestad reglamentaria.

V. Tras la sentencia de la acción popular, ¿cuál es la regulación actual de la tercerización?

i. La controversia sobre los efectos normativos de la sentencia

La sentencia recaída en la Acción Popular 30989-2023-Lima puso fin al debate sobre la validez del Decreto Supremo 001-2022-TR al declarar su nulidad integral. Sin embargo, lejos de cerrar todas las discusiones jurídicas asociadas a la reforma, el pronunciamiento dio lugar a una nueva controversia interpretativa vinculada con la determinación del régimen normativo actualmente vigente en materia de tercerización laboral.

En términos generales, existe consenso respecto de que la sentencia expulsó del ordenamiento jurídico las modificaciones introducidas por el Decreto Supremo 001-2022-TR. No obstante, han surgido discrepancias respecto de las consecuencias que dicha declaración de nulidad produce sobre el Reglamento de la Ley de Tercerización aprobado mediante Decreto Supremo 006-2008-TR.

En este contexto, pueden identificarse dos posiciones principales. La primera sostiene que la declaración de nulidad del Decreto Supremo 001-2022-TR habría generado la desaparición de las disposiciones reglamentarias modificadas por dicha norma. Bajo esta postura, actualmente solo subsistirían la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038, y no el Decreto Supremo 006-2008-TR.

Esta posición suele estar acompañada por una interpretación material de la propia Ley 29245. Según esta lectura, la ley únicamente autoriza la tercerización de actividades especializadas y de obras, por lo que las actividades vinculadas al negocio principal de la empresa nunca habrían sido susceptibles de tercerización. Desde esa perspectiva, el Decreto Supremo 001-2022-TR no habría introducido una limitación nueva, sino que simplemente habría denominado como "núcleo del negocio" a aquellas actividades que la Ley 29245 ya excluía de la tercerización.

Por su parte, una segunda posición considera que la sentencia no produjo la desaparición del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 006-2008-TR, pues este nunca fue declarado nulo por la Corte Suprema. Sin embargo, a diferencia de quienes sostienen que el texto reglamentario anterior recuperó íntegramente su vigencia, esta postura reconoce que los efectos de la sentencia deben analizarse de conformidad con el artículo 82 del Nuevo Código Procesal Constitucional. En consecuencia, si bien las modificaciones introducidas por el

Decreto Supremo 001-2022-TR fueron expulsadas del ordenamiento jurídico, ello no implica necesariamente la reviviscencia automática de las disposiciones reglamentarias previamente modificadas.

Bajo esta interpretación, la controversia no consiste únicamente en determinar si existe o no reglamento vigente, sino también en establecer si la Ley 29245 puede ser interpretada en el sentido de prohibir la tercerización de actividades vinculadas al denominado núcleo del negocio y cuáles son los efectos concretos que la nulidad del Decreto Supremo 001-2022-TR produjo sobre la regulación reglamentaria existente.

La relevancia práctica de esta controversia es evidente. Dependiendo de la posición que se adopte, variarán los criterios aplicables para interpretar los alcances de la tercerización, los supuestos de desnaturalización, los deberes de información previstos para las empresas y, en general, el marco normativo utilizado por empleadores, trabajadores, autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales.

Por ello, resulta necesario analizar con mayor detalle los fundamentos de ambas posiciones.

ii. La postura de la inexistencia de reglamento

Una de las interpretaciones identificadas sostiene que actualmente la Ley de Tercerización carece de reglamento en aquellos extremos que fueron modificados por el Decreto Supremo 001-2022-TR.

Esta posición se sustenta, principalmente, en la regla prevista en el artículo 82 del Nuevo Código Procesal Constitucional, conforme a la cual la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no produce la recuperación automática de vigencia de las disposiciones que hubieran sido derogadas por ella.

Sobre esta base, se afirma que las modificaciones incorporadas por el Decreto Supremo 001-2022-TR sustituyeron el texto anterior contenido en el Decreto Supremo 006-2008-TR y que, una vez declarada la nulidad de la norma modificatoria, no existiría fundamento jurídico para considerar nuevamente vigente la regulación previa.

Según esta interpretación, la modificación normativa constituye una modalidad de derogación parcial. En consecuencia, la desaparición de la norma modificatoria no determinaría el restablecimiento automático del texto precedente, pues ello implicaría otorgar un efecto de reviviscencia que el ordenamiento procesal constitucional expresamente proscribiera.

Desde esta perspectiva, la sentencia de la Acción Popular habría dejado vigentes únicamente las normas con rango de ley –es decir, la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038–. Con ello, correspondería a los operadores jurídicos resolver las

controversias relativas a la tercerización a partir de dichas disposiciones legales, de los principios constitucionales y de la jurisprudencia existente sobre la materia.

Cabe señalar que esta interpretación encuentra apoyo adicional en una determinada lectura de la Ley 29245, según la cual la ley solo autoriza la tercerización de actividades especializadas y de obras, de manera que las actividades vinculadas al negocio principal de la empresa nunca habrían estado comprendidas dentro de los supuestos legalmente permitidos. Bajo dicho entendimiento, el Decreto Supremo 001-2022-TR no habría creado una prohibición nueva, sino que simplemente habría denominado como “núcleo del negocio” a aquellas actividades que la ley ya excluía de la tercerización. En consecuencia, la nulidad del Decreto Supremo 001-2022-TR no alteraría el alcance material del régimen legal vigente.

iii. La postura de la subsistencia parcial del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 006-2008-TR

Consideramos que la interpretación anterior presenta dificultades para ser sustentada cuando es contrastada con el contenido y la finalidad de la propia sentencia recaída en la Acción Popular 30989-2023-Lima.

En primer lugar, resulta relevante señalar que la Corte Suprema no declaró la nulidad del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 006-2008-TR. El pronunciamiento judicial se limitó a declarar la nulidad del Decreto Supremo 001-2022-TR, al considerar que esta norma había excedido los límites de la potestad reglamentaria y había introducido restricciones incompatibles con la Ley 29245.

La diferencia no es menor. Mientras el Decreto Supremo 006-2008-TR constituye el reglamento de desarrollo de la Ley de Tercerización, el Decreto Supremo 001-2022-TR tuvo como finalidad modificar determinados artículos de dicho primer reglamento, así como incorporar nuevas reglas vinculadas con el “núcleo del negocio”. La sentencia cuestionó precisamente estas modificaciones, mas no la existencia ni la validez del reglamento original.

En segundo lugar, el razonamiento desarrollado por la Corte Suprema parte constantemente de una comparación entre tres instrumentos normativos: la Ley 29245, el Decreto Legislativo 1038 y el Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 006-2008-TR. El tribunal concluye que la ilegalidad surge porque el Decreto Supremo 001-2022-TR alteró sustancialmente ese régimen previo al introducir la categoría de núcleo del negocio y prohibir formas de tercerización permitidas por la legislación vigente.

La propia lógica de la sentencia revela que la incompatibilidad identificada por la Corte Suprema no se encontraba en el reglamento original sino en las modificaciones incorporadas en el año 2022. De hecho, la resolución reconoce

expresamente que antes de dicha reforma el régimen reglamentario coexistía válidamente con la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038.

No obstante, ello no significa que las disposiciones originales modificadas por el Decreto Supremo 001-2022-TR recuperen automáticamente su vigencia. Por el contrario, debe tenerse presente que el artículo 82 del Nuevo Código Procesal Constitucional establece expresamente que la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no produce la recuperación de vigencia de las disposiciones que hubieran sido derogadas por ella.

En consecuencia, si bien la sentencia eliminó del ordenamiento jurídico las modificaciones introducidas por el Decreto Supremo 001-2022-TR, ello no implica necesariamente la reviviscencia automática de los textos reglamentarios que fueron sustituidos por dicha norma. Por tal motivo, consideramos que el verdadero debate no consiste en determinar si existe o no reglamento, sino en establecer cuáles de sus disposiciones continúan vigentes luego de la nulidad declarada por la Corte Suprema.

Un tercer elemento que se debe considerar es que la finalidad de la sentencia consistió en restablecer la jerarquía normativa vulnerada por el Decreto Supremo 001-2022-TR. El problema jurídico identificado por la Corte Suprema consistió en que el Poder Ejecutivo había incorporado restricciones inexistentes en la ley mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria. En consecuencia, la decisión estuvo orientada a eliminar dichas restricciones y no a privar de reglamentación a la Ley de Tercerización.

Desde esta perspectiva, la consecuencia jurídica de la sentencia no fue la desaparición total del reglamento ni el retorno íntegro al texto reglamentario anterior a 2022. Lo que produjo fue la expulsión del ordenamiento jurídico de las modificaciones incorporadas por el Decreto Supremo 001-2022-TR, dejando subsistente el Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 006-2008-TR en todos aquellos extremos que no fueron afectados por la modificación declarada nula.

iv. Nuestra posición: el régimen actualmente vigente

En vista de lo señalado previamente, consideramos que la interpretación más consistente con el contenido de la sentencia y con la estructura del sistema normativo peruano es aquella que reconoce la subsistencia parcial del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 006-2008-TR.

En efecto, la controversia resuelta por la Corte Suprema no tuvo por objeto cuestionar la validez del reglamento de desarrollo de la Ley de Tercerización, sino determinar si las modificaciones introducidas por el Decreto Supremo 001-2022-TR respetaban los límites de la potestad reglamentaria. La respuesta de la Sala

Suprema fue negativa, por lo cual se declaró la nulidad de dicha norma reglamentaria.

Sin embargo, también consideramos que los efectos de dicha nulidad deben analizarse de conformidad con el artículo 82 del Nuevo Código Procesal Constitucional. En consecuencia, no resulta correcto sostener que las disposiciones reglamentarias modificadas por el Decreto Supremo 001-2022-TR recuperaron automáticamente su vigencia como consecuencia de la sentencia de acción popular.

Por ello, discrepamos tanto de la posición que sostiene que actualmente no existe reglamento alguno en materia de tercerización, como de aquella que afirma que el texto reglamentario previo al año 2022 recobró íntegramente su vigencia.

En nuestra opinión, el régimen actualmente vigente en materia de tercerización se encuentra integrado por la Ley 29245, el Decreto Legislativo 1038 y el Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 006-2008-TR, en aquellos extremos que no fueron modificados por el Decreto Supremo 001-2022-TR. Respecto de las disposiciones que sí fueron objeto de modificación, la declaración de nulidad de la norma modificatoria no produjo la recuperación automática de los textos anteriores, en atención a lo dispuesto por el artículo 82 del Nuevo Código Procesal Constitucional. Por ello, la consecuencia jurídica de la sentencia no es la desaparición total del reglamento ni tampoco el retorno íntegro al texto reglamentario previo al año 2022, sino la subsistencia parcial del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 006-2008-TR.

Asimismo, consideramos que no resulta correcto afirmar que la Ley 29245, por sí sola, prohíba la tercerización de actividades vinculadas al núcleo del negocio. Una interpretación sistemática de la sentencia evidencia que la Corte Suprema consideró precisamente que dicha restricción fue incorporada por el Decreto Supremo 001-2022-TR y que carecía de sustento en una norma con rango legal. Sostener lo contrario implicaría reintroducir por vía interpretativa una limitación que fue expulsada del ordenamiento jurídico por vulnerar el principio de jerarquía normativa.

Desde esta perspectiva, la principal consecuencia de la sentencia no consiste en la desaparición total del reglamento de la tercerización, sino en la reafirmación de un principio fundamental del Estado constitucional: las restricciones sustanciales a una institución regulada por ley no pueden ser creadas mediante reglamentos, sino únicamente por normas con rango legal. La decisión constituye, por tanto, una delimitación de los límites de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo y una reafirmación de la supremacía de la ley dentro del sistema de fuentes del Derecho peruano.

Asimismo, la sentencia impide sostener que el concepto de “núcleo del negocio” continúe operando como una limitación material derivada directamente de la Ley 29245. La Corte Suprema concluyó precisamente que dicha categoría fue

incorporada por el Decreto Supremo 001-2022-TR sin respaldo legal suficiente. En consecuencia, cualquier intento de reconstruir esa restricción a partir de una interpretación extensiva de la ley supondría reintroducir indirectamente una limitación que fue expulsada del ordenamiento jurídico por vulnerar el principio de jerarquía normativa.

VI. Conclusión

Como hemos podido desarrollar, la tercerización no constituye únicamente una técnica empresarial, sino un fenómeno que incide directamente en la estructura del Derecho del Trabajo; puesto que tensiona el modelo clásico de relación laboral (basado en la existencia de un único empleador y un trabajador subordinado). En ese sentido, su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico ha generado un amplio debate en torno a sus efectos. Mientras una postura destaca sus beneficios en términos de eficiencia, competitividad y generación de empleo, otra advierte riesgos de precarización laboral derivados de la fragmentación de responsabilidades y la debilitación de derechos fundamentales.

Asimismo, el contexto político y la falta de diálogo social durante la emisión del Decreto Supremo 001-2022-TR generaron dudas sobre su legitimidad y abrió el debate sobre los límites de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo. En cuanto a su contenido, la norma transformó el régimen vigente al prohibir la tercerización de actividades vinculadas al “núcleo del negocio”, desplazando el criterio basado en la autonomía empresarial y reduciendo significativamente su alcance. No obstante, la indeterminación de este concepto generó incertidumbre jurídica.

Ante su entrada en vigor, múltiples empresas que implementaban en sus estructuras organizacionales sistemas de tercerización interpusieron procesos de amparo alegando su carácter autoaplicativo y la vulneración de derechos como la libertad de empresa, la libertad de contratación, la seguridad jurídica y el principio de jerarquía normativa. Sin embargo, el Tribunal Constitucional adoptó una posición distinta y validó la constitucionalidad de la norma, enfatizando la función protectora del Derecho del Trabajo y la legitimidad de establecer límites a la tercerización para evitar su desnaturalización, aun cuando dejó abierta la interpretación del concepto de “núcleo del negocio”. Paralelamente, INDECOPI cuestionó la medida desde una perspectiva administrativa, calificando la prohibición como una barrera burocrática ilegal y disponiendo su inaplicación con efectos generales. Esta situación restringió significativamente su eficacia en la práctica.

No obstante, lo anterior, la controversia fue definitivamente resuelta en la Acción Popular 30989-2023-Lima, en la que la Corte Suprema declaró la nulidad integral del Decreto Supremo 001-2022-TR al concluir que el Poder Ejecutivo había excedido los límites de su potestad reglamentaria y vulnerado el principio de jerarquía normativa. En su desarrollo, la Corte Suprema sostuvo que la ley

permitía la tercerización de actividades incluso dentro del proceso productivo principal, por lo que la introducción del concepto de “núcleo del negocio” y la prohibición asociada constituían una restricción no autorizada por el legislador.

Tras la sentencia recaída en la Acción Popular, si bien existe consenso en que el Decreto Supremo 001-2022-TR fue expulsado del ordenamiento, surgió una controversia en torno a los efectos de dicha decisión sobre la regulación vigente de la tercerización. Una postura sostiene que actualmente solo subsisten la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038, mientras que otra reconoce la subsistencia parcial del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 006-2008-TR.

Tomando en cuenta el contenido de la sentencia y lo dispuesto por el artículo 82 del Nuevo Código Procesal Constitucional, consideramos que la interpretación más consistente es aquella que reconoce que la Corte Suprema no declaró la nulidad del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 006-2008-TR, pero que tampoco produjo la recuperación automática de las disposiciones reglamentarias modificadas por el Decreto Supremo 001-2022-TR. Así, el efecto de la sentencia no fue ni la desaparición total del reglamento ni el retorno íntegro al texto reglamentario anterior a 2022.

Asimismo, consideramos que la Ley 29245 no puede ser interpretada en el sentido de prohibir por sí misma la tercerización de actividades vinculadas al denominado núcleo del negocio. La Corte Suprema, precisamente, concluyó que dicha categoría y la restricción asociada a ella fueron incorporadas por el Decreto Supremo 001-2022-TR sin respaldo legal suficiente. Por ello, admitir que la prohibición subsiste implícitamente en la ley supondría reintroducir, por vía interpretativa, una limitación que fue expulsada del ordenamiento jurídico por vulnerar el principio de jerarquía normativa.

En definitiva, la principal enseñanza que deja esta controversia trasciende la discusión sobre la tercerización laboral. La sentencia reafirma que las restricciones sustanciales a la libertad de organización empresarial deben ser establecidas por el legislador y no por el Poder Ejecutivo mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria. Asimismo, pone de relieve la necesidad de una futura intervención normativa que otorgue certeza respecto de los alcances de la regulación actualmente aplicable y reduzca la incertidumbre generada por los efectos de la nulidad del Decreto Supremo 001-2022-TR.

Informalidad y seguridad social: pasado, presente y futuro

Nicole Isabel Vera Trujillo*

Resumen. - El presente artículo analiza la relación entre el modelo de seguridad social peruano y la informalidad laboral. Mediante un análisis temporal que abarca los orígenes del sistema, su aplicación actual y los desafíos futuros, se demuestra que la informalidad y la falta de acceso a la seguridad social son dos manifestaciones de un mismo problema estructural. Por ello, se propone transitar hacia un modelo de protección social capaz de responder a la realidad del mercado laboral peruano.

Palabras clave. - Seguridad social – Informalidad laboral – Protección social – Sistema de pensiones.

Abstract. - This article analyzes the relationship between the Peruvian social security model and labor informality. Through a temporal analysis covering the origin of the system, its current application, and future challenges, it demonstrates that informality and the lack of access to social security are two manifestations of the same structural problem. For this reason, it proposes a transition toward a social protection model capable of responding to the reality of the Peruvian labor market.

Keywords. - Social security – Labor informality – Social protection – Pension system.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada del Área de Consultoría en Vinatea & Toyama. La autora señala que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de la entidad para la cual presta sus servicios profesionales.

I. Introducción

De acuerdo con la Encuesta Permanente de Empleo Nacional del Instituto Nacional de Estadística e Informática, en el periodo octubre 2024 - septiembre 2025, el 70,6% de la población ocupada tenía un empleo informal (INEL, 2025). Es decir, siete de cada diez trabajadores no solo carecen de beneficios laborales, sino que se encuentran fuera de todo mecanismo de seguridad social. Asimismo, solo el 33,8% de los adultos mayores cuenta con alguna cobertura del sistema de pensiones; el 62,2% restante no tiene protección previsional alguna y vive en condición de pobreza¹. Del mismo modo, a nivel regional, el Perú es el segundo país con menor cobertura previsional en Sudamérica, muy por debajo de Uruguay (78,5%), Chile (60,2%) y Argentina (46,2%)².

Esta realidad no es casualidad; por el contrario, responde a un diseño heredado del modelo de Bismarck que condiciona la protección social a la existencia de una relación laboral formal. En otras palabras, el modelo de seguridad social peruano fue construido bajo la premisa de que el mercado laboral sería predominantemente formal, una premisa que, como se verá a lo largo del artículo, nunca se cumplió.

Como señala Abanto Revilla (2014): “resulta más adecuado hablar de seguro social antes que seguridad social pues justamente es dicho modelo el que se ha mantenido en el tiempo, brindando protección directa exclusivamente a los trabajadores formales”³. En efecto, cuando más del 70% de la fuerza laboral opera desde la informalidad, un sistema pensado únicamente para asalariados estables deja fuera a la mayoría.

La informalidad peruana no es un fenómeno reciente ni pasajero. Según datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática sistematizados por el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (2025), entre 2011 y 2024 la tasa de empleo informal se mantuvo persistentemente por encima del 70%, con una reducción mínima de 75,1% a 72,7% en 2019, que la pandemia del COVID-19 revirtió hasta un 76,8% en 2021⁴. Sobre esto último, resulta importante resaltar lo que señala Pérez Coaguila (2024), respecto de que la crisis sanitaria no provocó el paso de trabajadores formales a la informalidad; lo que hizo fue expulsar a una gran

¹ PAITÁN MARTÍNEZ, J. (2024). Retos del sistema de pensiones en el siglo XXI. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 929-956).

² ABANTO REVILLA, C. (2014). La informalidad, los trabajadores independientes y los regímenes previsionales. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 781-803).

³ *Idem*.

⁴ CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO - OBSERVATORIO NACIONAL DE PROSPECTIVA. (2025). *Persistencia de la informalidad laboral y del empleo vulnerable*. Observatorio Nacional de Prospectiva.

cantidad de trabajadores informales fuera de la fuerza de trabajo, quienes, al reincorporarse, lo hicieron en condiciones aún más precarias⁵.

Frente a este panorama, el presente artículo tiene como objetivo analizar la relación entre el modelo de seguridad social implementado en nuestro país y la informalidad laboral. Para ello, se propone una aproximación temporal que articula la evolución histórica del sistema, la realidad actual y los desafíos que enfrenta en el futuro.

II. Marco conceptual

i. El fenómeno de la informalidad

El término “sector informal” fue acuñado por la Organización Internacional del Trabajo en 1972 en un informe sobre Kenia, cuya idea central era que en los países en desarrollo el problema principal no era el desempleo, sino la existencia de millones de trabajadores ocupados que recibían ingresos insuficientes y trabajaban en condiciones precarias⁶. En América Latina, el Programa Regional del Empleo para América Latina y el Caribe de la Organización Internacional del Trabajo impulsó este concepto durante los años setenta, concluyendo que el sector informal surgía por la incapacidad del sector moderno de la economía para absorber toda la mano de obra disponible⁷.

Por tanto, no se trataba de una población desocupada, sino de personas que, pese a trabajar, lo hacían al margen de la economía formal, en actividades de pequeña escala, sin registro, sin contratos y sin protección alguna.

Sin embargo, con el tiempo, el concepto evolucionó. La propia Organización Internacional del Trabajo reconoció que hablar solo de “sector informal” resultaba insuficiente, ya que la informalidad no se limitaba a las empresas, sino que también estaba presente en los puestos de trabajo. Un trabajador puede estar empleado en una empresa formal y, sin embargo, no tener contrato, no figurar en planilla y carecer de seguro de salud o pensiones.

Por ello, en 2003, la Organización Internacional del Trabajo introdujo el concepto de “empleo informal”, definido como aquel en el que la relación de trabajo “no está sujeta a la legislación laboral nacional, el impuesto sobre la renta, la protección social o determinadas prestaciones relacionadas con el empleo”⁸. En el Perú, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (2024), el 14,7% de los

⁵ PÉREZ COAGUILA, J. C. (2024). Impacto del COVID-19 en el empleo y las transiciones a la formalidad laboral en el Perú. *Desafíos: Economía y Empresa*, (6), 99-117 pp.

⁶ MARTÍNEZ, D., & INFANTE, R. (2019). *La informalidad en la visión de la OIT: evolución y perspectivas para América Latina*. Organización Internacional del Trabajo.

⁷ *Idem*.

⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2003). *Directrices sobre una definición estadística de empleo informal*. XVII Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo.

trabajadores informales en 2023 se encontraba justamente en esta situación: trabajando dentro de empresas formales, pero sin ningún beneficio social⁹.

Por esta razón, el presente artículo utiliza el concepto de empleo informal como categoría central, ya que permite comprender con claridad la conexión entre informalidad y seguridad social, como se abordará más adelante.

ii. Los modelos de Bismarck y Beveridge

Los sistemas de protección social se han organizado históricamente en torno a dos modelos. El primero es el modelo de Bismarck, nacido en Alemania a fines del siglo XIX. En este modelo, tanto el trabajador como el empleador realizan aportes periódicos sobre el salario, y a cambio el trabajador recibe prestaciones cuando no puede seguir trabajando, ya sea por vejez, enfermedad o invalidez. El sistema funciona bien cuando la mayoría de la población trabaja de manera formal y estable, porque depende de esos aportes para sostenerse. Como señala el informe de la Representación Empresarial del Banco de Previsión Social (2019): “en los modelos de base bismarckiana el objetivo central está en la sustitución de ingresos de actividad por ingresos brindados mediante el esquema de cobertura”¹⁰.

El segundo modelo fue desarrollado por Beveridge en Gran Bretaña tras la Segunda Guerra Mundial. Su premisa es distinta ya que la protección no depende del empleo, sino que se financia con impuestos generales y ofrece prestaciones básicas iguales para todos, orientadas a prevenir la pobreza¹¹. En tal sentido, las prestaciones no dependen del salario o aporte del trabajador, sino que son de monto fijo y de alcance universal.

América Latina y, específicamente, el Perú, adoptaron mayoritariamente el modelo de Bismarck. Esto significó que el acceso a la seguridad social quedó condicionado a tener un empleo formal con aportes regulares; quien no estuviera declarado en planilla quedaba, en la práctica, fuera del sistema.

Como explica Salazar Borrego (2004), los países de la región adoptaron “programas de seguridad social inspirados en el modelo Bismarkiano (...); sistema con el cual se promocionaba la unidad nacional y el estímulo al desarrollo capitalista bajo la égida del Estado Fuerte”. Sin embargo, estos programas:

no se desarrollaron sobre la base de un sistema integrado de prestaciones, que otorgará cobertura a toda la población, sino que por el contrario, fueron el resultado de numerosos programas de pensiones, seguros contra

⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. (2024). *Producción y empleo informal en el Perú. Cuenta Satélite de la Economía Informal 2022-2023*.

¹⁰ REPRESENTACIÓN EMPRESARIAL DEL BANCO DE PREVISIÓN SOCIAL. (2019). *El futuro del trabajo y su impacto en la Seguridad Social*.

¹¹ *Idem*.

accidentes de trabajo, seguro médico y asignaciones familiares, que protegían a determinados grupos de trabajadores y empleados¹².

En el caso peruano, desde la Ley de Goces de 1850 hasta hoy, la regulación previsional se ha basado en el régimen contributivo. Lo que tenemos no es propiamente un sistema de seguridad social, sino un seguro social que protege a quien cotiza y excluye a quien no lo hace. El resultado es lo que Gallego (como se cita en Paitán Martínez, 2024) describe como:

un sistema que no encaja [del todo] en ninguno de los modelos teóricos tradicionales, tanto el de Bismarck (modelo contributivo, donde las aportaciones de los participantes del modelo financian los beneficios de esos mismos participantes, excluyendo a los que quedan afuera) como es el de Beveridge (modelo no contributivo donde la financiación proviene de impuestos generales y los beneficios tienden a ser universales)¹³.

La consecuencia de ello es directa: si para acceder a una pensión se necesita un empleo formal con cotizaciones regulares y más del 70% de los trabajadores peruanos son informales, entonces el sistema deja fuera a la mayoría.

Frente a estas limitaciones, la Organización Internacional del Trabajo ha promovido una evolución conceptual importante. El Convenio 102 (1952) amplió la noción de seguridad social al admitir la combinación de mecanismos contributivos y no contributivos. Más recientemente, la Recomendación 202 (2012) introdujo el concepto de protección social, orientado a garantizar a todas las personas un piso mínimo de seguridad económica y acceso a servicios de salud durante todo su ciclo de vida, con independencia de su situación laboral. Como sostiene Mangarelli (2021), “la protección social no tiene un sentido paternalista, sino que se trata de un derecho de la persona, de un derecho humano fundamental”¹⁴.

iii. La informalidad como un problema de la seguridad social (y viceversa)

La relación entre informalidad y seguridad social no va en una sola dirección; por el contrario, es circular y opera en al menos tres sentidos. En primer lugar, la informalidad genera la exclusión del acceso a la seguridad social, ya que quien trabaja informalmente no cotiza ni accede a prestaciones frente a contingencias como la vejez o la invalidez.

En segundo lugar, la propia seguridad social puede generar informalidad, dado que los costos de las contribuciones de los empleadores pueden desincentivar la

¹² SALAZAR BORREGO, N. (2004). Mercado de trabajo e informalidad en la Seguridad Social latinoamericana. *Revista Gaceta Laboral*, 10(3), 297-320 pp.

¹³ Citado por PAITÁN MARTÍNEZ, J. (2024). Retos del sistema de pensiones en el siglo XXI. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 929-956).

¹⁴ MANGARELLI, C. (2021). Desafíos de la Seguridad Social y de la Protección Social. Presente y Futuro. *Revista de la Facultad de Derecho*.

contratación formal, sobre todo en las micro y pequeñas empresas. En tercer lugar, la existencia de programas asistenciales gratuitos puede reducir el incentivo para formalizarse. Un ejemplo de ello, más allá del ámbito previsional, es el Seguro Integral de Salud, respecto del cual León (2012) señala que ofrecer cobertura sin exigir cotización puede tener “posibles efectos en las decisiones de ocupación y de formalización de las microempresas debido a los costos asociados al sistema de seguridad social”¹⁵.

El resultado de esta dinámica es un círculo difícil de romper, en tanto la informalidad reduce los aportes que sostienen la seguridad social y, al mismo tiempo, la seguridad social contributiva, al condicionar la protección a una forma de empleo que abarca solo a una minoría, perpetúa la exclusión. Según la Organización Internacional del Trabajo (2021), el criterio que se utiliza en la mayoría de los países de la región para determinar si un empleo asalariado es informal es precisamente “el de acceso a protección social como consecuencia de su relación laboral”¹⁶.

Esto significa que la informalidad y la falta de acceso a la seguridad social no son dos problemas distintos, sino dos manifestaciones de un mismo fenómeno. Tenerlo presente es esencial, porque implica que no se puede pensar en reformar la seguridad social sin abordar al mismo tiempo la informalidad y viceversa.

III. El pasado

i. La seguridad social en el Perú: una historia de cobertura limitada

Como se explicó en el capítulo anterior, el Perú adoptó el modelo de Bismarck de seguridad social; es decir, un sistema en el que la protección depende de los aportes que trabajadores y empleadores realizan. Este modelo fue pensado para economías donde la mayoría de las personas trabaja de manera asalariada y formal.

Sin embargo, esa nunca fue la realidad peruana. De acuerdo con Távara, Gónzales de Olarte y Del Pozo (2014), la estructura del empleo en el Perú se ha mantenido inalterada durante medio siglo, con los sectores de alta productividad generando menos del 10% del empleo total, mientras que los sectores de baja productividad generaban entre el 70% y el 80%¹⁷. En un país con esa estructura productiva, condicionar la seguridad social al empleo formal significó, desde el inicio, dejar afuera a la mayoría.

¹⁵ LEÓN, J. (2012). *Educación, seguridad social y mercados de trabajo en el Perú* (pp. 225-331). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2021). *Empleo e informalidad en América Latina y el Caribe: una recuperación insuficiente y desigual*.

¹⁷ DEL POZO, J. M., GONZÁLEZ DE OLARTE, E., & TÁVARA, J. I. (2014). *Heterogeneidad estructural y articulación productiva en el Perú: evolución y estrategias*.

La seguridad social en el Perú no nació como un sistema universal; por el contrario, desde su origen fue concebida para proteger únicamente a un segmento específico de la fuerza laboral: los asalariados formales. En agosto de 1936, se creó el Seguro Social Obrero Obligatorio mediante la Ley 8433, cuya finalidad era cubrir pensiones y proteger la salud de los obreros. Con el tiempo se fueron incorporando otros grupos como empleados, servidores públicos y militares, pero cada grupo ingresó con su propia legislación y sus propias condiciones, lo que generó un sistema fragmentado.

En 1973, mediante el Decreto Ley 19990 se creó el Sistema Nacional de Pensiones, que buscó unificar los distintos regímenes existentes. Ese mismo año, se fusionó el Seguro Obrero y el Seguro Social del Empleado en una sola entidad. En 1980 se creó el Instituto Peruano de Seguridad Social, para administrar tanto las pensiones como la salud. Sin embargo, como señalan Velazco y Gamero (2011) “el acceso a la cobertura de los riesgos sociales: desempleo, incapacidad física por razones de salud y retiro por edad, estaba asociado a la condición de formalidad; esto es ser un asalariado declarado en planilla”¹⁸. El sistema en el Perú crecía en complejidad institucional, pero su alcance real seguía limitado al mismo grupo de trabajadores formales.

La crisis económica de fines de los años ochenta terminó de evidenciar la fragilidad de este modelo. La hiperinflación destruyó el valor de las cotizaciones, el Instituto Peruano de Seguridad Social se descapitalizó y las prestaciones se deterioraron gravemente. Velazco y Gamero (2011) describen dicho momento con precisión: “en setiembre de 1988, el tránsito a la hiperinflación se iniciaba y con ello la caída del salario real, el aumento de la informalidad y la quiebra de las finanzas públicas”¹⁹.

Paralelamente, la informalidad se expandió como estrategia de supervivencia. Las migraciones al interior del país, aceleradas desde la década de los setenta y agravadas por el terrorismo de los ochenta, generaron economías urbanas al margen del Estado. En efecto, como señala Abanto Revilla (2014), la informalidad en el Perú “se incrementó desde finales de los setenta a raíz de factores diversos como la migración masiva del campo por la centralización o el terrorismo, el abandono de la zona rural por el Estado, entre otras razones”²⁰. Para fines de esa década, el sector informal ya constituía más de la mitad del empleo urbano en Lima Metropolitana.

ii. Las reformas de los noventa

La respuesta del gobierno en los años noventa fue una reforma estructural del sistema previsional. En 1993 se creó el Sistema Privado de Pensiones, mediante el

¹⁸ VELAZCO, T., & GAMERO, J. (2011). *Empleo informal y políticas de protección social en Perú. Retos y oportunidades para el nuevo gobierno*. Consorcio de Investigación Económica y Social.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ ABANTO REVILLA, C. (2014). La informalidad, los trabajadores independientes y los regímenes previsionales. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 781-803).

Decreto Ley 25897, administrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones. Desde entonces, el Perú tiene un modelo paralelo; por un lado, el Sistema Nacional de Pensiones, administrado por la Oficina de Normalización Previsional y basado en el reparto; por otro, el Sistema Privado de Pensiones, administrado por entidades privadas y basado en el ahorro individual. Al respecto, Paitán Martínez (2024) describe el resultado como un modelo “sui generis” que “no encaja en ninguno de los modelos teóricos tradicionales, tanto el de Bismarck (...) como el de Beveridge”²¹.

Sin embargo, lo que no cambió con la reforma fue la premisa de fondo, ya que para acceder a una pensión sigue siendo necesario tener un empleo formal y cotizar de manera regular. La reforma buscó mejorar la sostenibilidad financiera del sistema y desarrollar el mercado de capitales, pero no se propuso ampliar la cobertura a quienes estaban fuera del empleo formal. El resultado ha sido claro, conforme señalan Casalí y Pena (2020) “en el ámbito social, el esquema implementado a partir de la reforma no ha cumplido con las expectativas sobre ampliación de la cobertura y calidad de las prestaciones”²². En efecto, para 2018, solo el 26% de la población ocupada cotizaba regularmente al sistema de pensiones, una cifra muy por debajo del promedio latinoamericano de 44,6%²³.

En materia laboral, las reformas fueron igual de ambiciosas, pero limitadas en sus resultados. En 1991 se promulgó el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo que otorgaba mayor flexibilidad en la contratación mediante la reducción de las indemnizaciones por despido y la facilidad de acordar contratos a tiempo parcial. La premisa era que al reducir los costos de ser formal, las empresas formalizarían a sus trabajadores.

Sin embargo, la data evidencia todo lo contrario. Según datos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo sistematizados por Nunura y Flores (2001), el empleo formal en Lima Metropolitana pasó del 46% en 1990 al 37,5% en 2000, mientras que el informal subió del 54% al 62,5%²⁴.

El fracaso de la flexibilización laboral como herramienta de formalización se explica porque la informalidad peruana no responde principalmente a los costos de la formalidad sino a la estructura productiva del país. Investigaciones posteriores, como la de Tello, lo demuestran, señalando que el 93,8% de los trabajadores desea laborar en condiciones de formalidad plena, pero que solo el 13,9% puede hacerlo, mientras que “para transformar los trabajos informales en

²¹ PAITÁN MARTÍNEZ, J. (2024). Retos del sistema de pensiones en el siglo XXI. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 929-956).

²² CASALÍ, P., & PENA, H. (2020). *El futuro de las pensiones en el Perú. Un análisis a partir de la situación actual y las Normas Internacionales del Trabajo*. Organización Internacional del Trabajo.

²³ *Idem*.

²⁴ NUNURA, J., & FLORES, R. (2001). *El empleo en el Perú: 1990-2000*. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

formales las estrategias de reducir los costos laborales, de transacción y el IGV solamente tendrían efectos marginales”²⁵.

Los datos de la Encuesta Nacional de Demanda Ocupacional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo refuerzan este punto. Las principales razones que dan las empresas para contratar son el incremento del nivel de producción con un 64,8% y el incremento de la demanda con un 35,9%, mientras que la legislación laboral favorable a la contratación aparece entre las últimas razones, con apenas el 1%²⁶.

Esta evidencia tiene implicancias directas para el sistema de seguridad social. Si la informalidad no responde significativamente a la reducción de costos laborales ni a la flexibilización normativa, entonces las reformas previsionales que operan dentro de la lógica contributiva, ya sea bajo gestión pública o privada, seguirán reproduciendo la exclusión.

Ahora bien, lo cierto es que en las décadas siguientes se incorporaron algunos mecanismos complementarios. En 2011 se implementó Pensión 65, un programa no contributivo que otorga una pensión a adultos mayores en situación de extrema pobreza. Y en 2012, mediante la Ley 29903, se intentó afiliar obligatoriamente a los trabajadores independientes al sistema de pensiones, pero la medida fue suspendida un año después ante la fuerte resistencia social²⁷.

Pese a ello, ninguna de estas medidas logró resolver el problema central: la desconexión estructural entre un sistema contributivo y un mercado laboral mayoritariamente informal.

iii. La paradoja de la protección: un sistema que protege a quienes menos lo necesitan

Todo lo descrito hasta aquí permite llegar a una conclusión incómoda pero necesaria, el sistema de seguridad social peruano no es un sistema que “funciona mal”; es un sistema que produce exactamente lo que su diseño permite producir. Si la protección se condiciona a tener un empleo formal y el empleo formal abarca a menos de un tercio de la población económicamente activa, entonces la exclusión de la mayoría no es un error, sino un resultado previsible.

En ese sentido, lo que ocurre en el Perú es lo que Abanto Revilla (2014) denomina la paradoja de la protección: “los grupos menos vulnerables (trabajadores formales) son los que se encuentran más protegidos, y los que laboran de manera independiente y en la informalidad terminan subsidiando, con sus impuestos, el pago de las pensiones de terceros, a pesar de que ellos nunca podrán percibir dicho

²⁵ KAMICHI MIYASHIRO, M. J. (2023). La realidad de la informalidad en el Perú previo a su bicentenario. *Desde el Sur*, 15(1), 1-18 pp.

²⁶ *Idem*.

²⁷ ABANTO REVILLA, C. (2014). La informalidad, los trabajadores independientes y los regímenes previsionales. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 781-803).

beneficio”²⁸. En efecto, el Estado financia anualmente el déficit del Sistema Nacional de Pensiones con recursos del Tesoro Público, que provienen en buena medida de impuestos indirectos como el impuesto general a las ventas, pagados por todos los ciudadanos por igual, incluidos aquellos que jamás accederán a una pensión. En este tipo de sistema, la solidaridad opera en sentido inverso, de los más pobres hacia los más protegidos.

Las estrategias de formalización implementadas hasta ahora no han logrado revertir esta situación, entre otras razones, porque han asumido que el problema es de costos regulatorios cuando en realidad es de estructura productiva.

Como señala Abanto Revilla (2014):

la baja cobertura subjetiva depende de las características del mercado laboral, así como de las empresas e instituciones del país, pues más de dos tercios de la PEA trabaja informalmente o por cuenta propia, existiendo una mayoría de pequeñas y microempresas (...) incapaces de contratar formalmente a sus trabajadores, a lo cual se suma una legislación que hace innecesariamente costosa la formalización²⁹.

La ley MYPE, que busca incentivar la formalización en las microempresas, es un ejemplo ilustrativo, en la medida en que apenas 61 mil empresas se acreditaron para acogerse a sus beneficios³⁰. Por tanto, mientras no se diseñe un modelo de protección que funcione con independencia de la formalidad laboral, la exclusión seguirá siendo la regla y no la excepción.

IV. El presente

i. Radiografía actual de la informalidad y el acceso a la seguridad social

En los capítulos anteriores, se demostró que el sistema de seguridad social peruano fue diseñado para un mercado laboral formal que nunca fue mayoritario, y que las reformas de los noventa no corrigieron esa falla de origen. Corresponde ahora examinar si la situación ha cambiado en las últimas dos décadas o si, por el contrario, los datos actuales confirman la persistencia del problema.

Al respecto, los números son contundentes. Según la Cuenta Satélite de la Economía Informal del Instituto Nacional de Estadística e Informática, en 2024 existían 17 millones 323 mil empleos en el Perú, de los cuales el 70,9% era informal³¹. Esto significa que tres de cada cuatro trabajadores de la población

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ VELAZCO, T., & GAMERO, J. (2011). *Empleo informal y políticas de protección social en Perú. Retos y oportunidades para el nuevo gobierno*. Consorcio de Investigación Económica y Social.

³¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. (2025). *Informe Técnico: Condiciones de Vida en el Perú. III Trimestre 2025*.

económicamente activa ocupada se desempeñaban sin seguridad social, sin gratificaciones y sin vacaciones pagadas.

Sin embargo, es importante tomar en cuenta que la distribución de esta informalidad no es uniforme. La brecha territorial es altamente pronunciada; mientras que en el área urbana la tasa de informalidad alcanza el 65,4%, en el ámbito rural supera el 94,5%. Dicho de otro modo, en las zonas rurales prácticamente la totalidad de la fuerza laboral opera al margen de la seguridad social. Desde la perspectiva de género, las mujeres presentan una tasa de informalidad de 73,3% frente al 69,1% de los hombres. A nivel etario, la población joven de 14 a 24 años registra la tasa más alta, con un 85,2% de empleo informal. Y por nivel educativo, la informalidad alcanza el 94,6% entre quienes solo tienen educación primaria, frente al 46,3% en la población con educación superior³².

Estas cifras no son solo indicadores laborales, sino también indicadores de exclusión de la seguridad social, en tanto cada trabajador informal es una persona sin acceso a pensiones, sin compensación por tiempo de servicios, sin gratificaciones y, en la mayoría de los casos, sin un seguro de salud contributivo.

Lo que estos datos revelan es que el sistema de seguridad social peruano sigue operando como si la formalidad fuera la norma cuando en realidad es la excepción. En efecto, el 70,9% de la población económicamente activa ocupada está fuera del sistema contributivo. Paitán Martínez (2024) sintetiza el problema al señalar que “ser trabajador informal en el Perú es estar excluido de cualquier mecanismo de protección social, sin acceso a ninguna pensión, en sobremanera cuando llegues a la etapa de la vejez”³³.

ii. El impacto del COVID-19 en el empleo y la protección social

La pandemia de la COVID-19 además de los grandes retos que significó para la salud pública, hizo visibles las grandes deficiencias en el sistema laboral y el de seguridad social. En 2020, la población ocupada se redujo en 2,2 millones de personas. Asimismo, el segundo trimestre de ese año fue particularmente crítico, ya que el empleo formal cayó un 38,6% y el informal un 33,4%³⁴. A diferencia de crisis anteriores, donde la informalidad solía funcionar como amortiguador, al absorber a los trabajadores que perdían empleos formales, durante la pandemia ambos tipos de empleo se desplomaron simultáneamente.

Al respecto, la Organización Internacional del Trabajo (2021) documentó que “tanto el empleo formal como el informal experimentaron contracciones muy

³² *Idem.*

³³ PAITÁN MARTÍNEZ, J. (2024). Retos del sistema de pensiones en el siglo XXI. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 929-956).

³⁴ PÉREZ COAGUILA, J. C. (2024). Impacto del COVID-19 en el empleo y las transiciones a la formalidad laboral en el Perú. *Desafíos: Economía y Empresa*, (6), 99-117 pp.

pronunciadas, pero el segundo con mayor intensidad que el primero”³⁵. Sin embargo, los trabajadores informales, al carecer de contratos y de protección social efectiva, fueron los más fáciles de expulsar del mercado laboral.

Pero lo más revelador no fue la caída, sino la recuperación. De acuerdo con Pérez Coaguila (2024) “en el 2021, el 86,9% de la recuperación del empleo de Perú provino de ocupaciones informales”³⁶. Los trabajadores que habían sido expulsados de la fuerza laboral regresaron, pero no a empleos formales con protección social, sino a ocupaciones precarias, sin contrato, sin seguro y sin pensiones.

En ese sentido, lo que ocurrió fue que los trabajadores formales transitaron mayoritariamente hacia la inactividad y la desocupación, mientras que la recuperación posterior se canalizó casi íntegramente a través del empleo informal. Entre 2019 y 2022, solo el 15,6% de los ocupados formales permanecían en su puesto, frente al 30,2% de los informales³⁷. Las mujeres, por su parte, experimentaron un impacto diferenciado: mayor tránsito hacia la inactividad, menores niveles de permanencia en el empleo y bajos niveles de transición hacia la formalidad³⁸.

Estos datos ponen en evidencia que lo que trajo consigo la pandemia en el ámbito de la seguridad social no fue un fenómeno nuevo, sino la confirmación de que la informalidad opera como mecanismo de ajuste del mercado laboral peruano. Cuando la economía se contrae, los informales son los primeros en perder el empleo y los últimos en acceder a redes de protección y, cuando la economía se recupera, la reactivación se canaliza predominantemente por la vía informal. En ambos escenarios, el sistema contributivo de seguridad social resulta insuficiente para la mayoría.

Lo que la pandemia puso en evidencia, en definitiva, es que el Perú enfrentó una crisis sanitaria y económica sin precedentes con un sistema de protección social diseñado principalmente para la población formal. En ese sentido, la lección es clara: un modelo de seguridad social que excluye al 70% de los trabajadores no puede funcionar como red de protección frente a una crisis como la ocasionada por la pandemia del COVID-19.

Como concluye Pérez Coaguila (2024) “no todos los efectos negativos de la pandemia se diluyeron en la fase de recuperación”, y los datos más recientes revelan que se generó:

³⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2021). *Empleo e informalidad en América Latina y el Caribe: una recuperación insuficiente y desigual*.

³⁶ PÉREZ COAGUILA, J. C. (2024). Impacto del COVID-19 en el empleo y las transiciones a la formalidad laboral en el Perú. *Desafíos: Economía y Empresa*, (6), 99-117 pp.

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Idem*.

mayor informalidad, con diferencias notables en ingresos laborales, en mujeres, personas jóvenes (15-24 años), ocupados en pequeñas unidades productivas (de 2 a 10 trabajadores), trabajadores independientes y trabajadoras del hogar, quienes requieren una atención específica en el diseño de políticas o estrategias que apunten a mejorar la situación de estos grupos poblacionales³⁹.

Esta atención específica, sin embargo, no puede limitarse a ajustes dentro del modelo contributivo. Por el contrario, requiere repensar la lógica misma del sistema; en ese sentido, el siguiente capítulo analizará los desafíos futuros que se suman al problema y explorará los elementos necesarios para una refundación del sistema.

V. El futuro

i. El futuro del trabajo: plataformas digitales y automatización

Los capítulos anteriores han demostrado que el sistema de seguridad social peruano ya presenta serias dificultades para proteger a quienes trabajan fuera de una relación laboral formal. El problema es que el futuro del trabajo no parece corregir esa brecha entre empleo y protección social; por el contrario, tiende a ampliarla. Si el modelo contributivo fue diseñado sobre la figura del trabajador asalariado y estable, las nuevas formas de trabajo erosionan precisamente esas características.

El trabajo en plataformas digitales es el ejemplo más claro. La denominada *gig economy* permite generar ingresos a través de servicios organizados por aplicaciones o plataformas digitales, pero normalmente lo hace bajo fórmulas contractuales que presentan al trabajador como independiente, socio o colaborador. Esa calificación no es solo un problema laboral, sino que tiene consecuencias directas en la seguridad social. Si no existe un empleador reconocido, no hay obligación clara de aportar; si no hay aporte, no hay pensión; y, en consecuencia, se reproduce la misma exclusión que el artículo ha venido identificando, pero bajo una forma más moderna.

Paitán Martínez (2024) advierte esta tensión con claridad al señalar que, en el Perú y en varios países de la región, “al estar la protección social focalizada en el empleo formal, automáticamente, los trabajadores de plataformas virtuales quedan excluidos de acceder a las pensiones”⁴⁰. Esta afirmación es clave porque muestra que el trabajo mediante plataformas digitales no crea un problema nuevo, sino que profundiza uno antiguo: la dependencia del sistema respecto de la relación laboral formal. La novedad está en que ahora la informalidad puede presentarse con

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ PAITÁN MARTÍNEZ, J. (2024). Retos del sistema de pensiones en el siglo XXI. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 929-956).

tecnología y alta organización empresarial, pero sin protección previsional efectiva.

A ello se suma la automatización, ya que la digitalización, la inteligencia artificial y los nuevos modelos de organización productiva no solo modifican el tipo de trabajo disponible, sino también la forma en que se financia la seguridad social. Si una economía produce más con menos trabajo humano, o si buena parte del ingreso se desplaza desde el salario hacia el capital, el financiamiento basado exclusivamente en cotizaciones laborales se vuelve cada vez más limitado. El Informe sobre el futuro del trabajo y la seguridad social advierte que los sistemas basados en el modelo de Bismarck y Beveridge “han sido diseñados pensando en la sociedad industrial clásica, derivada de la Primera Revolución Industrial y caracterizada por la existencia de un trabajador asalariado”⁴¹. Precisamente por ello, las transformaciones actuales ponen en cuestión ese diseño, tanto en prestaciones como en financiamiento.

El riesgo, entonces, no es únicamente que aparezcan nuevos empleos sin protección, sino que el sistema siga intentando resolver problemas nuevos con categorías antiguas. Si el trabajador de plataforma, el trabajador independiente digital, el trabajador por proyectos o el teletrabajador transnacional quedan fuera del régimen contributivo tradicional, el sistema previsional seguirá dependiendo de un grupo cada vez más reducido de trabajadores formales.

ii. El envejecimiento poblacional y la sostenibilidad del sistema

El segundo gran desafío es el demográfico. El Perú está envejeciendo, aunque todavía no al ritmo de países como Uruguay o Chile, el cambio ya es visible. La proporción de adultos mayores aumenta, la fecundidad disminuye y, en el mediano plazo, habrá más personas demandando pensiones y servicios de salud, pero no necesariamente más trabajadores cotizando.

Este fenómeno tensiona cualquier sistema de pensiones, pero afecta de manera especial a los sistemas contributivos con baja cobertura. En el caso peruano, el problema es previo, ya que la mayoría de los trabajadores ni siquiera está dentro del sistema. Por eso, el envejecimiento no solo plantea una pregunta financiera, sino una pregunta de justicia social: ¿quién sostendrá a una población adulta mayor que envejece sin haber cotizado porque trabajó toda su vida en la informalidad?

Paitán Martínez (2024) recoge este problema al señalar que en el Perú “solo el 33,8% de los adultos mayores tiene cobertura del sistema de pensiones”⁴², mientras que el 62,2% no cuenta con protección social previsional y se encuentra en

⁴¹ REPRESENTACIÓN EMPRESARIAL DEL BANCO DE PREVISIÓN SOCIAL. (2019). *El futuro del trabajo y su impacto en la Seguridad Social*.

⁴² PAITÁN MARTÍNEZ, J. (2024). Retos del sistema de pensiones en el siglo XXI. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 929-956).

condición de pobreza. Esta cifra revela que el futuro ya empezó, por lo que no estamos ante un riesgo hipotético, sino ante una generación de adultos mayores que llegó a la vejez sin protección social suficiente.

La sostenibilidad del sistema, por tanto, no puede medirse únicamente desde el equilibrio financiero de la Oficina de Normalización Previsional o la rentabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones, sino también desde su capacidad real para proteger a la población frente a la vejez. Un sistema puede ser financieramente ordenado y, al mismo tiempo, socialmente insuficiente si deja fuera a la mayoría.

La elevada informalidad agrava este escenario. Menos empleo formal significa menos aportantes; menos aportantes significa menor capacidad de financiamiento; y menor financiamiento reduce el margen para ampliar prestaciones. Como sostiene Paitán Martínez (2024), fenómenos como el envejecimiento, la informalidad laboral y los bajos niveles de empleo “afectan gravemente la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones de reparto y de capitalización”⁴³. Por eso, insistir en reformas paramétricas puede ser insuficiente; el problema no es solo cuánto se aporta o a qué edad se jubila una persona, sino cuántas personas están efectivamente dentro del sistema.

iii. Hacia un nuevo modelo: protección social universal

Si el pasado mostró que el sistema nació ligado al empleo formal, y el presente confirmó que la informalidad sigue siendo la regla, el futuro obliga a repensar la base misma de la protección. La salida no puede consistir únicamente en mejorar la administración del sistema contributivo ni en fiscalizar más a los informales. Esas medidas pueden ser necesarias, pero no bastan, el desafío es construir un modelo que no dependa exclusivamente de una relación laboral formal para garantizar el derecho a la seguridad social, más aún tomando en cuenta las nuevas formas de trabajo.

Sin perjuicio de ello, esto no significa eliminar el componente contributivo. En un país con trabajadores formales, empresas medianas y grandes, y sectores con capacidad contributiva, sería irrazonable abandonar los aportes laborales. Lo que sí resulta necesario es dejar de entenderlos como la única puerta de entrada al sistema. El modelo futuro debería combinar al menos tres niveles: un piso básico de protección social; un componente contributivo flexible para trabajadores dependientes e independientes con capacidad de aporte; y mecanismos complementarios de ahorro o cofinanciamiento que acompañen trayectorias laborales discontinuas.

Al respecto, la idea de un piso básico no es nueva. La Recomendación 202 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pisos de protección social plantea garantías mínimas durante todo el ciclo de vida. Mangarelli (2021) explica que la

⁴³ *Idem.*

Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo propuso “proporcionar una protección social universal desde el nacimiento hasta la vejez para todos los trabajadores que incluya el empleo por cuenta propia, con una financiación sostenible”⁴⁴. Esta formulación es especialmente útil para el caso peruano, porque incorpora expresamente al trabajador por cuenta propia, categoría decisiva en un mercado laboral altamente informal.

Desde esta perspectiva, la protección social universal no debe confundirse con asistencia social residual. No se trata de entregar subsidios aislados a quienes quedan fuera del sistema, sino de construir una red mínima de protección que reconozca que la seguridad social es un derecho y no un beneficio reservado al trabajador formal. Como sostiene Mangarelli (2021), “la Protección Social no tiene un sentido paternalista, sino que se trata de un derecho de la persona, de un derecho humano fundamental”⁴⁵. Esta diferencia es central: un modelo universal no reemplaza la seguridad social por caridad estatal, sino que amplía el sujeto protegido.

En el Perú ya existen piezas parciales de ese modelo: el Seguro Integral de Salud, Pensión 65 y algunos intentos de regímenes semicontributivos. El problema es que funcionan de manera fragmentada, con baja articulación y sin una arquitectura común. Velazco y Gamero (2011) advierten que en el país “no existe una política integral e inclusiva para los trabajadores informales respecto a una Red de Protección Social”⁴⁶. Por tanto, el reto no consiste en partir de cero, sino en ordenar, articular y ampliar lo existente bajo una lógica de derechos.

La transición hacia un modelo de protección social universal debería partir de una premisa realista: no todos los trabajadores informales tienen la misma capacidad contributiva. Algunos podrán incorporarse mediante regímenes simplificados, aportes proporcionales o mecanismos de cofinanciamiento. Otros, especialmente los trabajadores de subsistencia, requerirán prestaciones no contributivas financiadas por impuestos generales. En ambos casos, el objetivo debe ser el mismo: que la protección frente a la vejez, la enfermedad o la invalidez no dependa exclusivamente de haber tenido un empleo formal estable.

El capítulo anterior mostró que la informalidad sigue siendo estructural, y este capítulo ha demostrado que el futuro del trabajo y el envejecimiento harán aún más insuficiente el modelo vigente. Si el Perú mantiene un sistema centrado casi exclusivamente en la cotización laboral formal, la exclusión previsional seguirá reproduciéndose. La reforma necesaria no es solo administrativa ni paramétrica. Es una reforma de paradigma: pasar del seguro social pensado para pocos a una

⁴⁴ MANGARELLI, C. (2021). Desafíos de la Seguridad Social y de la Protección Social. Presente y Futuro. *Revista de la Facultad de Derecho*.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ VELAZCO, T., & GAMERO, J. (2011). *Empleo informal y políticas de protección social en Perú. Retos y oportunidades para el nuevo gobierno*. Consorcio de Investigación Económica y Social.

protección social universal pensada para una sociedad donde la informalidad ha sido, y sigue siendo, la regla.

VI. Conclusiones

El problema de la seguridad social en el Perú no puede explicarse únicamente por su baja cobertura ni por las dificultades de gestión que históricamente han afectado al sistema. La cuestión de fondo, como se ha advertido en el presente artículo, es mucho más profunda. El modelo fue construido sobre la idea de que la protección social podía organizarse alrededor del empleo formal estable; sin embargo, esa nunca fue la realidad predominante del mercado laboral peruano.

En ese sentido, al condicionar el acceso a la seguridad social a una forma de trabajo que solo alcanza a una minoría, el sistema terminó excluyendo precisamente a quienes más necesitan protección. Por ello, la informalidad no debe entenderse como un fenómeno externo que obstaculiza el funcionamiento del sistema, sino como la realidad que evidencia sus límites estructurales.

Esta idea se entiende mejor cuando se observa la evolución histórica del modelo. Desde sus orígenes, la seguridad social peruana funcionó como un seguro social para determinados trabajadores formales y no como un sistema universal de protección. La creación de nuevas instituciones, la ampliación de regímenes y la posterior aparición de un sistema privado de pensiones aumentaron la complejidad normativa, pero no modificaron la lógica de acceso. Las reformas de los años noventa tampoco corrigieron esa falla, pues mantuvieron intacta la dependencia entre protección y empleo formal. Con ello, el problema no solo fue que las reformas resultaran insuficientes, sino que fueron aplicadas sobre una premisa equivocada.

Esa misma premisa sigue explicando el presente, en tanto la informalidad continúa siendo la regla en el mercado laboral peruano y se expresa con mayor intensidad en sectores rurales, trabajadores independientes, jóvenes, mujeres, personas con menor nivel educativo y unidades productivas pequeñas. Esta diversidad muestra que no existe una sola informalidad ni una sola causa que la explique; en algunos casos, responde a baja productividad e ingresos inestables; en otros, a la ausencia de incentivos claros para asumir los costos de formalizarse. Por ello, las respuestas centradas únicamente en reducir costos laborales o en aumentar la fiscalización resultan parciales. Si bien pueden ser útiles para ciertos sectores, no alcanzan para resolver una exclusión que nace de la estructura misma del mercado laboral y del diseño contributivo del sistema.

Esta fragilidad se hizo más visible con el COVID-19 pues evidenció que en contextos de crisis, quienes están fuera del sistema contributivo pierden ingresos sin protección suficiente y, cuando el empleo empieza a recuperarse, la reactivación se canaliza principalmente a través de ocupaciones informales.

A ello se suman los desafíos futuros. Las plataformas digitales, el trabajo por cuenta propia, la automatización y el envejecimiento poblacional hacen cada vez menos sostenible un modelo que depende casi exclusivamente de cotizaciones laborales formales. Si las trayectorias laborales se vuelven más fragmentadas y la población envejece sin haber podido cotizar regularmente, el problema se convierte en uno de protección social efectiva. La pregunta ya no puede limitarse a cómo financiar mejores pensiones para quienes cotizan, sino cómo garantizar un mínimo de seguridad social a quienes, por las características del mercado laboral peruano, difícilmente podrán cotizar de manera continua.

Desde esa perspectiva, la reforma necesaria no puede reducirse a ajustes administrativos o cambios paramétricos, sino que el país requiere avanzar hacia un modelo de protección social universal que reconozca la diversidad real del trabajo. Ello no supone abandonar el componente contributivo, sino dejar de tratarlo como la única vía de acceso a la protección. Un sistema más coherente con la realidad peruana tendría que combinar aportes proporcionales para quienes pueden cotizar, mecanismos de cofinanciamiento y prestaciones no contributivas para quienes se encuentran estructuralmente fuera del empleo formal.

La finalidad de este cambio es ampliar al sujeto protegido y hacer efectivo un derecho que al día de hoy opera de manera restringida. Mientras el sistema siga partiendo de una realidad laboral que no existe para la mayoría de los peruanos, la exclusión continuará reproduciéndose. La verdadera reforma pendiente consiste en corregir esa premisa de origen y diseñar un modelo que responda al mercado laboral realmente existente. Solo así la seguridad social podrá dejar de ser una promesa incumplida y convertirse en un mecanismo efectivo de protección para todos.

Una mirada al viejo continente para nuevas oportunidades: comparación de modelos de control previo de concentraciones de las respectivas autoridades de Derecho de la Competencia en Perú y la Unión Europea

Mariano Guillermo Aguayo Vallenas*

Resumen. - El presente artículo compara los sistemas de control previo de concentraciones de la Unión Europea y el Perú para identificar elementos del modelo europeo que podrían fortalecer el régimen peruano. Tras examinar su origen histórico y funcionamiento, se concluye que el sistema peruano, pese a su buena alineación conceptual, presenta deficiencias estructurales, y se propone una agenda de reformas inspirada en la experiencia europea.

Palabras clave. - Control ex ante de concentraciones – Derecho de la competencia – Derecho comparado – Test sustantivo de evaluación – Remedios estructurales y conductuales – Silencio administrativo positivo – Diseño institucional de la autoridad de competencia.

Abstract. - This article compares the merger control systems of the European Union and Peru in order to identify elements of the European model that could strengthen the Peruvian regime. After examining their historical origins and operation, it concludes that the Peruvian system, despite its sound conceptual alignment, presents structural shortcomings, and proposes a reform agenda inspired by the European experience.

Keywords. - Ex ante merger control – Competition law – Comparative law – Substantive assessment test – Structural and behavioural remedies – Positive administrative silence – Institutional design of the competition authority.

* Estudiante *summa iuris* de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Complutense de Madrid, España. Intereses en las áreas de Derecho Corporativo, de la Competencia y de la Unión Europea. Redactor en la revista “Todo Juristas”, ponente magistral en el VII Festival de Derecho Societario PUCP y competidor de diversos *Moot Courts*, siendo ganador del Moot Court de Derecho Privado de la UCM y A&O Shearman.

I. Introducción

El Derecho de la Competencia como sector jurídico ha sufrido un auge exponencial en las últimas décadas, ampliamente relacionado y causado, con el sector macroempresarial, la potencialidad de escala y la cada vez más sofisticada regulación jurídica de las corporaciones y sus oportunidades de crecimiento. En el año 2024, se notificaron 392 operaciones a la Comisión Europea¹ (organismo encargado del control previo de concentraciones en el sistema comunitario), la mayoría de ellas relacionadas con fusiones entre empresas en víspera de conseguir una mayor cuota de mercado que a su vez se traduzca en una mayor competitividad dentro del sector. Y en 2025, en Perú, cuatro años después de la Ley 31112, que introdujo en 2021 de manera definitiva el control previo de operaciones de concentración empresarial², el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) recibió 73 solicitudes de autorización de operaciones de concentración³. Dato que, comparado sin contextualización previa a los de la Unión Europea, parecería insignificante, pero que entendiendo que el Derecho de la Competencia comunitario es pionero en regulación, sumado a ser un mercado regional sustancialmente más grande que el peruano, no se ve desproporcionado. Estos datos demuestran una tendencia al alza respecto a la imperante oportunidad que suponen estas operaciones de concentración, las cuales compiten respecto a eficiencia con otras formas de crecimiento continuado relacionadas con actividad económica ordinaria (mejora de oferta, ajustes recesivos o expansivos, abaratamiento de costes, etc.). Y a su vez, los datos demuestran una tendencia de mayor regulación por parte de las autoridades pertinentes, las cuales, a riesgo de que esto se consolide como práctica común, si es que no lo está ya, deben acelerar procesos preventivos que no generen detrimentos a la libre competencia. Pero antes de adentrarnos en la comparativa *per se*, vamos a recapitular ciertos conceptos que nos ayudarán a entender las particularidades de cada sistema.

Inicialmente, parecería muy ambicioso realizar una comparación entre un sistema nacional de control previo de concentraciones el cual, a vista del Derecho Comparado, resulta bastante insuficiente en materia sustantiva, y un modelo de control previo de concentraciones supranacional, el cual en primera instancia, controla todas las operaciones de 27 países, que además debe estar en constante coordinación con las Autoridades Nacionales de Competencia y que resulta

¹ WILMERHALE. (31 de enero de 2025). *EU merger control: What you need to know from 2024 to navigate 2025*. <https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/20250131-eu-merger-control-what-you-need-to-know-from-2024-to-navigate-2025>

² Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. (6 de enero de 2021).

³ GARRIGUES & CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO DE ESPAÑA EN EL PERÚ. (agosto de 2025). *El régimen de control previo de concentraciones empresariales en el Perú: Balance a cuatro años de vigencia*. <https://www.garrigues.com/sites/default/files/noticias/files/cocep-el-regimen-de-control-de-concentraciones-en-peru-cuarta-edicion-es.pdf>

pionero y referente en esta materia. Sin embargo, la razón del artículo es poder ver qué consideraciones podrían resultar interesantes traspolar al sistema peruano, entendiendo los distintos contextos, pero a su vez, buscando una línea de acción común.

II. La imperante necesidad de controles previos de concentración

Los controles previos de concentraciones responden a una imperante necesidad de establecer seguridad jurídica para los actores empresariales presentes y futuros, buscando establecer una regulación sutil que permita aún así una gran libertad para el tránsito económico, pero que a su vez establezca límites con la única intención de asegurar un mercado justo. Esta teoría de control nace, aunque no se limita, de la lógica económica de las “cuotas de mercado” (que es el porcentaje de ventas de una empresa en un mercado específico, en relación con las ventas totales de ese mismo mercado o sector⁴), la cual establece que un actor con excesivas cuotas de mercado (entiéndase, simplificado, un 40% o más de un sector⁵) tiene la indiscutible capacidad de controlar factores esenciales de ese mercado, como los precios, la oferta, las tendencias y las barreras de entrada. Por lo que, si se da la libertad para que esto suceda, las grandes empresas tendrían incentivos para monopolizar los mercados, desincentivando a su vez, la libre competencia y todos sus potenciales beneficios (mayor innovación, punto central en el consumidor, etc.). El Derecho de Competencia entra en estos contextos, donde las estrategias de crecimiento ahora se orientan en mayor proporción a adquisiciones y fusiones de empresas, buscando simplemente actuar cuando se traspasan unos límites claramente establecidos. A día de hoy, el Derecho de la Competencia también actúa en casuísticas distintas, las cuales se explicarán más adelante, pero que, en síntesis, intentan evitar no sólo las operaciones para ganar mayor cuota de mercado, sino también aquellas que buscan “matar” a la competencia o frenar su crecimiento, desarrollo o potencial de escalabilidad. Todas estas funciones prueban el espíritu detrás de los modelos de control de concentraciones, los cuales lejos de querer establecer una regulación controladora, interfieren con el único motivo de crear seguridad y protección para todos los actores, sean grandes o pequeños, consolidados o recién entrantes al mercado.

También resulta relevante hacer una diferenciación entre los modelos previos de concentraciones y aquellos *ex post*, que aunque conforme avance el artículo se entenderán sin complicaciones, tienen muchas particularidades muy obvias y responden a necesidades muy distintas.

⁴ KOTLER, P., & ARMSTRONG, G. (2017). *Principios de marketing* (17.^a ed.). Pearson Educación.

⁵ COMISIÓN EUROPEA. (2009). *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en la aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, párr. 27. Diario Oficial de la Unión Europea, C 45, 24.2.2009. Una cuota de mercado superior al 40% es considerada indicio de posición dominante sujeto a análisis; COMISIÓN EUROPEA. (s.f.). *Market definition and market power*. Dirección General de Competencia. https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/procedures/article-102-investigations_en

Regulación que buscasse revertir, condenar o mitigar impactos de operaciones de concentración ya hechas existe desde mucho antes que mecanismos que busquen adelantarse a las mismas. La razón más clara es que resulta más sencillo juzgar acciones bajo sus efectos perjudiciales ya consumados o en proceso de consumación, que predecir bajo hipótesis, fórmulas y aproximaciones. Por esa misma razón ha habido tanta legislación al respecto, la cual no cambiaba el objeto de análisis ni las lógicas a seguir, únicamente fijaba nuevos criterios, ajustaba los anteriores y especificaba aún más si cabe las casuísticas de acción. La realidad ha comprobado que modelos tan arriesgados como éstos son necesarios, ya que esperar a consumir efectos no solo resulta perjudicial, sino que no funciona como desincentivo o disuasión para empresas que busquen seguir realizando estas concentraciones. El modelo previo de control tiene muchos beneficios, los cuales además no tienen mayor consecuencia para ninguno de los actores que la fiscalización de sus operaciones, que en última instancia tampoco crea perjuicios tangibles. La gran capacidad de desarrollo del sector de control previo durante las últimas décadas ha demostrado avances gigantescos que permiten reducir a mínimos la capacidad de imprevisibilidad o vacíos legales de actuación y que a su vez permite aumentar a máximos su capacidad de adaptación ante nuevas amenazas o desafíos, como en su momento serían las operaciones de concentraciones financieras y ahora lo son las tecnológicas. Este avance sustancial lo hemos visto en mayor medida en los sistemas avanzados y pioneros de esta regulación, entre ellos la Unión Europea, sin embargo, el mismo proceso que el Perú pasó hasta 2021 para crear su propio modelo, fue un proceso que también se vivió en Europa, solo que unas décadas antes.

III. Contexto histórico de los controles previos de concentración en la Unión Europea

En la Unión Europea, los problemas de las concentraciones empresariales, y, en consecuencia, el Derecho de la Competencia, no surgen hasta décadas después de la constitución de la comunidad. Sin embargo, desde el principio se buscaban dar pautas que en un futuro pudiesen ampliar el terreno en esta materia. Por razones históricas y políticas, la Unión Europea siempre ha sido un garante de la equidad en todos sus polos, entre ellos, el empresarial. Mientras que en Estados Unidos se glorifica el *Laissez-faire* que sostiene la no intervención estatal, debido a su gran poderío económico y tejido empresarial, en Europa, con el contexto geopolítico y temor de la posguerra de cuando se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y Acero (primera expresión de unión entre los países europeos en mitades del siglo XX), se tenían que buscar garantías que no diesen capacidad de resurgimiento de conflicto, como si fuera por la vía industrial. Es por eso que en el mismo Tratado de París de 1951 ya se hablaba, concretamente en su artículo 66 de un régimen específico de control de concentraciones en el mercado del carbón y acero.

Otro ejemplo de este espíritu regulador, son los artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1957, relativos a las prácticas colusorias y al abuso de posición dominante, los cuales fueron usados e interpretados extensivamente más de una vez por la Comisión Europea⁶. Sin embargo, la primera regulación como tal llegó con el Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo⁷, que creaba el primer instrumento jurídico específico del control previo de concentraciones a causa del promisorio anuncio de un mercado único, que establecería dificultades para las autoridades nacionales en materia de regulación de concentraciones transnacionales. Éste no se basaba en un control *ex post* que buscaba paliar consecuencias, sino en métodos de prevención para operaciones que pudiesen frenar la competencia europea y la iniciativa privada.

Una de sus mayores cualidades fue el establecimiento de mecanismos de control rígidos que permitiesen discernir de manera objetiva los requisitos esenciales para que la Comisión Europea pudiese crear un expediente de revisión. Estos llamados *tests sustantivos* que explicaremos más adelante fueron innovaciones europeas que, con el pasar de los años, han ido guiando la constitución de otros modelos alrededor del mundo. Entre estos, el primero de todos, introducido por el Reglamento (CEE) 4064/89⁸, fue el *dominance test* o criterio de dominancia, que, en esencia decía que una concentración era incompatible con el mercado común si creaba o reforzaba una posición dominante que obstaculizara significativamente la competencia efectiva. Con el pasar de los años, y reformas posteriores como la del Reglamento (CE) 1310/97 o el Reglamento (CE) 139/2004 (el último durante una década en establecer cambios sustanciales), se llegó al modelo que hoy en día se tiene, el cual ha avanzado hasta el *SIEC test* (*Significant Impediment to Effective Competition*), que es el criterio por excelencia en modelos de control previo de concentraciones, el cual explicaremos próximamente.

IV. Contexto histórico de los controles previos de concentración en el Perú

En el Perú, la creación de un modelo de control previo de concentraciones resulta sustancialmente distinta en comparación, no es sino hasta 2021 que oficialmente y

⁶ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. (1973). Asunto 6/72, Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. contra Comisión Europea. ECLI:EU:C:1973:22. Luxemburgo: 21 de febrero de 1973. Primera sentencia en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconoció que el refuerzo de una posición dominante mediante adquisición podía constituir abuso en virtud del artículo 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (hoy artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

⁷ Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. (21 de diciembre de 1989). Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 395, 30.12.1989. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31989R4064>

⁸ Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. (21 de diciembre de 1989). Artículo 2(3): se declarará incompatible con el mercado común toda concentración que cree o refuerce una posición dominante que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 395, 30.12.1989.

de forma no pormenorizada se trata la concentración empresarial como problema necesario de regulación. El único atisbo de genuina preocupación por el tema era el artículo 61 de la Constitución Política del Perú de 1993⁹, el cual establecía, mas no dotaba de instrumentos legales específicos, que el Estado facilita y vigila la libre competencia y combate toda práctica que la limite, entre ellas el abuso de posiciones de dominio o prácticas monopólicas.

A pesar de esto, hay antecedentes de intentos previos a 2021 y distintos a la simple declaración constitucional que creaban una hoja de ruta, el primero de todos, el Decreto Legislativo 701 de 1991¹⁰, que eliminó las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, pero de forma muy ambigua para la época. Este decreto planteó el problema, pero tal y como hemos mencionado antes, solo lo hizo desde una perspectiva *ex post*, buscando solucionar problemas y paliar sus efectos, mas no prevenirlos. El decreto dio origen a Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹¹, que estableció únicamente un control *ex post*: el INDECOPI podía investigar y sancionar conductas anticompetitivas derivadas de posiciones de dominio ya establecidas, pero, tal y como hemos mencionado, no contaba con instrumentos para evaluar operaciones de concentración antes de su ejecución. Todo esto no quita que fuese un gran avance y, con toda probabilidad, precedente lógico e imprescindible para la regulación que vino después.

En el Perú, los abusos de posiciones dominantes no eran aislados, sino que representaban un problema enorme a la capacidad de regulación del Estado, en la que los principales afectados eran los consumidores. Sectores como el energético o eléctrico eran, y siguen siendo, ampliamente controlados por pocas empresas¹², y a su vez eran de vital importancia por las consecuencias graves y directas que podría tener en bienes esenciales para la población. Para este sector concreto, se promulgó la Ley 26876 de 1997¹³, llamada Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, que introdujo el control de concentraciones específico para el sector eléctrico, un control no transversal, que sólo afectaba a uno de los tantos sectores de la economía peruana.

Por supuesto que, tal y como ya hemos mencionado, las características de oligopolios o posiciones dominantes de este sector no quedaban restringidas al mismo, sectores como los del consumo tenían cuotas de mercado desorbitadas,

⁹ Constitución Política del Perú. (1993). Artículo 61.

¹⁰ Decreto Legislativo 701, Decreto Legislativo que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. (5 de noviembre de 1991).

¹¹ Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. (24 de junio de 2008).

¹² REDACCIÓN IDEELE. (19 de abril de 2023). Cuatro grupos concentran el mercado eléctrico en el país. *Revista Ideele*. <https://www.revistaideele.com/2023/04/19/cuatro-grupos-concentran-el-mercado-electrico-en-el-pais/>

¹³ Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. (18 de noviembre de 1997). <https://www.gob.pe/institucion/osinergmin/normas-legales/727802-26876>

productos como la leche evaporada, con cuotas de mercado próximas o superiores al 74%, demostrando que cualquier esfuerzo que no abarcase todos o la mayoría de los sectores más fundamentales de la población peruana sería un esfuerzo vano o al menos insuficiente¹⁴.

En este contexto, y pasados muchos años, ante la potencial escalabilidad de la amenaza se dio un intento de regulación transversal que fue el Decreto de Urgencia 013-2019¹⁵, de carácter transitorio, pero que llevó a la Ley final que permite la comparación que a continuación se hará en este artículo: la Ley 31112 de 2021 que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. Esta ley nace con los objetivos claros de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados, repercutiendo positivamente en el bienestar de los consumidores. Este sistema complementa el régimen de control posterior de conductas anticompetitivas que ya existía (la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas), añadiendo un mecanismo preventivo o *ex ante* que permite evaluar el impacto de las fusiones y adquisiciones antes de que modifiquen la estructura del mercado. Esta ley ya lleva 4 años de vigencia, y ha arrojado distintos resultados que conviene analizar estructuradamente.

V. Funcionamiento del sistema de control previo de concentraciones en la Unión Europea

Habiendo visto los contextos previos que dieron luz y sentido a los respectivos controles previos de concentraciones, hace falta entender cómo funciona cada uno de estos sistemas en la actualidad, y a partir de ahí, podremos ir externalizando algunas comparaciones explícitas que buscarán derivar en oportunidades de crecimiento, desarrollo y optimización para ambos sistemas.

En la Unión Europea, tal y como mencionamos, el Reglamento (CE) 139/2004 estableció la actuación del sistema durante 20 años aproximadamente, estableciendo pautas de las operaciones cubiertas, los umbrales jurisdiccionales, la obligación de notificación, la prohibición de ejecutar la operación mientras está pendiente la autorización, el estándar sustantivo de evaluación, los procedimientos, las sanciones administrativas, etc. Sin embargo, a día de hoy ese reglamento se vio sustituido o complementado según la perspectiva doctrinal que se adopte, por el Reglamento de Ejecución (UE) 2023/914¹⁶, el cual establece la mayoría de pautas procesales y procedimentales relativas a plazos, notificaciones, expedientes, etc. Sin embargo, gran parte del reglamento resulta muy similar al

¹⁴ REBOSIO, G. (2017). Citado por OJO PÚBLICO. (2023). *Oligopolios: docena de mercados dominados por pocos grupos económicos*. <https://ojo-publico.com/sala-del-poder/oligopolios-peru-docena-mercados-dominados-por-pocas-empresas>. Según este análisis, el Grupo Gloria concentra el 74% del mercado de leche evaporada en el Perú.

¹⁵ Decreto de Urgencia 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. (19 de noviembre de 2019).

¹⁶ Reglamento de Ejecución (UE) 2023/914 de la Comisión, relativo a la aplicación del Reglamento (CE) 139/2004. (20 de abril de 2023). Diario Oficial de la Unión Europea, L 119, 5.5.2023.

reglamento de 2004, comúnmente denominado como el *European Union Merger Regulation*¹⁷ que será recurrentemente mencionado en el artículo no sólo como el reglamento de 2004 sino también como la sumatoria sustantiva entre éste y el de 2023, ya que no solo establecen las pautas como hemos señalado, sino que desarrollan todo el proceso ordinario de control previo de concentraciones.

La Comisión Europea es el órgano encargado del control previo de concentraciones, específicamente la Dirección General de Competencia (comúnmente referida como DG COMP). Ésta en el Reglamento (CE) 139/2004 establece el ámbito de aplicación con el concepto de dimensión comunitaria, toda operación que entre dentro de esta dimensión entra, por consiguiente, en competencias de la Comisión Europea. Esta diferenciación parecería hecha para no chocar con competencias internacionales de otros mercados, pero resulta de mayor utilidad para no chocar con las autoridades de competencia de los países miembros. Para establecer esta diferenciación, la DG COMP presenta dos umbrales alternativos los cuales, apenas superado, cumplen como dimensión comunitaria:

El primer umbral, explicado en el artículo 1.2 del Reglamento (CE) 139/2004, incluye a toda aquella operación en las que el volumen de negocios total a nivel mundial de todas las empresas implicadas supera los 5.000 millones de euros y el volumen de negocios total en la Unión Europea de al menos dos de las empresas implicadas supera cada una de ellas 250 millones de euros. Todo esto salvo que cada una de las empresas implicadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Unión Europea dentro de un único Estado miembro, conocida como la excepción de los $\frac{2}{3}$ ya que eso implica competencia propia del Estado miembro específico.

El segundo umbral, regulado en el artículo 1.3 del Reglamento (CE) 139/2004, más específico para concentraciones que afectan a varios Estados miembros, incluye aquellas operaciones en las que el volumen de negocios total a nivel mundial de todas las empresas supere los 2.500 millones de euros, además, en cada uno de al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios combinado de todas las empresas supere 100 millones de euros y que el volumen de negocios de al menos dos de las empresas supere 25 millones de euros, y como último requisito que el volumen de negocios total en la Unión Europea de al menos dos de las empresas supere 100 millones de euros.

Estos umbrales, como hemos mencionado, son alternativos, por lo que sólo cumpliendo uno se accedería a las competencias de la DG COMP y podrían revisar y gestionar este control previo. La diferenciación entre umbrales se da para abarcar más espacio, reflejado en distintos tipos de operaciones. El primer umbral busca responder ante operaciones de gran escala, independientemente de sus

¹⁷ Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. (20 de enero de 2004). Diario Oficial de la Unión Europea, L 24, 29.1.2004.

particularidades, las cantidades requeridas son sustanciales y potenciales de amenaza, por ello se pide ese control. Por su parte, el segundo umbral busca captar operaciones de menor volumen pero que puedan tener muchas afecciones en distintos mercados de Estados miembros, por eso los requisitos abarcan la necesidad de que afecte en tres o más países de la Unión Europea.

Cuando se alcanzan estos umbrales, la Comisión Europea tiene competencia exclusiva y los Estados miembros no pueden aplicar su legislación nacional de competencia a la misma operación ni sus autoridades nacionales pedir intervenir (el llamado “principio de ventanilla única” u *one-stop-shop*). Este principio es una de las características más relevantes del sistema europeo y uno de sus mayores activos en términos de seguridad jurídica para las empresas, ya que imposibilita el *non bis in idem* y la litispendencia, buscando concentrar las operaciones más relevantes para darles una fácil y rápida solución.

Sin embargo, aunque esta es la regla general, los Estados miembros pueden remitir casos a la Comisión (artículo 22 del Reglamento (CE) 139/2004) y la Comisión puede remitir casos a los Estados miembros (artículo 9 del Reglamento (CE) 139/2004) cuando las circunstancias lo justifiquen, normalmente en casos donde incluso superados ciertos requisitos de umbrales, son operaciones muy reiteradas, con actores ya sometidos a muchos controles en los que se puede confiar o que tienen circunstancias poco amenazantes. El artículo 22 por su parte, ha abierto muchas controversias, ya que ha sido fruto de un mal uso por parte de las autoridades europeas, buscando concentrar más poder y operaciones incluso cuando no deben ya que no superan los requisitos para entrar en sus competencias, por lo que progresivamente se va restringiendo su aplicación¹⁸, ofreciendo un escenario donde la razonabilidad y objetividad de los criterios o *thresholds* regulados resultan ser el único motivo de establecimiento de control.

Respecto al ámbito formal, y no solo de aplicación, la DG COMP también ofrece una definición propia de concentraciones, que son todas aquellas operaciones en que se produce un cambio de control duradero sobre la totalidad o una parte de una empresa. Ello comprende: la fusión de dos o más empresas previamente independientes, la adquisición directa o indirecta de control sobre la totalidad o una parte de una empresa por otra empresa o persona y la creación de una empresa en participación (*joint venture*) con plenas funciones y de manera duradera. Esta demarcación resulta clave al momento de establecer competencias, ya que aunque la mayoría de concentraciones vengan del mundo de las *Mergers & Acquisitions*, hay otras formas de “control” que son igual de dominantes sobre una empresa, es

¹⁸ El artículo 22 del Reglamento (CE) 139/2004 permite a los Estados miembros solicitar a la Comisión que examine operaciones que no superan los umbrales comunitarios. Su uso expansivo fue limitado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Illumina/GRAIL. Véase: Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2024). Asuntos acumulados C-611/22 P y C-625/22 P, Illumina Inc. y GRAIL LLC contra Comisión Europea. ECLI:EU:C:2024:677. Luxemburgo: 3 de septiembre de 2024.

por eso que la DG COMP refiere el control dentro de su definición a la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la actividad de una empresa, ya sea a través de derechos de propiedad, contratos u otros medios. No es necesario poseer la mayoría del capital, con derechos de veto o de bloqueo sobre decisiones estratégicas puede establecerse el control conjunto, de modo que se abarcan otras formas por las que, de igual manera, podrían ejercer competencias.

Respecto al procedimiento que se usa para evaluar las operaciones de concentración, este está dividido en dos fases formales, junto con la prenotificación opcional, la cual resulta muy recurrente en la actualidad. La prenotificación hace referencia al aviso no formal por iniciativa de las empresas de la posible operación de concentración que valoran hacer, es altamente recomendable que se haga esta prenotificación no oficial, ya que ayuda a no ralentizar el proceso desde el inicio, consiguiendo mejores ajustes a los plazos preestablecidos. Además, permite identificar los mercados relevantes, clarificar la información que debe proporcionarse y anticipar potenciales preocupaciones de competencia. Resulta especialmente importante en operaciones complejas, ya que, tal y como se mencionó, permite agilizar el procedimiento formal posterior.

La primera fase o Fase I se basa en una revisión inicial, que tiene como plazo y suele durar 25 días hábiles, se da cuando ya se ha presentado la notificación formal completa con toda la documentación pertinente, en este paso la Comisión Europea (no la DG COMP, ya que es un proceso de decisión que es tomado por los comisarios) debe adoptar una decisión inicial respecto a la concentración, la cual puede ser una autorización sin condiciones, una autorización sujeta a condiciones, normalmente propuestas por las partes, puede asimismo optar por abrir una investigación en profundidad cuando existan serias dudas sobre la compatibilidad de la operación con el mercado interior, decisión que lleva directamente a la Fase II, y finalmente puede declarar que la operación no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 139/2004 y por tanto no entra en las competencias de la Comisión Europea. En esta fase la gran mayoría de operaciones son aceptadas, sobre todo cuando se ha presentado una pre-notificación, además, tiene capacidad de prórroga de 10 días en casos de necesidad vital.

La segunda fase o Fase II es una investigación en profundidad derivada de la decisión de la Comisión en primera instancia. Y, como su nombre indica, es un proceso extenso y exhaustivo, el que normalmente implica la emisión de un Pliego de Cargos (*Statement of Objections*), la respuesta escrita de las partes, una audiencia oral y la consulta al Comité Consultivo compuesto por representantes de los Estados miembros. Esta fase dura 90 días hábiles con distintas prórrogas capaces hasta los 125 días hábiles y concluye con la decisión final de la Comisión, pudiendo autorizar sin condiciones, con condiciones o prohibir directamente la operación, dando paso a un plazo de apelaciones ante los tribunales europeos.

Asimismo, de forma paralela al procedimiento ordinario recién explicado, la Unión Europea cuenta con un procedimiento simplificado de control previo de concentraciones, conocido como *Short Form CO*, el cual se da para aquellas operaciones que, *a priori*, no parecen plantear problemas de competencia. Este proceso permite una tramitación más ágil y exige mucha menos información narrativa y suele resultar en autorizaciones anticipadas incluso de los 25 días hábiles. Se aplica a casos como fusiones entre empresas no activas en el mismo mercado ni en mercados verticalmente relacionados, adquisiciones donde las cuotas combinadas son reducidas, o cambios de control exclusivo sobre empresas en participación. El *Short Form CO* resultó ser una de las mejores invenciones europeas en materia de evidencia burocrática, ya que controles de este estilo consumen muchos recursos administrativos, por lo que la creación de una forma sintetizada pero igual de útil, rigurosa y productiva, ha ayudado mucho al sistema burocrático de control previo de concentraciones y a la eficiencia de las empresas también, tanto así que aproximadamente el 90% de las operaciones presentadas a la Comisión Europea son por esta vía¹⁹.

Los mecanismos de discernimiento de la DG COMP han ido variando con los años y los reglamentos complementarios, sin embargo, desde el 2004 ha habido una predominancia al uso del test sustantivo anteriormente presentado como SIEC o *Significant Impediment to Effective Competition*, que en español sería el test de obstrucción significativa a la competencia efectiva, que, regulado en el artículo 2 del Reglamento (CE) 139/2004²⁰ declara que una concentración que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, en particular como resultado de la creación o refuerzo de una posición de dominio, deberá declararse incompatible con el mercado común.

El SIEC resulta ser mucho más amplio que el anterior “test de dominancia” del Reglamento (CEE) 4064/89, ya que permite evaluar no solo si la concentración crea o refuerza una posición dominante, sino también si ciertas operaciones buscan limitar la escalabilidad de un potencial competidor aún no relevante en el mercado (*killer acquisitions*²¹ y mercados de innovación) o si, aun sin llegar a posición dominante, la operación puede eliminar importantes restricciones competitivas en mercados oligopolísticos. Esta distinción es clave ya que llega a recoger todas las posibilidades de disuasión de un control efectivo, recogiendo un estándar de prueba que recaiga en demostrar un SIEC por medio de un “balance of

¹⁹ COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA. (2025). *Statistics on merger cases*. https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en. En 2024, aproximadamente el 89% de las 392 operaciones notificadas se tramitaron por el procedimiento simplificado.

²⁰ Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. (20 de enero de 2004). Artículo 2, apartado 3. Diario Oficial de la Unión Europea, L 24, 29.1.2004.

²¹ CUNNINGHAM, C., EDERER, F., & MA, S. (2021). Killer acquisitions. *Journal of Political Economy*, 129(3), 649-702 pp. <https://doi.org/10.1086/712506>. Este trabajo acuñó y sistematizó el concepto de *killer acquisition* como la adquisición de una empresa innovadora con el propósito de discontinuar su desarrollo competitivo.

probabilities” (probabilidad equilibrada), y no el estándar más exigente de “strong probability” que se usaba antiguamente y que a día de hoy queda anticuado por las muchas formas de evadirlo²².

Para el análisis del SIEC, la Comisión evalúa múltiples factores: las cuotas de mercado (operaciones con cuotas combinadas inferiores al 20% rara vez generan preocupaciones en operaciones horizontales, solo a partir de un 40% se empiezan a detectar amenazas), los efectos no coordinados o unilaterales (en particular la creación o refuerzo de dominancia), los efectos coordinados (si la operación facilita la colusión tácita), los efectos verticales y de conglomerado, las barreras de entrada, la presión competitiva potencial, el poder de negociación de los compradores y las eficiencias económicas. Logrando crear un mecanismo que no solo se fije en los números, porcentajes y cuotas de mercado, que fue como iniciaron las regulaciones del Derecho de Competencia, pero que desde luego no son como evolucionaron.

Finalmente, como punto accesorio pero de bastante relevancia para establecer la futura comparación, en casos intermedios donde una operación levanta sospechas o aviva amenazas, pero no las suficientes como para prohibirla directamente, se establece un *medium ground* en el que las partes pueden quedar sujetas a remedios y condiciones, las cuales se usan para situaciones en las que las preocupaciones puedan resolverse mediante modificaciones. Dentro de estos remedios se tienen los estructurales y los conductuales, los primeros son modificaciones dependientes de cambios fácticos en las cláusulas de contratación, las pautas a seguir o la organización de la operación, por ejemplo, desinversiones de negocios o activos que ayudan a acaparar menor concentración; mientras que los remedios conductuales son aquellos cuyos efectos no son tangibles, ya que dependen exclusivamente de la voluntad de las partes, por lo que pueden ser cumplidos como no, entre estos encontramos compromisos de no concentrar más capital con otras adquisiciones o de no dejar de producir el producto recién adquirido.

Estos remedios resultan de vital importancia para el desarrollo de muchas operaciones, ya que son garantías de que no impida la libre competencia incluso habiendo riesgos para esto, buscando priorizar el consenso en todo el proceso. Sin embargo, la Comisión Europea se muestra cada vez más reticente a modelos de remedios puramente conductuales, ya que generan el mismo riesgo que buscaban paliar, crean mucha inseguridad jurídica respecto a la voluntad de los distintos empresarios, además de que se les tiene que destinar muchos recursos de fiscalización para que funcionen correctamente. Por esa razón a día de hoy la

²² COMISIÓN EUROPEA. (2004). *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, párrs. 19-21. Diario Oficial de la Unión Europea, C 31, 5.2.2004. El estándar del *balance of probabilities* fue ratificado en: Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2023). Asunto C-376/20 P, Comisión Europea contra CK Telecoms UK Investments Ltd. ECLI:EU:C:2023:561. Luxemburgo: 13 de julio de 2023.

Comisión considera que los estructurales eliminan el problema en su raíz, son más fáciles de supervisar y no generan relaciones continuadas de supervisión. Los compromisos conductuales solo se aceptan cuando los estructurales son insuficientes o desproporcionados. Esta designación ha creado un terreno medio de negociación y consenso muy positivo, tan solo en 2024, la Comisión autorizó condicionalmente 8 operaciones (5 en Fase I, 3 en Fase II), todas con remedios estructurales de desinversión²³.

En síntesis, el modelo europeo de control de concentraciones presenta uno de los modelos de concentraciones más claro, conciso, efectivo y transparente del mundo y de la corta historia del Derecho de la Competencia. Innovaciones como el principio de ventanilla única, un sistema de *soft law* abundante (entendido como normativa complementaria a la regulación inicial), el test SIEC, la oportunidad de un procedimiento simplificado, etc., hacen del sistema europeo uno de los más seguros al respecto. Aunque aún enfrenta ciertos desafíos, su capacidad de adaptación a los nuevos retos globales ha hecho que muchos otros sistemas de control previo de concentraciones se hayan basado en mayor o menor medida, del viejo continente, y entre todos ellos, el peruano es uno bastante reciente.

VI. Funcionamiento del sistema de control previo de concentraciones peruano y primeras comparaciones

El modelo de control previo de concentraciones peruano como ya explicamos fue regulado en la Ley 31112 de 2021, y a día de hoy no presenta mucha legislación que le complemente, no solo a modo de directrices, sino siquiera de comunicaciones oficiales, algo que resulta entendible, pero a su vez ineficaz, ya que es en las primeras etapas específicamente donde cualquier apoyo extra será de aún mayor utilidad, sea por la lentitud de reformas o por la guía que supondría para todos los nuevos actores que se ven sumidos en este control.

Respecto a su ámbito de aplicación, a diferencia de la Unión Europea, en el Perú se tiene un sistema de tres filtros condicionantes, que juntos suponen los requisitos para que el organismo pertinente del control previo de concentraciones, el INDECOPI como ya vimos, pueda establecer competencias. El primer requisito es el nexo geográfico, y es que, naturalmente, los efectos de la operación deben producirse en territorio peruano, aunque la operación se realice en el extranjero, esto sigue el mismo principio que la Unión Europea de *effects doctrine*²⁴, la cual

²³ WILMERHALE. (31 de enero de 2025). *EU merger control: What you need to know from 2024 to navigate 2025*. <https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/20250131-eu-merger-control-what-you-need-to-know-from-2024-to-navigate-2025>

²⁴ Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. (1999). Asunto T-102/96, Gencor Ltd. contra Comisión Europea. ECLI:EU:T:1999:65. Luxemburgo: 25 de marzo de 1999. Este asunto consolidó la doctrina de los efectos en el Derecho de la Competencia europeo: la Comisión tiene competencia para revisar una concentración cuando sus efectos previsibles se producen en el mercado comunitario, con independencia de la nacionalidad o domicilio de las empresas implicadas.

defiende un modelo mas resultadista, ya que fue una tendencia reiterada desviar la operación a otros territorios con tal de evadir ciertos prerequisites del control de concentraciones. La segunda condición se plantea respecto al cambio de control del que derivará la operación, ésta debe implicar que el control estratégico de un agente económico o un activo productivo pasa a manos de otro agente económico, como veremos posteriormente, esto resulta en la definición que tengan de “concentración” o “control” de empresas, el cual es muy similar al europeo.

Finalmente, la tercera condición son sus umbrales económicos, los cuales deben cumplirse conjuntamente, es decir, que para que el INDECOPI actúe deben concurrir 4 requisitos y recién ahí empezará el control, con que confluyan 3, por ejemplo, no será suficiente. El primer umbral, llamado umbral conjunto, se da cuando la suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales, o el valor contable de los activos en Perú de todas las empresas involucradas, durante el ejercicio fiscal anterior, alcanza 118.000 UIT (equivalente a aproximadamente 163 millones de dólares al tipo de cambio de 2024-2025). Y el segundo umbral, llamado umbral individual, se da cuando la misma magnitud antes mencionada (ventas/ingresos o activos) de al menos una de las empresas involucradas alcanza 18.000 UIT (equivalente a aproximadamente 25 millones de dólares). Si es que uno de estos 4 requisitos no se acaba cumpliendo, no existe obligación de notificación previa siquiera.

Aquí vemos un punto de comparación bastante explícito, referido a los umbrales económicos de ambos sistemas. Como bien mencionamos al inicio del artículo, el mercado europeo es sustancialmente más grande que el peruano, algo natural teniendo en cuenta no sólo la predominancia comercial de la Unión Europea, sino también que es un mercado único que abarca 27 países desarrollados de manera plena comercialmente hablando. A pesar de esto, los umbrales peruanos pueden resultar en primera instancia bastante bajos respecto a las tendencias empresariales globales. Mientras que en Europa se pide, de manera simplificada y reduccionista, un mínimo de 250 millones de euros por cada empresa individual, en Perú se pide únicamente una décima parte de ese total. Sin embargo, este umbral no puede calificarse, en términos absolutos, de excesivamente bajo; a nivel global, las empresas que superan esa cifra en ingresos o activos representan apenas entre el 2% y el 5% del tejido empresarial mundial, lo que en principio sugiere un sistema selectivo y bien orientado hacia los grandes operadores.

Como mencionamos anteriormente, la definición de concentración en el sistema peruano es muy similar a la europea, pudiendo englobar operaciones como la fusión de dos o más agentes económicos independientes, la adquisición directa o indirecta de derechos que permitan control total o parcial de otro agente económico, la constitución de empresas comunes, *joint ventures* o cualquier modalidad contractual análoga, y también la adquisición del control directo o indirecto de activos productivos operativos de otro agente económico.

Aunque esta cuarta definición no se encuentra expresamente regulada dentro del marco normativo del Reglamento (CE) 139/2004, sí que responde fácticamente a las mismas preocupaciones que resolvía la definición amplia de “control” por la Unión Europea, es decir, a aquellas operaciones que supongan un control no mayoritario pero aún puedan controlar decisiones de la empresa, por ejemplo, comprar acciones con derecho a voto para influenciar el rumbo de la compañía.

Respecto al procedimiento interno de un proceso de control previo en Perú, resulta casi idéntico al europeo, dividido en dos fases, llamadas primera y segunda instancia. Asimismo, cuenta con la capacidad de una prenotificación, al estilo europeo, que es un mecanismo opcional de consulta previa (*pre-filing*²⁵), mediante el cual las partes pueden consultar a la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia, que es el órgano de apoyo técnico e investigación previa de los expedientes, si la operación está o no en el ámbito de la Ley 31112, o qué información extra se requiere para empezar con la solicitud formal. Los datos disponibles muestran que la tercera parte de las operaciones de primera instancia han utilizado este mecanismo, con un efecto moderado de reducción de plazos (aproximadamente 3 días hábiles menos).

Una vez presentada la solicitud formal, la Dirección verifica el cumplimiento de los requisitos procedimentales. Esta fase puede extenderse hasta 25 días hábiles y si la solicitud no cumple los requisitos, se tiene por no presentada. Si cumple los requisitos se redirige a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI, que es el órgano encargado de realizar la investigación en sí, y delega las primeras funciones a la Dirección.

Una vez se entra en la primera fase o primera instancia, se entra a la fase ordinaria de evaluación. Se da en un plazo de 30 días hábiles que puede ampliarse hasta 80 por diversas actuaciones: consultas a terceros, informes orales, presentación de compromisos, plazos de notificación, entre otros. Si la operación no genera preocupaciones de competencia significativas, la Comisión la autoriza sin condiciones. En la práctica, el plazo promedio efectivo de resolución en Fase I ha sido de aproximadamente 47 días hábiles (71 días calendario), manteniéndose dentro del plazo legal en todos los casos conocidos²⁶.

Sin embargo, si la operación presenta indicios de restricción significativa a la competencia, continúa en la segunda fase o segunda instancia. El plazo base es de 90 días hábiles, ampliables hasta 185 días. Al finalizar, la Comisión puede autorizar sin condiciones si las eficiencias compensan los efectos anticompetitivos, autorizar con condiciones y/o compromisos o denegar la operación si los efectos

²⁵ Decreto Supremo 039-2021-PCM, Reglamento de la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. (4 de marzo de 2021). Artículos 15-17. Procedimiento de consulta previa (*pre-filing*): las partes pueden solicitar orientación a la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia antes de presentar la solicitud formal, sin que ello inicie el procedimiento ni genere plazos vinculantes.

²⁶ *Idem*.

anticompetitivos no son compensables ni corregibles. Dando capacidad de presentar una apelación a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, el órgano competente cuyas resoluciones constituyen la última instancia administrativa.

Como se aprecia, el proceso es muy similar al de la Unión Europea, claramente inspirado por el mismo, sin embargo, una particularidad del modelo peruano, motivada seguramente por la prontitud del sistema, es que, en determinadas circunstancias participan otros organismos como la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) para operaciones de concentración de entidades financieras, de seguros o fondos de pensiones, o la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) para agentes autorizados por esta entidad. Y su participación no se limita a un valor consultivo, recopilación de información o la presentación de informes de opinión, sino que pueden constituir poder real de decisión.

Ambas entidades actúan como co-autorizadoras con competencias decisorias propias, cuando una operación involucra a agentes supervisados por ellas, la autorización del INDECOPI es condición necesaria pero no suficiente, pues debe concurrir también la de la entidad sectorial correspondiente. La incidencia de la SBS es particularmente intensa, en supuestos de riesgo sistémico, es decir, cuando la operación pueda comprometer la solidez o estabilidad del sistema financiero o asegurador, la SBS no sólo desplaza al INDECOPI como autoridad competente, sino que puede, incluso durante una evaluación ya iniciada por la Comisión de Libre Competencia, comunicar motivadamente la existencia de nuevos riesgos relevantes e inminentes, lo que determina el archivo inmediato del procedimiento en trámite. Este diseño institucional, que responde a la lógica legítima de que la estabilidad financiera es un bien jurídico que trasciende la política de competencia, introduce sin embargo una complejidad procedimental considerable: las empresas involucradas deben gestionar simultáneamente procedimientos paralelos ante autoridades distintas, con criterios de evaluación potencialmente divergentes y sin que exista un mecanismo legal que garantice la coherencia entre las resoluciones de cada organismo. A diferencia del modelo europeo, donde el principio de ventanilla única concentra toda la decisión en la Comisión, y no solo respecto a demás autoridades de competencia nacionales, sino incluso a los homólogos europeos de la SBS y SMV, los cuales brindan funciones de asesoramiento de los reguladores sectoriales en calidad de consultores, no de co-decisoros, el sistema peruano carece de una autoridad de cierre que resuelva eventuales contradicciones entre INDECOPI, SBS y SMV, o que establezca relación de jerarquías en caso de conflicto, lo que no solo constituye uno de los flancos más vulnerables de su arquitectura institucional, sino que presenta un precedente de poco control real que puede acabar estructuralizándose en un futuro, limitando mucho la transparencia del INDECOPI en estos procesos, su legitimidad como órgano de decisión y la previsibilidad de decisiones.

Asimismo, siguiendo con ciertas particularidades del sistema peruano en comparación, éste introduce una iniciativa controversial cuanto menos, referida al Silencio Administrativo Positivo²⁷ (SAP), un mecanismo bastante autoexplicativo que introduce la posibilidad de aprobar automáticamente y sin condiciones operaciones de concentración sujetas a control previo en casos en los que el INDECOPI no resuelve expresamente nada al respecto, es decir, en los casos en los que no se dirige comunicación ninguna. Esta regla ha sido sujeto de controversias, ya que aunque se motiva en proteger a las empresas frente a la inacción administrativa, fenómeno bastante recurrente en las autoridades peruanas, también puede generar grandes incentivos perversos en la gestión de la autoridad, así como convertirse en una justificación expresa de la ineficiencia estatal. Aunque el volumen de solicitudes no parece exacerbado, y se responde a la lógica de prioridad a las operaciones más relevantes, es una posibilidad real que esta dinámica incurra en errores.

Finalmente, el sistema peruano también cuenta con las garantías a modo de remedios, con la misma división entre remedios estructurales (que involucran la disposición definitiva de activos) y conductuales (limitaciones de hacer o no hacer a riesgo de compromisos), añadiendo una categoría en medio llamada los remedios semiestructurales (involucran la disposición temporal de activos, mas no definitiva). Dentro de este sistema, calcado al europeo, encontramos la similitud respecto a la acción de las autoridades peruanas, concretamente respecto a su predisposición a aceptar remedios estructurales como forma predominante de establecer garantías. Esta característica resulta muy necesaria y relevante de mantener entre sistemas, ya que de no ser así, podría generar una inseguridad jurídica respecto a las condiciones que deberían facilitar la aprobación de la concentración, algo que fue previsible desde el inicio en la Unión Europea y que sólo crea incertidumbre en operaciones ya de por sí delicadas.

Con todo esto, el sistema de control previo de concentraciones en el Perú ha logrado tener un éxito relativo en sus primeros 4 años, la realidad es que la carga de trabajo no ha sido exacerbada para lo que de este sistema se esperaría, pero eso es producto de la adaptación del mercado y los actores empresariales, más que de la regulación en sí. De las 73 solicitudes de autorización presentadas a julio de 2025, 67 fueron admitidas, 5 retiradas o desistidas y una permanece en trámite de admisión. De las 67 admitidas: 58 aprobadas en primera instancia, 5 aprobadas en segunda (con condiciones), 1 denegada y 3 en trámite de primera instancia aún. Además de esto, de los mayores logros del sistema y su aún pronta aplicación es que ninguna resolución ha superado los plazos legales establecidos, algo

²⁷ Decreto Supremo 039-2021-PCM, Reglamento de la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. (4 de marzo de 2021). Artículo 19.10: vencido el plazo legal sin que el Tribunal del INDECOPI emita su resolución final, corresponde la aplicación del silencio administrativo positivo, dando por concluido el procedimiento iniciado a solicitud de parte.

sorpresivo teniendo en cuenta las frecuentes críticas al sistema burocrático administrativo del Perú, que se caracteriza por todo lo contrario a la eficiencia²⁸.

Aunque dentro de la explicación de ambos sistemas se han obviado instituciones o mecanismos bastante notorios, se ha hecho porque resultan ser, a efectos teóricos y prácticos, muy similares o idénticos, los cuales tienen cabida en un análisis a fondo de cada uno de los regímenes, pero que buscando ampliar la comparación no resultan del todo significantes.

VII. Comparación explícita de ambos modelos: ¿qué puede aprender el Perú del sistema de control previo de concentraciones pionero en el mundo?

Llegados a este punto del análisis, y habiendo expuesto de manera suficientemente detallada ambos sistemas, resulta conveniente ordenar las conclusiones que se desprenden de la comparación. Lo primero que conviene subrayar, antes de entrar en las críticas, es algo que no siempre se reconoce con la suficiente generosidad en la doctrina comparada: el sistema peruano, con apenas cuatro años de vigencia, ha logrado construir un régimen de control previo de concentraciones que, en sus fundamentos conceptuales y metodológicos, está correctamente alineado con los estándares más avanzados del Derecho de la Competencia internacional. La Ley 31112 no es una regulación improvisada ni ajena a la tradición comparada; es, en buena medida, una destilación consciente de la experiencia europea, que ha sabido trasladar al ordenamiento peruano el test sustantivo de restricción significativa a la competencia (SIEC por sus siglas en inglés), el procedimiento de dos fases, el análisis del índice Herfindahl-Hirschman²⁹ (no mencionado en su artículo justo por su similitud) y los criterios de garantías y remedios, logrando además, y esto no es un logro menor, cumplir escrupulosamente los plazos legales en la totalidad de los casos resueltos. Todo ello en un contexto institucional que no se caracteriza precisamente por la eficiencia procedimental. Dicho esto, la madurez de un sistema de control previo no se mide únicamente por la fidelidad de su diseño normativo, sino por la fineza de su aplicación práctica, la predictibilidad de sus criterios y su capacidad de adaptarse a los retos que el mercado va generando. Y es precisamente en esa dimensión donde la brecha con el modelo europeo, comprensible dado el abismo temporal que los separa, sigue siendo considerable.

²⁸ GARRIGUES & CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO DE ESPAÑA EN EL PERÚ. (agosto de 2025). *El régimen de control previo de concentraciones empresariales en el Perú: Balance a cuatro años de vigencia*, pp. 19-26. <https://www.garrigues.com/sites/default/files/noticias/files/cocep-el-regimen-de-control-de-concentraciones-en-peru-cuarta-edicion-es.pdf>

²⁹ COMISIÓN EUROPEA. (2004). *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, párrs. 19-21 y 47-88. Diario Oficial de la Unión Europea, C 31, 5.2.2004. A modo de síntesis para no abarcarlo en el artículo, el índice Herfindahl-Hirschman (HHI) se calcula sumando el cuadrado de las cuotas de mercado de cada empresa. La Comisión considera improbable que existan problemas de competencia cuando el HHI posterior a la operación es inferior a 1.000; cuando se sitúa entre 1.000 y 2.000 con un delta inferior a 250; o cuando supera los 2.000 con un delta inferior a 150, salvo circunstancias especiales.

Las siguientes páginas buscan sistematizar esas brechas y proponer una dirección de mejora.

Tal y como ya apuntamos en la comparación procedimental, los umbrales económicos de ambos sistemas reflejan, antes que nada, la diferencia de escala entre los dos mercados que pretenden supervisar. Sin embargo, la cuestión de fondo no es tanto la magnitud de los umbrales en términos absolutos, sino su adecuación al tejido empresarial específico de cada jurisdicción. El umbral individual peruano de 18.000 UIT (aproximadamente 25 millones de dólares) captura, en términos relativos al mercado peruano, un segmento de operaciones proporcionalmente más amplio que el que captura el umbral europeo en relación al mercado comunitario. El resultado, ya mencionado, es una sobrecarga procedimental que consume recursos técnicos del INDECOPI en operaciones de bajo impacto competitivo real. Una revisión técnica de los umbrales, basada en el análisis empírico de los cuatro primeros años de aplicación de la Ley 31112, permitiría calibrar mejor ese punto de entrada y concentrar la supervisión donde verdaderamente es necesaria.

Ahora bien, la otra gran asimetría estructural entre ambos sistemas no reside tanto en los umbrales como en la arquitectura institucional que gestiona el control. El principio europeo de ventanilla única no es solo una comodidad para las empresas, es una garantía de coherencia decisoria: cuando la Comisión Europea resuelve, lo hace como autoridad única y excluyente, sin que otros organismos puedan condicionar, paralizar ni desplazar su competencia. El sistema peruano, en cambio, distribuye el poder decisorio entre el INDECOPI, la SBS y la SMV, atribuyendo a estas últimas no funciones de asesoramiento o consulta, sino de co-autorización con efectos determinantes. En los supuestos de riesgo sistémico, la SBS puede no solo desplazar al INDECOPI sino archivar un procedimiento ya iniciado, sin que exista ningún mecanismo legal de resolución de conflictos entre ambas autoridades ni jerarquía expresa entre sus decisiones. Esto no solo genera inseguridad jurídica para los operadores, que se ven obligados a gestionar en paralelo procedimientos con criterios potencialmente divergentes, sino que socava la coherencia y predictibilidad del sistema en su conjunto. La solución no pasa necesariamente por eliminar las competencias sectoriales de la SBS y la SMV, que responden a lógicas regulatorias legítimas, sino por establecer un protocolo formal de coordinación que designe una autoridad de cierre en caso de conflicto y garantice la unidad de criterio en las resoluciones finales.

El Silencio Administrativo Positivo es, en esencia, una respuesta al problema de la ineficiencia burocrática: si el Estado no resuelve, la operación se aprueba automáticamente. Entendida como mecanismo de presión sobre la administración para que cumpla sus plazos, la lógica es comprensible. Sin embargo, en el contexto específico del control previo de concentraciones, esta solución introduce riesgos que superan con creces el problema que pretende resolver. Un sistema de control

previo solo funciona si la autoridad tiene la capacidad real y el incentivo efectivo de resolver con rigor en todos los casos relevantes. El SAP, lejos de crear ese incentivo, lo distorsiona, ante una carga de trabajo elevada o una operación técnicamente compleja, la inacción deja de ser un fallo institucional sancionable y pasa a ser, en los hechos, un mecanismo alternativo de aprobación. La experiencia europea, donde no existe equivalente al SAP, demuestra que la solución al riesgo de inacción administrativa no pasa por convertir el silencio en autorización, sino por establecer mecanismos de responsabilidad institucional directos: obligaciones de reporte periódico, recursos judiciales por inacción, auditorías independientes de la gestión de plazos o consecuencias reputacionales para la institución. El SAP, tal y como está configurado, es una garantía para las empresas en el corto plazo que puede convertirse, si las condiciones lo favorecen, en una puerta trasera de aprobación automática en casos que precisamente merecerían el análisis más exigente.

Si hay una reforma que el sistema peruano podría adoptar con mayor impacto inmediato sobre la eficiencia del régimen y menor coste institucional, es la creación de un procedimiento simplificado equivalente al *Short Form CO* europeo. Como ya hemos visto, aproximadamente el 90% de las operaciones notificadas ante la Comisión Europea se tramitan bajo este procedimiento ágil, que exige una información sustancialmente reducida y suele resolverse en plazos muy inferiores a los 25 días hábiles de Fase I. La razón de esta prevalencia es directa: la gran mayoría de las concentraciones notificadas no generan preocupaciones de competencia real, ya sea porque las empresas no son competidoras directas, porque las cuotas de mercado son reducidas, o porque la operación responde a una reestructuración interna de grupo. Someter todas estas operaciones al mismo nivel de exigencia informativa y procedimental que una fusión entre grandes competidores en un mercado oligopolístico no solo es ineficiente, sino que desincentiva la notificación voluntaria y distrae a la autoridad de los casos que sí requieren análisis en profundidad.

El sistema peruano, como ya mencionamos anteriormente, con 73 solicitudes en cuatro años, aún no ha alcanzado el volumen que haría crítica esta reforma, pero es precisamente ahora, en la etapa formativa del régimen, cuando debe diseñarse la arquitectura procedimental que soporte el crecimiento futuro. El INDECOPI debería establecer criterios claros y taxativos para la aplicación de un procedimiento simplificado: operaciones de tipo conglomerado, concentraciones verticales con cuotas individuales inferiores al 20%, adquisiciones entre empresas no competidoras, cambios de control exclusivo a conjunto sin variación de la estrategia competitiva del *target*, entre otros supuestos. Para estas operaciones, el procedimiento simplificado podría establecer un formulario reducido, plazos acortados y criterios de autorización cuasi-automática. La experiencia europea demuestra que esta segmentación no sólo es posible sin sacrificar la calidad del control, sino que es precisamente lo que permite que la autoridad dedique sus

recursos más escasos, el análisis económico riguroso, a los casos donde verdaderamente marcan la diferencia.

Por último, el sistema europeo de control de concentraciones no se sostiene únicamente sobre el Reglamento (CE) 139/2004 y su Reglamento de Ejecución; su coherencia y predictibilidad dependen en igual o mayor medida de un extenso cuerpo de directrices, comunicaciones y mejores prácticas que orientan tanto a las empresas como a la propia Comisión en la aplicación de los criterios sustantivos. Los Lineamientos de 2023 del INDECOPI³⁰ son un avance real y significativo en esta dirección, algo que no puede subestimarse en un sistema de apenas cuatro años. Sin embargo, la producción de *soft law* sectorial, es decir, de directrices específicas para los mercados con mayor historial de concentración en la economía peruana, sigue siendo una asignatura pendiente. Sectores como el eléctrico, el financiero, el agroalimentario o las telecomunicaciones presentan estructuras de mercado suficientemente particulares como para que la aplicación de criterios generales resulte insuficiente o, en el peor de los casos, impredecible para los operadores. Una directriz sectorial no implica una regulación más restrictiva ni más permisiva, implica criterios más claros, y criterios más claros significan mayor predictibilidad, menos litigiosidad y, en última instancia, un sistema más eficiente para todos. La Comisión Europea invirtió décadas en construir ese cuerpo de *soft law*; el INDECOPI debería priorizar su desarrollo con una velocidad que no tiene por qué replicar ese proceso sino aprender de él.

En definitiva, el sistema peruano de control de concentraciones es un sistema joven pero bien construido, cuyos fundamentos conceptuales son sólidos y cuya aplicación práctica inicial merece reconocimiento. Las reformas que el modelo europeo sugiere no son correcciones de errores de diseño, sino el resultado natural de décadas de experiencia acumulada que Perú, con la ventaja de quien llega después y puede aprender sin necesidad de repetir los mismos tropiezos, tiene la oportunidad de incorporar. El camino no es el de la copia irreflexiva de un sistema que responde a una realidad económica e institucional radicalmente distinta, sino el de la adaptación selectiva y consciente de aquellos instrumentos que, como el procedimiento simplificado, la jerarquía de remedios o el desarrollo del *soft law* sectorial, han demostrado su utilidad con independencia del contexto en que fueron creados.

³⁰ INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, DIRECCIÓN NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA. (2023). *Lineamientos para la calificación y análisis de las operaciones de concentración empresarial*. Aprobados mediante Resolución 103-2022/CLC-INDECOPI. Diario Oficial El Peruano, 30 de enero de 2023. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2146617-1>

El espejismo de la deliberación: Inteligencia artificial y delegación indebida en el arbitraje peruano

Débora Graciano Chávez*

Resumen. - La inteligencia artificial puede encontrar precedentes, ordenar argumentos y hasta redactar un laudo. Pero ¿puede decidir? En el arbitraje, las partes no eligen solo un resultado: eligen a quien habrá de construirlo. El verdadero límite no está en usar tecnología, sino en permitir que sustituya el juicio del árbitro. Porque si un algoritmo razona y el árbitro firma, ¿quién decidió realmente?

Palabras clave. - Inteligencia artificial - Arbitraje - Delegación - Deliberación - Anulación de laudo.

Abstract. - Artificial intelligence can find precedents, organize arguments, and even draft an arbitral award. But can it decide? In arbitration, parties do not merely choose an outcome: they choose the person who will construct it. The real boundary lies not in using technology, but in allowing it to replace the arbitrator's judgment. Because if an algorithm reasons and the arbitrator signs, who really decided?

Keywords. - Artificial intelligence - Arbitration - Delegation - Deliberation - Annulment of arbitral award.

* Estudiante de derecho en la Universidad del Pacífico. Practicante del área de Solución de Controversias del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano. Asistente de docencia de los cursos Derecho de las Inversiones y Teoría General del Proceso en la misma casa de estudios. Forma parte de la directiva del Círculo de Arbitraje de la Universidad del Pacífico. Asociada Ex Miembro de la Asociación DERUP Editores – Revista Forseti.

I. Introducción

Toda civilización progresa cuando encuentra mejores herramientas para hacer lo que antes hacía de manera más costosa, lenta o imperfecta. El Derecho no es una excepción. El problema de las nuevas tecnologías no es lo que pueden hacer, sino lo que nos permiten dejar de hacer. En el Derecho, eso puede incluir algo tan importante como decidir. En el arbitraje, esa frontera es particularmente relevante porque la función arbitral es, por naturaleza, *intuitu personae*: las partes no confían simplemente en una respuesta, sino en el juicio de la persona que han elegido para construirla. La inteligencia artificial (en adelante, «IA») no elimina esa premisa, pero sí la somete a una prueba que el arbitraje contemporáneo no puede ignorar: ¿cuándo la asistencia tecnológica deja de ser asistencia y se convierte en delegación?

La pregunta ya no es hipotética. La incorporación de herramientas de IA generativa a la práctica arbitral ha dejado de ser una posibilidad remota para convertirse en una realidad cotidiana: árbitros y secretarías la emplean para sistematizar antecedentes, traducir documentos, organizar expedientes voluminosos y elaborar primeros borradores.

La reacción normativa ha sido igualmente rápida. En apenas dos años, el Silicon Valley Arbitration and Mediation Center (en adelante, «SVAMC»), el Chartered Institute of Arbitrators (en adelante, «CIArb»), la American Arbitration Association-International Centre for Dispute Resolution (en adelante, «AAA-ICDR») y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante, «SCC») han emitido directrices específicas sobre su uso, mientras que la Unión Europea ha sometido a supervisión humana obligatoria a los sistemas de IA que asistan en la interpretación de hechos y derecho dentro de mecanismos de resolución de conflictos. La propia AAA-ICDR ha ido más allá de las directrices: desde noviembre de 2025 ofrece un “AI Arbitrator” que redacta proyectos de laudo para arbitrajes de construcción, siempre sujeto a la revisión y firma de un árbitro humano¹.

La reacción judicial no se ha hecho esperar. En abril de 2026, la Corte Superior de Quebec anuló, en el caso *ARIHQ c. Santé Québec*, el primer laudo arbitral conocido por delegación decisoria en IA². Lo que hace apenas un lustro era materia de especulación académica es hoy objeto de directrices institucionales y de jurisprudencia concreta. El derecho peruano no puede permanecer ajeno a esa transformación.

¹ AAA-ICDR, «AAA-ICDR to Launch an AI-Native Arbitrator, Transforming Dispute Resolution» (comunicado de prensa, 3 de noviembre de 2025).

² Association des ressources intermédiaires d'hébergement du Québec (ARIHQ) c. Santé Québec, 2026 QCCS 1360 (Cour supérieure du Québec, Chambre commerciale, 22 de abril de 2026), párr. 1-4 (en adelante, «ARIHQ c. Santé Québec»).

Este artículo sostiene que el ordenamiento jurídico peruano ya contiene un límite normativo suficiente para responder a esa pregunta. Los deberes de deliberación y motivación previstos en la Ley de Arbitraje peruana, aprobada mediante Decreto Legislativo Nro. 1071³ en adelante, la «Ley de Arbitraje») no impiden que el árbitro utilice IA como herramienta de apoyo, pero sí que esta sustituya el juicio que solo a él corresponde. La dificultad no está en el uso de la tecnología, sino en la falta de criterios operativos para distinguir la asistencia legítima de la delegación indebida. Esa zona gris es la que este artículo busca delimitar, a partir de estándares internacionales y derecho comparado, para proponer un criterio funcional aplicable al sistema arbitral peruano.

El argumento se desarrolla en cuatro secciones. La **primera** identifica el fundamento normativo y constitucional del deber de deliberación y motivación en el arbitraje peruano, y explica por qué esa exigencia no es solo un estándar de buenas prácticas, sino una consecuencia de la dimensión jurisdiccional que el ordenamiento peruano reconoce al arbitraje. La **segunda** examina el caso *ARIHQ c. Santé Québec* y el panorama comparado, judicial e institucional, que comienza a formarse en torno a la delegación decisoria. La **tercera** contrasta los principales instrumentos internacionales sobre IA en arbitraje para extraer, de su convergencia y sus diferencias, un principio común de no delegación. La **cuarta** traslada ese principio al sistema peruano, identifica el vacío operativo, no de principios, que hoy lo afecta, y propone un criterio funcional y un *test* de verificación aplicables tanto por el árbitro como por el juez de anulación.

La tesis, en definitiva, no pide elegir entre innovación tecnológica y legitimidad arbitral. Pide trazar, con precisión normativa, la línea que separa a un árbitro que se apoya en una herramienta de un árbitro que ha dejado de decidir.

II. El deber de deliberación y motivación en el arbitraje

La legitimidad del arbitraje descansa en la confianza que las partes depositan en la persona designada como árbitro, elegida por su criterio, experiencia y capacidad de juicio⁴. Se trata de una función *intuitu personae* que no admite sustitución: las partes no encomiendan la controversia a una herramienta tecnológica, sino a una persona cuya idoneidad motivó su designación. La Ley de Arbitraje recoge este principio de manera implícita, pero inequívoca.

El artículo 52.2⁵ de la Ley de Arbitraje establece que los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones, y que la falta de intervención de uno no exime a los demás de deliberar y decidir. A diferencia de otras disposiciones de la misma ley, este deber no admite pacto en contrario. Las partes pueden convenir contra la

³ Decreto Legislativo 1071, 27 de junio de 2008.

⁴ Alan Redfern y Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 5.^a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2015.

⁵ Artículo 52 de la Ley de Arbitraje “(...) 2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda (...)”.

motivación escrita del laudo, como se verá más adelante, pero no pueden convenir contra la obligación de que cada árbitro forme su propio juicio y participe personalmente en la decisión. A criterio de esta autora, el artículo 52.2 basta, por sí solo, para sostener el deber de deliberación personal e indisponible que defiende este artículo.

Esta exigencia no es meramente contractual, sino constitucional. El Tribunal Constitucional, en el caso Cantuarias Salaverry, señaló que el arbitraje no se agota en la cláusula que le da origen ni en la ley que la desarrolla, sino que constituye una auténtica sede jurisdiccional, dotada de autonomía y sujeta, como toda jurisdicción, al respeto de los derechos fundamentales⁶.

Más allá de la discusión doctrinal acerca de si el arbitraje encuentra su fundamento en la jurisdicción o responde, por el contrario, a una lógica eminentemente privatística, y más allá de compartir o no la tesis jurisdiccional por la que se decanta el Tribunal Constitucional dentro de ese debate —posición que esta autora no comparte—, lo cierto es que el ordenamiento jurídico peruano reconoce al arbitraje, cuando menos, una naturaleza mixta.

Este encuentra su fundamento, de un lado, en la voluntad de las partes, conforme al artículo 62 de la Constitución Política del Perú⁷; y, de otro, en la atribución legal de potestades jurisdiccionales al tribunal arbitral, así como en la interpretación sostenida por el Tribunal Constitucional en su calidad de máximo intérprete de la Constitución.

Esa calificación, compartida o no, tiene una consecuencia directa para el problema que aquí se analiza. Si, en los términos reconocidos por el propio ordenamiento, el árbitro ejerce función jurisdiccional conforme al artículo 139 de la Constitución Política del Perú⁸, el deber de deliberar personalmente no puede entenderse, cuanto menos no exclusivamente, como un estándar de buenas prácticas contractuales entre privados; sino, también, como una exigencia estructural derivada de esa dimensión jurisdiccional que el ordenamiento le atribuye. La delegación del razonamiento decisorio en un sistema de IA no compromete, entonces, solamente la relación contractual entre las partes y el árbitro, sino también esa dimensión jurisdiccional que, más allá del debate doctrinal, el ordenamiento peruano le reconoce.

Por otro lado, el artículo 56.1⁹ de la Ley de Arbitraje exige que el laudo sea motivado, salvo pacto en contrario. Esta norma regula la forma en que el deber de

⁶ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia, Expediente 6167-2005-PHC/TC (Caso Cantuarias Salaverry), 28 de febrero de 2006.

⁷ Constitución Política del Perú (1993), artículo 62.

⁸ Constitución Política del Perú (1993), artículo 139.

⁹ Artículo 56 de la Ley de Arbitraje. - “(...) 1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50°. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35°. El laudo se considera dictado en ese lugar (...).

deliberación se exterioriza. Motivar no es redactar, motivar es hacer constar las razones de hecho y de derecho que condujeron al árbitro a decidir, exista o no constancia escrita de ellas. La deliberación es el proceso; la motivación, cuando existe en forma escrita, es su registro. Por eso el artículo 56.1 no compite con el artículo 52.2 como fuente autónoma del deber de no delegación, sino que lo complementa como el único mecanismo a través del cual ese deber, ocurrido en la reserva de la deliberación, se vuelve verificable para las partes y, eventualmente, para el juez de anulación.

Esta distinción permite además precisar un supuesto que podría parecer, a primera vista, contrario a la tesis de este artículo. Nada impide que un árbitro redacte la motivación de su laudo con apoyo de IA, siempre que el razonamiento plasmado en ese texto sea el suyo: si el árbitro delibera, forma su criterio y luego instruye a la herramienta para que redacte, explique o desarrolle esas razones ya decididas, no hay delegación, sino una mera asistencia en la tarea de exteriorización. Lo que el artículo 52.2 prohíbe no es que la IA participe en la redacción del laudo, sino que sustituya el juicio que debió formarse antes de esa redacción.

Queda por resolver qué ocurre cuando las partes, tal como permite el artículo 56.1, pactan en contra de la motivación escrita. Ese pacto no alcanza al deber de deliberación del artículo 52.2, que por no admitir pacto en contrario subsiste inalterado: seguirá existiendo una motivación de fondo, entendida como las razones de hecho y de derecho que sostienen la decisión, aunque las partes hayan renunciado a que conste documentalmente. Lo disponible es la forma; lo indisponible es el proceso deliberativo que la antecede¹⁰.

Esta premisa permite distinguir la asistencia tecnológica legítima de la delegación decisoria. El uso de IA para sistematizar información, identificar precedentes o elaborar borradores resulta compatible con la función arbitral si permanece sujeto a revisión crítica del árbitro. Como sostienen Stefer y Fricke, la diferencia no depende del volumen de texto generado, sino de que el árbitro verifique, comprenda y haga suyo el razonamiento incorporado al laudo¹¹. El deber de analizar independientemente los hechos, el derecho y las pruebas es indelegable¹².

La deliberación, entonces, no es un procedimiento formal previo al laudo, sino el momento mismo en que se forma el criterio decisorio y se materializa la función confiada al árbitro. Delegarla no es simplemente delegar redacción: es delegar

¹⁰ Esta renuncia, sin embargo, plantea una dificultad práctica que este artículo no pretende ocultar. Si las partes han pactado contra la motivación escrita, el test operativo propuesto en la sección IV, que descansa en el examen del texto del laudo, carece de un objeto sobre el cual aplicarse. El deber del artículo 52.2 seguiría vigente en su dimensión sustantiva, pero su verificación judicial se volvería, en la práctica, extremadamente difícil. Esta limitación queda reconocida como un problema abierto que excede el objeto de este trabajo.

¹¹ STEFER, D. Y VERA, F., *From Algorithms to Awards: Exploring the Technological and Legal Boundaries of AI's Contributions to the Work of Arbitrators*, *Arbitration International* 41, nro. 1 (2025): 49-70.

¹² BORN, G., *International Arbitration: Law and Practice*, 3.^a ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2020.

aquello que las partes efectivamente compraron al elegir a su árbitro. En la misma línea, los estándares de la Cámara de Comercio Internacional exigen que la motivación refleje un proceso deliberativo real, y no una mera apariencia de razonamiento¹³.

III. El caso ARIHQ c. Santé Québec y el panorama jurisprudencial emergente sobre delegación decisoria

El primer precedente judicial que enfrentó directamente la delegación decisoria en IA generativa provino de Canadá. El 22 de abril de 2026, la Corte Superior de Quebec resolvió, en *ARIHQ c. Santé Québec*, la nulidad de un laudo arbitral dictado en una controversia entre un centro de salud público y un prestador de servicios asistenciales, que reclamaba una compensación retroactiva. El árbitro desestimó la demanda por extemporánea, apoyándose en tres decisiones judiciales, un artículo doctrinal y un laudo arbitral. Ninguna de esas fuentes existía. Todas eran producto de una alucinación generada por IA¹⁴.

La Corte concluyó que el árbitro había delegado, de manera implícita, parte de su función decisoria. No cuestionó, en abstracto, el uso de IA en el arbitraje; por el contrario, reconoció su utilidad para la investigación, la organización de información y la elaboración de borradores. Lo que consideró inadmisibles fue delegar en ella el análisis jurídico, o incorporar su contenido al laudo sin revisión crítica. Sobre esa base, concluyó que el árbitro había abdicado de su deber de verificación independiente y había delegado parte de su facultad de decidir, configurándose así la causal de incumplimiento del procedimiento arbitral prevista en el artículo 646, párrafo 3 del Código de Procedimiento Civil de Quebec¹⁵.

Un aspecto poco advertido refuerza esa conclusión. La Corte rechazó el segundo motivo de nulidad invocado por las partes: la supuesta vulneración del orden público por aplicar un plazo contractual de caducidad más breve que el legal. Precisó, al respecto, que un error de derecho, incluso sobre una norma de orden público, no basta para anular un laudo¹⁶. Esta precisión confirma que el estándar

¹³ International Chamber of Commerce, «The Award: Minimum Requirements and Best Practices», ICC Bulletin 32, nro. 1 (2021): 45-58.

¹⁴ ARIHQ c. Santé Québec, párr. 68-69: «Les Demanderesses affirment qu'il existe de forts indices que la Sentence a été rédigée en utilisant l'intelligence artificielle. [...] La Défenderesse fait valoir que l'utilisation de l'intelligence artificielle n'est pas un motif d'annulation énuméré à l'article 646 C.p.c. Bien qu'elle ait raison sur ce point, cela ne suffit pas pour trancher la question» (traducido al español: «las demandantes afirman que existen fuertes indicios de que el laudo fue redactado utilizando inteligencia artificial [...] La demandada sostiene que el uso de inteligencia artificial no es un motivo de anulación enumerado en el artículo 646 del Código de Procedimiento Civil. Aunque tiene razón en este punto, ello no basta para resolver la cuestión»).

¹⁵ Code de procédure civile, RLRQ c. C-25.01 (Québec), artículo 646, párrafo 3.

¹⁶ ARIHQ c. Santé Québec, párr. 55: «même si l'Arbitre s'était trompé en droit sur cet aspect, sa Sentence n'est pas révisable. Une erreur de droit, même sur un article d'ordre public, n'est pas un motif d'annulation» (traducido al español: «aun si el árbitro se hubiera equivocado en derecho en este aspecto, su laudo no es revisable. Un error de derecho, incluso sobre una norma de orden público, no constituye un motivo de anulación»).

de anulación no cuestiona la decisión del árbitro, sino la existencia de un criterio propio, acertado o no, que pueda atribuírsele.

La nulidad respondió, entonces, no al uso de IA en sí, sino a la ausencia de verificación humana sobre el núcleo del razonamiento. Además, la Corte distinguió entre fuentes inexistentes determinantes para la decisión y aquellas citadas solo al resumir posiciones de las partes, sin incidencia en el fondo¹⁷. El estándar aplicado fue de materialidad, no de mera detección de una alucinación.

Aunque por ahora se trata de un único precedente, *ARIHQ c. Santé Québec* perfila un criterio relevante: no se cuestiona el empleo de IA como apoyo, sino la delegación del proceso deliberativo confiado al árbitro. El punto decisivo no es el uso de la herramienta en sí, sino la posibilidad de demostrar que el juicio personal e independiente del árbitro fue sustituido.

El caso *ARIHQ c. Santé Québec* no es, sin embargo, un episodio aislado. Ámbitos con capacidad normativa o disciplinaria propia, distintos del arbitraje, muestran la misma tendencia: en Francia, el grupo de trabajo sobre IA de la *Cour de cassation* ha destacado la indispensabilidad del control humano sobre cualquier resultado generado por estas herramientas¹⁸; el *Conseil National des Barreaux* somete a responsabilidad disciplinaria al abogado que incorpore contenido de IA sin verificarlo¹⁹; y la Corte Suprema de Singapur atribuye, desde octubre de 2024, responsabilidad plena por el contenido generado con IA a quien lo presenta ante los tribunales, incluida la verificación de las fuentes citadas²⁰. Como advierten Moreira y Zhang, esta convergencia por la opacidad de los modelos de lenguaje, que dificulta advertir cuándo una fuente carece de sustento²¹.

El debate, en consecuencia, ya no consiste en determinar si la IA puede utilizarse en el arbitraje, sino en precisar qué exige el deber de deliberación para que ese uso siga siendo compatible con una decisión humana.

IV. Comparación de estándares normativos internacionales

¹⁷ *ARIHQ c. Santé Québec*, párr. 113: “Les références mentionnées ci-haut sont au cœur du raisonnement de l'Arbitre. Elles constituent les seules références doctrinales ou jurisprudentielles utilisées comme appui légal à la Sentence. Les autres références jurisprudentielles sont comprises dans des sections de la Sentence qui résument les positions des parties” (traducido al español: “las referencias antes mencionadas están en el centro del razonamiento del árbitro. Constituyen las únicas referencias doctrinales o jurisprudenciales utilizadas como sustento legal del laudo. Las demás referencias jurisprudenciales se encuentran en secciones del laudo que resumen las posiciones de las partes”).

¹⁸ Groupe de travail sur l'intelligence artificielle, *Cour de cassation, Préparer la Cour de cassation de demain: Cour de cassation et intelligence artificielle* (informe, 28 de abril de 2025).

¹⁹ *Conseil National des Barreaux, Guide pratique: La déontologie et l'intelligence artificielle* (2026), elaborado por la Commission des règles et usages du CNB.

²⁰ Supreme Court of Singapore, *Guide on the Use of Generative Artificial Intelligence Tools by Court Users*, Registrar's Circular Nro. 1 of 2024 (23 de setiembre de 2024).

²¹ MOREIRA, J. y ZHANG, J., «ChatGPT as a Fourth Arbitrator? The Ethics and Risks of Using Large Language Models in Arbitration», *Arbitration International* 41, nro. 1 (2025): 71-84.

Frente a este riesgo, los principales instrumentos internacionales publicados en los últimos dos años convergen en un mismo principio: la prohibición de delegar la función decisoria en herramientas de IA. Conviene precisar que se trata, en su gran mayoría, de instrumentos de *soft law* de origen institucional, sin fuerza vinculante autónoma; la lectura convergente que aquí se propone es, por tanto, una interpretación de este artículo a partir de su comparación, y no una conclusión que ninguno de esos instrumentos declare de manera conjunta. Solo el Reglamento europeo examinado más adelante, el *AI Act*, tiene naturaleza de derecho positivo.

Ahora bien, la Directriz 6 del *Silicon Valley Arbitration and Mediation Center*, titulada “[n]o delegación de responsabilidades en la toma de decisiones”, dispone que “(...) un árbitro no delegará ninguna parte de su mandato personal en ninguna herramienta de IA (...)”²² y que “(...) este principio se aplicará especialmente al proceso de toma de decisiones del árbitro (...)”²³, precisando que “(...) el uso de herramientas de IA por parte de los árbitros no sustituirá su análisis independiente de los hechos, el derecho y las pruebas (...)”²⁴.

La Directriz 7 complementa esa prohibición desde el plano probatorio. Dispone que “(...) un árbitro no se basará en información generada por IA que no conste en el expediente sin informar previamente a las partes (...)”²⁵ y que, “(...) cuando una herramienta de IA no pueda citar fuentes que puedan ser verificadas de forma independiente, el árbitro no asumirá que dichas fuentes existen o son caracterizadas con precisión por la herramienta de IA (...)”²⁶.

De forma concordante, el *Chartered Institute of Arbitrators* aconseja en su Directriz 8 a los árbitros que “(...) se abstengan de utilizar la IA de forma que pueda comprometer la integridad del procedimiento o la validez o ejecución del laudo (...)”, precisando que “(...) el Tribunal debe evitar delegar tareas en herramientas de IA, como el análisis jurídico, la investigación e interpretación de hechos y derecho, o la aplicación del derecho a los hechos, si dicho uso pudiera influir en las decisiones procesales o sustantivas (...)”²⁷.

Añade además en su Directriz 8.4 que “(...) un árbitro asumirá la responsabilidad de todos los aspectos de un laudo, independientemente de cualquier uso de la IA para ayudar en el proceso de toma de decisiones”²⁸.

Este mismo criterio es compartido por la *American Arbitration Association-International Centre for Dispute Resolution* que, ya desde sus Principios de 2023, advertía que “(...) aunque la IA puede aportar información valiosa, los

²² Silicon Valley Arbitration and Mediation Center, Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration (30 de abril de 2024), Directriz 6.

²³ *Ídem*.

²⁴ *Ídem*.

²⁵ Silicon Valley Arbitration and Mediation Center, Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration, Directriz 7.

²⁶ *Ídem*.

²⁷ Chartered Institute of Arbitrators, Guideline on the Use of AI in Arbitration (2025), Directriz 8.2.

²⁸ CI Arb, Guideline on the Use of AI in Arbitration, Directriz 8.4.

profesionales de la resolución alternativa de litigios deben ejercer un juicio independiente (...)” y que estos “(...) no deben confiar irreflexivamente en los resultados de la IA, sino evaluarlos de forma crítica basándose en sus conocimientos, experiencia y criterio (...)”, pues “(...) son los únicos responsables de su trabajo”²⁹. Su guía de marzo de 2025 añade que “(...) ninguna tecnología puede reemplazar la experiencia de un árbitro (...)”³⁰, aunque puede constituir “una mejora” que permita “mayor precisión y eficiencia”³¹.

La institución, sin embargo, no se ha limitado a emitir directrices: el 3 de noviembre de 2025 lanzó su propio “AI Arbitrator”, una herramienta destinada, por ahora, a arbitrajes de construcción documentales entre dos partes. El sistema, entrenado con más de 1500 laudos de construcción, analiza los escritos y las pruebas presentadas y elabora un proyecto de laudo fundado en razonamiento jurídico; pero ese proyecto carece de todo efecto vinculante hasta que un árbitro humano lo revisa, lo valida y lo suscribe. Lejos de contradecir el principio de no delegación, la iniciativa lo confirma desde la práctica: incluso la institución que más ha avanzado hacia la automatización del proceso decisorio sigue exigiendo, como condición de validez del laudo, la intervención sustantiva de un árbitro humano.

Y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, aunque anima a los tribunales arbitrales a emplear la IA para “(...) buscar e interpretar hechos y la ley y aplicar la ley a una serie de hechos en concreto (...)”³², condiciona ese uso a una supervisión humana efectiva: exige que los tribunales “(...) apliquen un nivel adecuado de revisión y verificación a cualquier resultado de los sistemas de IA antes de hacer uso de dichos resultados en un arbitraje (...)”³³, y recomienda “(...) revelar cualquier uso de la IA en la investigación e interpretación de los hechos y el derecho o en la aplicación del derecho a los hechos (...)”³⁴.

El caso europeo confirma, desde una lógica distinta, la misma preocupación. El Reglamento (UE) 2024/1689, la norma de alcance más ambicioso sobre IA hasta la fecha (en adelante, el «AI Act» o «Reglamento de IA»), clasifica como de alto riesgo a los sistemas de IA destinados a asistir a una autoridad judicial, o utilizados de forma similar en mecanismos de resolución alternativa de conflictos, en la investigación e interpretación de los hechos y el derecho, cuando el resultado del procedimiento produzca efectos jurídicos para las partes.

La norma no fue redactada pensando en el arbitraje internacional, pero su ámbito de aplicación lo alcanza: un sistema de IA que contribuya sustantivamente a

²⁹ American Arbitration Association-International Centre for Dispute Resolution, Principles Supporting the Use of AI in Alternative Dispute Resolution (2023), principio V.

³⁰ AAA-ICDR, Guidance on Arbitrators' Use of AI Tools (marzo de 2025).

³¹ *Ídem*.

³² SCC Arbitration Institute, Guide to the Use of Artificial Intelligence in Cases Administered under the SCC Rules (16 de octubre de 2024).

³³ *Ídem*.

³⁴ *Ídem*.

interpretar hechos o derecho dentro de un procedimiento arbitral cuyo laudo produzca efectos vinculantes queda sujeto a obligaciones de supervisión humana. El artículo 14 es explícito al respecto: dispone que “(...) los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de modo que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso (...)”³⁵, con el objeto de “(...) prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir cuando se utiliza un sistema de IA de alto riesgo conforme a su finalidad prevista (...)”³⁶.

El AI Act no resuelve, como sí procuran el SVAMC o el CIArb, el instante preciso en que la asistencia se convierte en delegación; pero al erigir la supervisión humana en condición de legalidad, respalda desde el derecho regulatorio general la misma conclusión que la *soft law* arbitral construye desde la ética profesional: ninguna decisión con efectos jurídicos puede quedar librada, sin control humano verificable, al resultado de un sistema automatizado.

Aunque estos instrumentos difieren sobre la divulgación del uso de IA (el SVAMC la deja al caso concreto³⁷, mientras que el SCC solo la recomienda en determinados supuestos), el consenso internacional no gira en torno a la transparencia como fin en sí mismo. El elemento común es garantizar que la decisión refleje un juicio humano verificable. Para el ordenamiento peruano, ello sugiere que la respuesta normativa no pasa necesariamente por imponer un deber general de revelar el uso de IA, sino por asegurar la trazabilidad y verificación del razonamiento arbitral.

No todas las directrices internacionales abordan este problema. Algunos instrumentos se concentran en riesgos distintos, como la confidencialidad y la integridad probatoria. Así ocurre con la Opinión Formal 512 del Colegio de Abogados de América³⁸, las directrices del Comité de Mediación de la International Bar Association (en adelante, «IBA»)³⁹ y las reglas de JAMS sobre disputas de IA⁴⁰, orientadas a controversias cuyo objeto es la IA misma, o a quien la utiliza para representar a una parte, y no al empleo de estas herramientas por el tribunal arbitral.

La Opinión Formal 512 ilustra bien esta distinción. Está dirigida a los abogados que representan a las partes, no a los árbitros que deciden. Sobre la confidencialidad, advierte que, dado que:

³⁵ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, artículo 14.

³⁶ *Ídem*.

³⁷ SVAMC, Guidelines, Directriz 3.

³⁸ American Bar Association, Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility, Formal Opinion 512: Generative Artificial Intelligence Tools (2024).

³⁹ International Bar Association, Comité de Mediación, Guidelines on the Use of Generative Artificial Intelligence in Mediation (19 de junio de 2025).

⁴⁰ JAMS, Artificial Intelligence Disputes Clause and Rules, Regla 15.b (vigente desde el 14 de junio de 2024).

(...) muchas de las herramientas de autoaprendizaje [de IA generativa] actuales están diseñadas para que su resultado pueda conducir directa o indirectamente a la revelación de información relativa a la representación de un cliente, se requiere el consentimiento informado del cliente antes de introducir información relativa a la representación en dicha herramienta (...) ⁴¹.

Sobre la comunicación con el cliente, precisa que "(...) los hechos de cada caso determinarán si la Regla Modelo 1.4 exige a los abogados revelar sus prácticas de IA generativa a los clientes u obtener su consentimiento informado (...) ⁴², aunque, "(...) aun cuando la Regla 1.6 no exija el consentimiento informado y la Regla 1.4 no exija la revelación, los abogados pueden informar a los clientes de cómo emplean [esas] herramientas para ayudar en la prestación de servicios jurídicos (...) ⁴³. El documento desarrolla así deberes de competencia tecnológica, confidencialidad y candor frente al tribunal, pero no se ocupa, en ningún momento, del proceso deliberativo del decisor.

En un registro distinto, las directrices del Comité de Mediación de la International Bar Association, dirigidas a la mediación y no al arbitraje, exigen que "(...) todo asesoramiento jurídico proporcionado por la IA [sea] revisado por profesionales del derecho (...) ⁴⁴ y advierten que "(...) la información confidencial que se introduce en los modelos de lenguaje de gran tamaño [...] puede ser vulnerable a las violaciones de datos y a la divulgación no intencionada (...) ⁴⁵. Prevén, además, un mecanismo de control entre las propias partes, pues "(...) cualquier participante en la mediación puede solicitar información sobre las herramientas de IA que otro participante tenga previsto utilizar o esté utilizando (...) ⁴⁶, y, "(...) si el problema no puede resolverse, los participantes en la mediación deberán dejar de utilizar la herramienta (...) ⁴⁷. Se trata, otra vez, de un riesgo de transparencia entre partes, no de sustitución del criterio del decisor.

Las reglas de JAMS sobre disputas de IA responden a una lógica todavía más distinta: no regulan el uso de IA por el árbitro, sino el arbitraje de controversias que tienen a la IA como objeto del litigio. Aun así, contienen una precisión relevante para este artículo: su Regla 15.b exige que "(...) JAMS proponga, sujeto a disponibilidad, únicamente panelistas aprobados por JAMS para evaluar controversias que involucren materia técnica, con la formación y experiencia

⁴¹ American Bar Association Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility, Formal Opinion 512: Generative Artificial Intelligence Tools (2024).

⁴² *Ídem*.

⁴³ *Ídem*.

⁴⁴ International Bar Association Mediation Committee, Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Mediation (2024).

⁴⁵ *Ídem*.

⁴⁶ *Ídem*.

⁴⁷ *Ídem*.

apropiadas (...)”⁴⁸, lo que confirma que, incluso en el terreno más alejado del arbitraje sobre IA propiamente dicho, la institución sigue exigiendo que sea una persona, con criterio propio y credenciales verificables, quien resuelva la disputa.

Esta distinción no es accidental. Confirma que el riesgo de la delegación decisoria del árbitro constituye una categoría jurídica autónoma, distinta del riesgo de mala *praxis* del abogado o de filtración de información confidencial, y que exige un desarrollo propio dentro del arbitraje, no una simple extensión de las reglas de ética profesional de los abogados o de las reglas aplicables a controversias sobre IA como objeto de litigio.

Esta distinción confirma que el principio de no delegación de la función decisoria, desarrollado expresamente por el SVAMC, el CIArb, la AAA-ICDR y el SCC, y ahora respaldado indirectamente por el AI Act europeo, constituye una evolución reciente dentro de la regulación internacional sobre IA. Mientras la primera generación de instrumentos se concentró en los riesgos de confidencialidad, protección de datos e integridad de la información, los desarrollos más recientes desplazan el debate hacia un problema distinto: la preservación del carácter personal e indelegable del proceso deliberativo.

V. El vacío regulatorio peruano y una propuesta de estándar operativo

La Ley de Arbitraje peruana, promulgada en el año 2008, no menciona la IA, lo que resulta previsible dado el momento de su expedición. Sin embargo, este artículo sostiene que el vacío no es de principios, sino de estándares operativos de verificación. El artículo 52, citado *supra*, ya contiene, en su formulación general, el fundamento normativo suficiente para sancionar la delegación indebida de la función decisoria; lo que falta es un criterio claro que permita distinguir la asistencia legítima de la sustitución encubierta.

¿Qué consecuencia jurídica podría seguirse, entonces, de una delegación decisoria en IA dentro de un arbitraje peruano? La consecuencia es la anulación del laudo. Para sostenerla, sin embargo, es necesario identificar primero la causal de anulación aplicable, y solo después evaluar si el precedente de Quebec ofrece un criterio trasladable para su aplicación.

La causal más próxima sería la del artículo 63.1.c de la Ley de Arbitraje⁴⁹, que permite anular el laudo cuando:

(...) la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en

⁴⁸ JAMS, JAMS Rules for the Arbitration of Disputes Involving Artificial Intelligence System Applications and Technology, Regla 15.b (2024).

⁴⁹ Decreto Legislativo 1071, artículo 63.1.c.

defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

Se trata, nótese, de una causal procedimental. No habilita al juez de anulación a revisar el fondo del laudo, lo que el artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje prohíbe expresamente⁵⁰. La pregunta relevante no sería, entonces, si el árbitro razonó bien o mal, sino si el proceso mediante el cual llegó a su decisión, la deliberación exigida por el artículo 52.2, efectivamente tuvo lugar.

Ese mismo deslinde entre defecto procedimental y error de fondo fue, precisamente, el que empleó la Corte de Quebec en *ARIHQ c. Santé Québec*. La nulidad no se fundó en la corrección del criterio sustantivo del árbitro, sino en que había delegado, sin verificación independiente, el proceso mismo de razonamiento⁵¹.

Dado que la causal peruana comparte esa misma naturaleza procedimental y no sustantiva, cabría sostener, por analogía funcional y no por identidad normativa, que hechos equivalentes a los de *ARIHQ c. Santé Québec*, esto es, la incorporación al laudo de fuentes inexistentes o no verificadas, generadas por una herramienta de IA y determinantes del razonamiento decisorio, podrían encuadrar en el supuesto del artículo 63.1.c, en la medida en que revelarían que la deliberación exigida por el artículo 52.2 no tuvo lugar en los términos que la Ley presupone.

Veamos la redacción de las causales de anulación cuya asimilación proponemos:

Quebec, artículo 646, párrafo 3 del Código de Procedimiento Civil	Perú, artículo 63.1.c del Decreto Legislativo 1071
“El tribunal solo podrá rechazar la homologación de un laudo arbitral [...] si se acredita alguno de los siguientes supuestos: [...] que no se respetó el modo de nombramiento de un árbitro o el procedimiento arbitral aplicable”.	“Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable [...], o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.”

Conforme se advierte, se trata, en todo caso, de una lectura posible del texto vigente, no de una consecuencia que la norma declare de forma expresa. Cabe precisar, además, que la propia Corte de Quebec no subsumió los hechos de *ARIHQ c. Santé Québec* en el tenor literal del artículo 646, sino que lo interpretó de manera amplia, para abarcar violaciones procesales que comprometieran la

⁵⁰ Decreto Legislativo 1071, artículo 62.2.

⁵¹ *ARIHQ c. Santé Québec*, párr. 3.2.

integridad del proceso arbitral aun cuando no figuraran expresamente entre las causales enumeradas por la ley⁵².

La interpretación propuesta no vulnera el principio de taxatividad, pues este prohíbe crear nuevas causales de anulación, pero permite interpretar las ya previstas para abarcar supuestos no expresamente contemplados. La jurisprudencia peruana ha aplicado este criterio respecto de la falta de motivación, encuadrándola en el literal b) del artículo 63 cuando impide ejercer el derecho de defensa⁵³.

El paralelo que aquí se propone sería, entonces, un paralelo entre dos ejercicios de interpretación de causales procedimentales preexistentes, y no entre dos textos que ya contemplan expresamente el supuesto de la delegación en IA; ninguna de las dos leyes fue redactada pensando en ese escenario. Su procedencia debería confirmarla, en cada caso, el juez de anulación.

Aceptar esa lectura tendría una implicancia práctica relevante para el sistema peruano: el juez de anulación no tendría por qué pronunciarse sobre si la conclusión jurídica del laudo fue correcta, sino, únicamente, sobre si el proceso deliberativo tuvo lugar. Sería, en ese sentido, una revisión procedimental y no sustantiva, compatible con los límites que el artículo 62.2 impone a la acción de anulación. De manera separada, y sin que ello excluya la vía judicial, el árbitro podría además enfrentar consecuencias disciplinarias ante el centro de arbitraje o su registro, por infracción a las reglas de ética aplicables.

Esta lectura, además, no resultaría ajena al sistema comparado. El artículo 63.1.c de la Ley de Arbitraje peruana recoge, con matices, la causal de anulación por inobservancia del procedimiento pactado o legalmente aplicable que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional consagra en su artículo 34.2.a.iv⁵⁴. Esa raíz común sugiere que la propuesta de este artículo no introduce una causal ajena al sistema, sino que aplicaría, a un supuesto nuevo, una causal de anulación por defecto procedimental ya reconocida en el derecho comparado del arbitraje, y no una interpretación extensiva sin respaldo.

Ahora bien, reconocer que el artículo 63.1.c podría, en abstracto, dar cabida a estos casos no resuelve el problema práctico, esto es, la falta de un criterio que permita identificar, con algún grado de objetividad, cuándo se ha cruzado la línea entre

⁵² ARIHQ c. Santé Québec, párr. 71: “il faut comprendre que toute violation « importante de la procédure sur laquelle les parties s'étaient entendues » et qui met en cause « l'intégrité du processus arbitral » peut entraîner une telle annulation” (traducido al español: “debe entenderse que toda violación 'importante' del procedimiento sobre el que las partes se habían puesto de acuerdo y que compromete 'la integridad del proceso arbitral' puede dar lugar a dicha anulación”).

⁵³ Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Civil Subespecializada en Materia Comercial, Expediente Nro. 252-2022-0, (*Ministerio Público c. Ingram Micro SAC*), Resolución Nro. 7, 30 de noviembre de 2023, Considerandos tercero a noveno.

⁵⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, con enmiendas de 2006), artículo 34.2.a.iv.

asistencia legítima y sustitución encubierta. Este artículo propone uno de carácter funcional: la IA sería legítima cuando cumple una función organizativa o instrumental (sistematización de antecedentes, traducción o generación de un primer borrador) y su resultado es verificado y reelaborado por el árbitro antes de incorporarse al razonamiento decisorio.

Devendría ilegítima cuando realiza la función analítica misma (interpretación de hechos, calificación jurídica o ponderación de pruebas) sin verificación posterior, en línea con lo que delimitan la Directriz 8.2 del CIArb y la Directriz 6 del SVAMC. Lo decisivo no sería, entonces, qué proporción del texto final fue generada por la herramienta, sino si el contenido decisorio fue verificado independientemente antes de su adopción.

Se propone, en consecuencia, un test de tres preguntas, inspirado en el consenso comparado revisado en la sección anterior y en el propio método analítico de la Corte de Quebec, que exige ponderar la naturaleza del incumplimiento, su efecto sobre la integridad del procedimiento y su incidencia en el resultado del laudo⁵⁵. **Primero**, si el árbitro podría reproducir y sostener el razonamiento del laudo sin recurrir a la herramienta de IA que empleó como apoyo. **Segundo**, si el árbitro verificó de manera independiente cada fuente jurídica o fáctica incorporada al laudo, en línea con lo exigido por la Directriz 7 del SVAMC⁵⁶. **Tercero**, si la decisión final refleja una valoración propia de los hechos controvertidos, más allá de la organización o redacción del texto.

Este test cumpliría una doble función. Preventivamente, podría operar como lista de verificación para el árbitro antes de emitir el laudo; evaluativamente, podría servir al juez de anulación como estándar de indicios objetivos para determinar si las actuaciones se ajustaron al reglamento aplicable. Este fue, precisamente, el método de la Corte de Quebec: no exigió una confesión de delegación, sino que la infirió de que las fuentes citadas en el propio laudo resultaron, al ser verificadas, inexistentes⁵⁷. Un método de prueba indiciaria que también sería trasladable al juez peruano de anulación.

⁵⁵ ARIHQ c. Santé Québec, párr. 72: “Une fois qu’une violation importante est confirmée, le tribunal doit donc soupeser la nature du manquement au regard de la procédure d’arbitrage engagée, déterminer si ce manquement est de nature à porter atteinte à l’intégrité de la procédure et évaluer dans quelle mesure il a eu une incidence sur la sentence elle-même” (traducido al español: “una vez confirmada una violación importante, el tribunal debe entonces ponderar la naturaleza del incumplimiento en relación con el procedimiento arbitral iniciado, determinar si ese incumplimiento es de naturaleza tal que afecte la integridad del procedimiento, y evaluar en qué medida tuvo incidencia en el laudo mismo”).

⁵⁶ SVAMC, Guidelines, Directriz 7.

⁵⁷ ARIHQ c. Santé Québec, párr. 114-115: “La preuve prépondérante mène donc à la conclusion que l’autorité de l’Arbitre a été déléguée et qu’il a abdiqué à son rôle de revoir le résultat. Cette conclusion s’impose du fait que l’ensemble des références doctrinales et jurisprudentielles sur lesquelles l’Arbitre s’appuie sont inexistantes et « hallucinées »” (traducido al español: “la prueba preponderante conduce, entonces, a la conclusión de que la autoridad del árbitro fue delegada y que este abdicó de su rol de revisar el resultado. Esta conclusión se impone porque el conjunto de referencias doctrinales y jurisprudenciales en las que se apoya el árbitro son inexistentes y ‘alucinadas’”).

Finalmente, corresponde examinar si el marco institucional peruano ya ofrece algún desarrollo en esta dirección. El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, «CCL») resulta un referente obligado. Su Reglamento de Arbitraje contiene, en los artículos 35.2 y 36.1, el deber de participar en las deliberaciones y la exigencia de que el laudo exprese sus razones⁵⁸; disposiciones que reproducen, respectivamente, el deber de deliberación personal del artículo 52.2 de la Ley de Arbitraje y su exteriorización a través de la motivación que exige el artículo 56.1.

Más relevante aún, las Reglas de Ética del CCL disponen, en su artículo 8.4, que “el árbitro no puede delegar su obligación de decidir a ninguna otra persona”.⁵⁹ Esta disposición ilustra el vacío identificado: fue redactada pensando en la delegación hacia otro ser humano (un secretario, un colega, un tercero), y su aplicación a una herramienta de IA exigiría interpretar si esta puede quedar comprendida en la expresión “otra persona”, cuestión que la norma no resuelve expresamente.

Una eventual directriz podría, siguiendo el consenso comparado revisado en la sección anterior, precisar al menos tres extremos:

- a) Primero, una lista no taxativa de usos instrumentales admitidos (traducción, sistematización de jurisprudencia y doctrina, generación de un primer borrador sujeto a revisión), en línea con la distinción entre función organizativa y función analítica que este artículo propone.
- b) Segundo, un deber expreso de verificación independiente de toda fuente jurídica o fáctica incorporada al laudo, con particular énfasis en la detección de alucinaciones, siguiendo el modelo de la Directriz 7 del SVAMC.
- c) Tercero, una cláusula de responsabilidad que, en línea con la Directriz 8.4 del CIArb, confirme expresamente que el uso de IA no atenúa ni traslada la responsabilidad personal del árbitro sobre el contenido del laudo.

Ninguno de estos tres extremos introduciría una obligación ajena al sistema peruano. Serían, en rigor, una operacionalización de lo que el artículo 52.2 de la Ley de Arbitraje ya exige en abstracto, y de la forma en que el artículo 56.1 permite verificarlo cuando existe motivación escrita.

VI. Conclusiones

- La IA no plantea un problema para el arbitraje por su mera utilización, sino por la posibilidad de que sustituya el juicio que las partes confiaron al árbitro.

⁵⁸ Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Reglamento de Arbitraje (vigente desde el 1 de marzo de 2025), artículos 35.2 y 36.1.

⁵⁹ Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Reglas de Ética (2025), artículo 8.4.

- El límite relevante no está entre tecnología y decisión humana, sino entre asistencia legítima y delegación indebida de la función decisoria.
- El ordenamiento peruano cuenta ya con base normativa suficiente para enfrentar este riesgo. El artículo 52.2 de la Ley de Arbitraje exige que el laudo sea producto de una deliberación personal del árbitro, exteriorizada a través de la motivación que regula el artículo 56.1 cuando las partes no han pactado en contra de su forma escrita.
- Esta lectura tiene, sin embargo, naturaleza interpretativa: no es una consecuencia que la Ley de Arbitraje declare de forma expresa, sino la aplicación de dos disposiciones generales, redactadas en 2008, a un supuesto de hecho que su legislador no pudo prever.
- Aún se requieren, sin embargo, estándares operativos que permitan identificar cuándo el uso de IA deja de ser apoyo y se convierte en sustitución del razonamiento arbitral.
- El *test* de tres preguntas propuesto en este artículo (si el árbitro puede sostener el razonamiento sin la herramienta, si verificó independientemente cada fuente, y si la valoración de los hechos es propia) pretende cerrar precisamente ese vacío.
- Como protocolo mínimo de buenas prácticas, este artículo recomienda a los tribunales arbitrales verificar de forma independiente toda fuente jurídica o fáctica incorporada al laudo, ejercer control humano sustantivo sobre el razonamiento decisorio, proteger la confidencialidad del expediente frente a herramientas de IA no controladas, y dejar constancia razonable del proceso de revisión aplicado.
- La vía para sancionar su incumplimiento podría hallarse ya en el artículo 63.1.c de la Ley de Arbitraje, sin necesidad de reforma legislativa. Su procedencia, no obstante, debería confirmarla, en cada caso, el juez de anulación.
- La experiencia comparada confirma la consolidación de un principio internacional emergente de no delegación, recogido por instrumentos del CIArb, el SVAMC, la AAA-ICDR y el SCC, y respaldado, desde el derecho positivo, por el *AI Act* europeo.
- *ARIHQ c. Santé Québec* demuestra que este riesgo no es teórico. Incorporar contenido generado por IA sin verificación independiente puede comprometer la validez del laudo y la confianza en el sistema arbitral.
- El sistema peruano está, además, institucionalmente preparado para que este debate se resuelva en el fondo, y no se extinga por un obstáculo procesal ajeno al problema de fondo. La acción de anulación cuenta con un cauce

judicial claro, un plazo definido y causales tasadas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

- El arbitraje peruano tiene, por tanto, la oportunidad de anticiparse a este desafío mediante criterios que no restrinjan la innovación tecnológica, sino que preserven aquello que otorga legitimidad al arbitraje: que detrás de cada laudo exista un árbitro que no solo firma una decisión, sino que efectivamente la construye.

Sin tocar fondo: el principio de “irrevisabilidad” de los laudos y su relación con el control judicial de la competencia del tribunal arbitral

Valeria Moreno Machin*

Resumen. - La causal del literal e) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje exige al juez verificar si el laudo resolvió una materia manifiestamente no arbitrable. Este artículo analiza si ese control colisiona con la prohibición de revisión del fondo del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje y sostiene, desde el principio kompetenz-kompetenz, recogido en el artículo 41 de esta misma norma, que la respuesta es negativa.

Palabras clave. - Arbitraje – Anulación de laudo – Arbitrabilidad objetiva – Kompetenz-kompetenz – Irrevisabilidad del laudo.

Abstract. - The ground set out in Article 63.1(e) of the Arbitration Law requires the judge to verify whether the award ruled on a matter that is manifestly non-arbitrable. This article examines whether that review conflicts with the prohibition on reviewing the merits under Article 62.2 of the Arbitration Law, and argues, drawing on the kompetenz-kompetenz principle set out in Article 41 of the same statute, that the answer is no.

Keywords. - Arbitration – Annulment of award – Objective arbitrability – Kompetenz-kompetenz – Non-reviewability of the merits.

* Abogada por la Universidad del Pacífico, con especialización en Arbitraje Internacional y de Inversiones por la misma casa de estudios. Asociada del área de Solución de Controversias de Hernández & Cía. Abogados. Ha sido asistente arbitral de árbitros nacionales e internacionales. Miembro de Peruvian Young Arbitrators; fue integrante y luego entrenadora del equipo de la Universidad del Pacífico en competencias internacionales de arbitraje.

I. Introducción

En agosto de 2023 presenté mi informe jurídico para obtener el título de abogada por la Universidad del Pacífico. Dicho informe versó sobre un expediente de anulación de laudo¹.

Elegí ese expediente porque me resultaba bastante completo y, a la vez, retador. Completo, porque tenía un importante componente de arbitraje (inarbitrabilidad objetiva, anulación de laudo, *kompetenz-kompetenz*, prohibición de revisión del fondo, entre otros). Retador, porque el laudo cuya anulación se pretendía había resuelto una controversia entre una empresa eléctrica y una de telecomunicaciones y la discusión giraba en torno a una cuestión técnica que obligaba a entender, necesariamente, el funcionamiento del sector de las telecomunicaciones. Un campo, sinceramente, inexplorado por mí hasta ese momento.

Evidentemente, este texto no es para contar las peripecias de mi proceso de titulación. Su objetivo es retomar un tema que traté en aquel informe y al que he tenido la oportunidad de volver, en diferentes ocasiones, a nivel profesional y académico en estos años.

El tema es la relación entre el control de competencia y la prohibición de revisión del fondo del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje peruana.

Como sabemos, una de las causales de anulación de un laudo según nuestra norma es que este se haya pronunciado sobre una materia que es “manifiestamente no arbitrable de acuerdo con ley”. Esta causal está reconocida en el literal e) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje y configura lo que la doctrina denomina un problema de inarbitrabilidad objetiva (es decir, de controversias que no son arbitrables por razón de la materia u objeto).

A primera vista surge la siguiente pregunta: ¿Cómo pueden las Salas Comerciales revisar un laudo y definir si este se pronunció (debida o indebidamente) sobre determinadas materias? ¿No se supone que todo laudo es irrevisable porque así lo dice el conocido artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje? ¿No se supone que el tribunal arbitral es el “único competente” para definir su propia competencia, según el artículo 41 de la Ley de Arbitraje que recoge el principio *kompetenz-kompetenz*?

El objeto de este artículo es responder a estas interrogantes. Dicho de otra manera, el propósito de este texto es analizar la relación (y determinar si existe alguna contraposición) entre el “principio” de “irrevisabilidad de los laudos” (como lo han llamado los jueces comerciales), establecido en el artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje y la causal de anulación del literal e) del artículo 63.1 de la misma norma (el control de competencia por arbitrabilidad objetiva).

¹ Expediente judicial 00085-2020-0-1817-SP-CO-01.

Para ello, seguiré el siguiente esquema: (i) definiré el alcance del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje; (ii) definiré el alcance del literal e) del artículo 63.1 de esta misma ley; y, por último, (iii) abordaré la pregunta central de este artículo, esto es, si existe alguna relación de compatibilidad o incompatibilidad entre estas dos normas y, de ser el caso, cómo debe ser resuelta. Al finalizar este artículo veremos que la respuesta está en la misma pregunta: en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje (o, mejor dicho, en el principio *kompetenz-kompetenz*).

II. El principio de irrevisabilidad de los laudos en el marco de un recurso de anulación

El artículo 62 de la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

El primer párrafo, sobre el que volveremos más adelante, hace referencia a los alcances del recurso de anulación. Señala que este constituye la única vía de impugnación de un laudo y que solo procede por las causales establecidas en el artículo siguiente (el artículo 63).

El siguiente párrafo de este mismo artículo contiene una prohibición dirigida a quienes evalúan los recursos de anulación: los jueces (en particular, los jueces comerciales).

Esta prohibición comprende, a primera vista, toda forma de revisión del laudo, pues prohíbe a los jueces, bajo responsabilidad, a revisar (i) el “fondo”, (ii) el contenido de la decisión, y (iii) calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones del tribunal.

En efecto, el profesor Alfredo Bullard (2015) sostuvo en una entrevista que el numeral 2 del artículo 62 fue “intencionalmente redundante” en el uso de términos casi sinónimos precisamente para no dejar ninguna duda de que no se acepta revisión **alguna** de los laudos bajo responsabilidad².

Sin embargo, esta norma no está exenta de interrogantes: ¿qué debemos entender por “el fondo” de la decisión? ¿es acaso el “fondo de la decisión” su contenido? ¿el “fondo de la decisión” son los criterios, motivaciones o interpretaciones del

² BULLARD GONZÁLEZ, A. (2015). Algunas consideraciones sobre el laudo arbitral y el recurso de anulación. *Advocatus*, (32), 199-203 pp., p. 203.

tribunal? ¿el “fondo de la decisión” es algo diferente a la decisión sobre la materia en controversia?

En mi opinión, tratando de hacer un símil a nivel procesal, podríamos echar mano del concepto de la *ratio decidendi*, que no es otra cosa que el proceso lógico jurídico que conduce a una sentencia (en este caso, al laudo)³.

Así, a mi juicio, este numeral contiene, en principio, una prohibición amplia dirigida a los jueces de pronunciarse sobre las razones que llevaron al tribunal arbitral a tomar la decisión que tomó, para bien o para mal.

A esta disposición nuestras cortes comerciales le han denominado “el principio de irrevisabilidad del laudo”, “irrevisabilidad de fondo” o “irrevisabilidad del criterio arbitral” y han concluido que este les prohíbe discutir los fundamentos del laudo o el acierto de sus disposiciones, a lo que los jueces comerciales denominan “fondo”⁴.

Considero que su razón de ser yace en los efectos positivo y negativo del convenio arbitral. Como sabemos, el efecto positivo consiste en que, al someter una

³ El Tribunal Constitucional del Perú se ha pronunciado consistentemente en ese sentido al desarrollar el contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, por ejemplo, en Tribunal Constitucional del Perú, Sala Segunda. (2026). Sentencia 94/2026, Expediente 02051-2024-PA/TC. Lima: 4 de marzo de 2026, la cual, al igual que otras ha tomado como base el desarrollo hecho en la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Sala Segunda. (2013). Sentencia, Expediente 04302-2012-PA/TC. Lima: 4 de marzo de 2013.

⁴ Este principio se menciona a lo largo de la jurisprudencia de las Cortes Comerciales, solo por mencionar algunos ejemplos:

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2017). Expediente 194-2016, seguido por Gobierno Regional de Piura contra Sindicato Energético S.A. Lima: 21 de febrero de 2017.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2017). Expediente 000391-2016-0, seguido por Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero - FONDEPES contra Iberico Ingeniería y Construcción S.A. Lima: 18 de abril de 2017.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2021). Expediente 00048-2021-0-1817-SP-CO-01, seguido por Cobra Construcciones y Servicios Perú S.A. contra Excavaciones y Movimientos S.A.C. Lima: 25 de agosto de 2021.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2022). Expediente 00338-2021-0-1817-SP-CO-01, seguido por la Municipalidad Distrital de Miraflores contra Petramás S.A.C. Lima: 28 de marzo de 2022.

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2022). Expediente 00193-2023-0-1817-SP-CO-02, seguido por Cencosud Retail Perú S.A. contra Inmobiliaria El Quinde S.A. Lima: 19 de setiembre de 2023.

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2023). Expediente 00362-2020-0-1817-SP-CO-02, seguido por Pluspetrol Peru Corporation S.A. contra Comercio, Servicio e Inversiones. Lima: 3 de mayo de 2022.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2025). Expediente 00369-2024-0-1866-SP-CO-01, seguido por Consorcio Salud Tocache contra Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo. Lima: 28 de marzo de 2025.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2025). Expediente 00205-2022-0-1817-SP-CO-01, seguido por el Hospital Nacional Dos de Mayo contra Dirección de Salud y Centro Médico Naval Cirujano Mayor Santiago Távara de la Marina de Guerra del Perú. Lima: 22 de agosto de 2022.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2025). Expediente 598-2024-0-1866-SP-CO-01, seguido por Jorge Guerra Raymundo y otros contra Immer Alvarado Huaylla. Lima: 18 de julio de 2025.

controversia a arbitraje, las partes acuerdan que sean los árbitros quienes la resolverán y, en consecuencia, como efecto negativo, que no sean los jueces (la jurisdicción ordinaria) quienes lo hagan.

En pocas palabras, mediante el convenio arbitral las partes apartan sus disputas del fuero ordinario (efecto negativo) y se las confían a los árbitros (efecto positivo). Siendo ello así, permitir un control amplio de los laudos vía los recursos de anulación no haría más que defraudar la voluntad de las partes al pactar un convenio arbitral, pues permitiría a los jueces a inmiscuirse en la controversia.

Por esa razón, la Corte Suprema ha establecido que el recurso de anulación no constituye una nueva demanda ni una apelación, pues su finalidad se limita al control de los aspectos formales o “externos” del laudo, sin que sea posible revisar el “fondo” de lo decidido por la prohibición del artículo 62.2 bajo comentario⁵.

De hecho, la propia Corte Suprema reconoce que, si se permitiese un amplio control de los laudos vía su anulación, “se propiciaría la intervención de un ente al que las propias partes renunciaron al suscribir el convenio arbitral”⁶.

Si hasta aquí tenemos que los jueces, al evaluar un recurso de anulación, están prohibidos de revisar el fondo, pronunciarse o calificar las razones que llevaron a los árbitros a adoptar el laudo, queda la pregunta de cómo ello sería compatible con el literal e) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje que permite anular un laudo en razón de la materia allí decidida. ¿No es acaso la “materia” lo discutido en el arbitraje?

Sobre eso me pronunciaré a continuación.

III. El alcance del literal e) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje

El literal e) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje contiene la siguiente causal de anulación de un laudo: “e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional”⁷.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (2014). Casación 3909-2013-Lima. Lima: 24 de junio de 2014.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria. (2019). Casación 2055-2017-Lima. Lima: 11 de enero de 2019.

⁶ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (2014). Casación 3909-2013-Lima. Lima: 24 de junio de 2014.

⁷ Resulta interesante notar que la ley de arbitraje derogada (Ley 26572) contenía una redacción similar. Su artículo 73 disponía: “El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe: (...) 7. No obstante lo establecido en los incisos anteriores, el juez que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo, total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, *manifiestamente*, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1. La anulación parcial procederá sólo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo”.

Queda claro, entonces, que la causal bajo análisis versa sobre la arbitrabilidad objetiva, pues habla de “materias” no susceptibles de arbitraje. En efecto, arbitrabilidad objetiva responde a la pregunta de *qué* materias pueden someterse a arbitraje. Sin embargo, la norma no queda allí, sino que añade dos elementos adicionales a la causal de anulación sobre los que me parece relevante detenerme: (i) “manifiestamente” y (ii) “de acuerdo a ley”.

Así, para que el laudo sea declarado nulo no basta con comprobar que este se pronunció sobre una materia no arbitrable. Se exige además (i) que la determinación de esa inarbitrabilidad sea “de acuerdo a ley” y (ii) que dicha calidad sea manifiesta. A continuación, veremos en qué consiste cada uno de estos elementos.

En relación con el requisito “de acuerdo a ley”, este significa, por más obvio que parezca, que es la ley la que debe disponer que determinada materia no es arbitrable.

¿Cuál es “la ley” que, por excelencia, determina lo que es arbitrable? Pues el propio artículo 2 de la Ley de Arbitraje que mencionamos antes, cuyo inciso 1 señala lo siguiente: “Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje. 1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”.

Comentando esta norma, María Teresa Quiñones (2012)⁸ destaca que el artículo 2 distingue dos vías de arbitrabilidad: la de las materias “tradicionalmente” arbitrables, por ser de libre disposición, y la de aquellas que lo son por habilitación legal (ley o tratado).

Bajo esta segunda vía se ubican, por ejemplo, las controversias derivadas de los contratos de concesión que no son *per se* de libre disposición, pero que la ley habilita a arbitrar⁹.

Las materias arbitrables no están listadas taxativamente en alguna norma. Como argumenta Avendaño (2011)¹⁰, hacer un listado de las materias disponibles y no disponibles a lo largo del derecho privado es imposible. De hecho, la Ley de Arbitraje evitó de forma consciente enumerar una lista de materias no susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje¹¹.

⁸ QUIÑONES ALAYZA, M. (2012). Arbitraje, ius imperium y contratos de concesión. *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*, (2), 35-46 pp., p. 37.

⁹ Véase la reciente Ley 32441, Ley que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, que en el artículo 60 indica que en los contratos de concesión se debe incorporar un convenio arbitral.

¹⁰ AVENDAÑO VALDEZ, J. (2011). Artículo 63. En C. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I (pp. 690-720). Instituto Peruano de Arbitraje.

¹¹ MANTILLA-SERRANO, F., pp. 45-46. Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, F. (2011). Artículo 2. En C. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I (pp. 7-20), p. 9. Instituto Peruano de Arbitraje.

En ese sentido, interpretar que “de acuerdo a ley”, en el marco del literal e) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje, se refiere a que debe existir una norma que declare que determinada materia es inarbitrable es —en mi opinión— una interpretación equivocada.

Considero entonces que “de acuerdo a ley” significa, en el artículo bajo comentario, que la inarbitrabilidad pueda ser deducida de la ley (por excelencia, del artículo 2 de la Ley de Arbitraje) o del pacto de las partes.

Veamos ahora el criterio de “manifiestamente” que también fija el artículo bajo comentario. Para ser honesta, al momento de desarrollar mi informe de titulación ubiqué muy pocas referencias bibliográficas que desarrollen este concepto desde la perspectiva arbitral a nivel nacional. A la fecha, el estado de la cuestión es el mismo.

Ante este panorama, considero útil remitirme (i) al concepto de *manifest disregard of the law* que, de acuerdo con las cortes de algunos Circuitos de los Estados Unidos, constituye una de las causales para anular un laudo¹² y (ii) al concepto de “nulidad manifiesta” del acto jurídico ubicado en el artículo 220 del Código Civil.

Empecemos por lo primero. Esta causal, como su nombre lo indica, permite anular un laudo cuando este ha resuelto la controversia ignorando de forma manifiesta la ley.

El Segundo Circuito ha establecido el siguiente estándar sobre el *manifest disregard of the law*: “El error debe haber sido obvio y capaz de ser percibido fácil e instantáneamente por la persona media cualificada para actuar como árbitro. Además, el término ‘disregard’ implica que el árbitro aprecia la existencia de un principio jurídico claramente rector, pero decide ignorarlo o no prestarle atención”¹³.

En segundo lugar, el artículo 220 del Código Civil peruano señala que la nulidad (del acto jurídico) puede ser declarada por el juez de oficio cuando sea manifiesta.

O’Neill y Nava (2015) señalan —refiriéndose al convenio arbitral— que este “será manifiestamente nulo cuando su nulidad sea clara y además cuando ya se encuentre descubierta, es decir, cuando no requiera de un trabajo adicional para averiguarlo”¹⁴.

Así, de estas referencias a nivel comparado y nacional se entiende que algo será manifiesto cuando no requiera de un análisis adicional para arribar a la referida

¹² POSER, N. (1998). Arbitration: Judicial review of arbitration awards: Manifest disregard of the law. *Brooklyn Law Review*, 64(2), 471-518 pp.

¹³ POSER (1998), p. 507. Texto original: “The error must have been obvious and capable of being readily and instantly perceived by the average person qualified to serve as an arbitrator. Moreover, the term ‘disregard’ implies that the arbitrator appreciates the existence of a clearly governing legal principle but decides to ignore or pay no attention to it...”.

¹⁴ O’NEILL DE LA FUENTE, C., & NAVA, M. (2015). ¿Nacer para vivir muriendo?: la nulidad manifiesta del convenio arbitral. *Advocatus*, (32), 101-113 pp., p. 106.

conclusión. Dicho de otro modo, algo será manifiesto cuando sea “obvio y capaz de ser percibido fácil e instantáneamente por la persona media cualificada”¹⁵.

Ahora, uniendo ambos conceptos (“de acuerdo a ley” y “manifiestamente”) de cara a interpretar la causal de anulación del literal e) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje, se puede concluir que el laudo será nulo cuando el órgano judicial corrobore que el tribunal arbitral se ha pronunciado sobre una materia que, conforme al artículo 2 de la Ley de Arbitraje o al pacto de las partes, no es susceptible de arbitraje, y que esta situación puede ser percibida fácilmente por una persona media cualificada, sin requerir un trabajo adicional para averiguarlo.

En efecto, a este mismo razonamiento arribó en su momento la Primera Sala Comercial en una de sus pocas sentencias ubicadas que analiza esta causal de anulación¹⁶:

dicha causal tiene una reserva de ley en virtud de la cual la no arbitrabilidad de una determinada materia o pretensión, debe sustentarse en norma legal; pero además exige que sea “manifiesta” lo que debe interpretarse en el sentido que debe estar expresamente establecida o, en todo caso, debe fluir de modo evidente de la norma.

En 2022, la misma Primera Sala Comercial reiteró que, a su entender, el supuesto de la causal e) bajo análisis la habilita a hacer “un estudio acerca de la competencia del tribunal arbitral para conocer las pretensiones sometidas a arbitraje” para que el juez “determine” y “evalúe” la labor desplegada por los árbitros:

Así mismo ésta causal e) constituye un mecanismo para controlar judicialmente los límites impuestos por nuestra ley a las facultades jurisdiccionales reconocidas a los árbitros. En efecto, cuando esta causal establece que un laudo expedido en un arbitraje nacional será declarado nulo si “el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje”, lo que hace es establecer un mecanismo procesal destinado a permitir que el juez determine si la labor desplegada por los árbitros ha respetado los límites impuestos por el ordenamiento jurídico a su capacidad para juzgar o, dicho en otras palabras, evaluar si el árbitro se ha inmiscuido en materias en las que solo un juez puede pronunciarse, o en aquellas que no es posible emitir pronunciamiento por haber sido ya resueltas en otros procesos¹⁷.

Es claro entonces que, para las Salas Comerciales, que evalúan los recursos de anulación, estas tienen plena capacidad de “estudio”, “control” y “evaluación” de los laudos cuando se invoca la causal e).

¹⁵ POSER (1998), p. 507.

¹⁶ Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2021). Expediente 00048-2021-0-1817-SP-CO-01, seguido por Cobra Construcciones y Servicios Perú S.A. contra Excavaciones y Movimientos S.A.C. Lima: 25 de agosto de 2021.

¹⁷ Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2022). Expediente 00520-2021-0-1817-SP-CO-01, Resolución 9, fundamentos 3.13 y 3.14. Lima: 28 de abril de 2022.

Es más, la propia Corte Suprema ha considerado que en los casos de arbitrabilidad objetiva (cuestiones no susceptibles de arbitraje) la intervención del aparato judicial debe ser vigorosa para evitar fraudes a la ley o vulneración de derechos¹⁸.

IV. Uniendo los puntos: el principio de “irrevisabilidad de los laudos” y el control de competencia del tribunal arbitral

Hasta aquí, hemos desarrollado lo siguiente: (i) el artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje contiene una prohibición amplia que impide a los jueces pronunciarse sobre el fondo o calificar las razones que llevaron al tribunal arbitral a adoptar su decisión; y (ii) el literal e) del artículo 63.1 exige, para anular un laudo, corroborar que este se pronunció sobre una materia manifiestamente no arbitrable de acuerdo a ley.

Resta entonces la siguiente pregunta: ¿La materia de un caso (por ejemplo, nulidad de contrato) no es intrínsecamente el “fondo”? ¿Cómo puede en una anulación evaluarse la “materia” del arbitraje sin entrar al “fondo” de este y caer en la prohibición del artículo 62.2?

Una posible respuesta a esta interrogante podría ser que el artículo 62.2 no sería aplicable porque el control *ex post* de la decisión sobre las excepciones u objeciones (como sería la de materia no arbitrable) constituye una causal de anulación independiente, ubicada en el propio artículo 41 de la Ley de Arbitraje. En efecto, algunos autores han sido de la idea de que el artículo 41 de la Ley de Arbitraje contiene causales de anulación independientes a las del artículo 63¹⁹.

Discrepo respetuosamente de una conclusión como esa por dos razones. La primera es que el artículo 41, en mi opinión, no contiene una causal independiente de anulación; la segunda es que, incluso si la contuviese, el artículo 62.2 aun así sería aplicable.

La clave está en el propio artículo 62 de la Ley de Arbitraje que vimos previamente. En su primer inciso este señala que (i) contra un laudo solo procede un recurso de anulación y que (ii) ese mismo recurso de anulación solo procede por las causales taxativas (énfasis aquí) establecidas en el artículo 63²⁰. Dicho de otro modo, las

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (2014). Casación 3909-2013-Lima. Lima: 24 de junio de 2014.

¹⁹ AVENDAÑO VALDEZ, J. (2011). Artículo 62. En C. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I (pp. 685-690), p. 686.
RIVAS CASO, G. (2020). La anulación de laudos en Perú por problemas en el convenio arbitral. *Foro Jurídico*, (18), 181-196 pp., pp. 189 y 194, para quien “si la respuesta del tribunal fuese que este no cuenta con competencia, la parte interesada podría iniciar una demanda de anulación al amparo de lo previsto en el artículo 41.5 de la Ley de Arbitraje” o “en realidad, habría que recurrir a lo establecido en el artículo 41.4 de la Ley de Arbitraje”.

²⁰ Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63. (...)

causales de anulación establecidas en el artículo 63 son las únicas que se pueden invocar contra un laudo. No existen otras causales de anulación contra un laudo.

No obstante, incluso si existiesen, lo cierto es que igual el proceso o recurso mediante el cual se conocerían estas causales sería uno de anulación, pues los incisos 4 y 5 del artículo 41 regulan que el tribunal, cuando tenga que resolver excepciones u objeciones, puede hacerlo ya sea como “cuestión previa” o en el laudo que resuelva definitivamente la controversia (laudo final). Al hacerlo, puede estimar o desestimar dichas objeciones o excepciones. En cualquier escenario, la norma es consistente en que la decisión es solo impugnabile vía recurso de anulación²¹.

Por lo tanto, en mi opinión, la prohibición dirigida a los órganos jurisdiccionales del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje es, en principio, aplicable a todas las causales de anulación listadas en el artículo 63, que son las únicas por las cuales se puede promover tal recurso.

Digo “en principio” porque justamente a continuación revisaré por qué, en mi opinión, no lo es en el caso del artículo 63.1.e). Antes, veamos cómo han resuelto esta cuestión los jueces peruanos.

Frente a esta aparente dicotomía las Cortes Comerciales han planteado la siguiente solución: el artículo 41, que recoge el principio *kompetenz-kompetenz*, confirma que las excepciones u objeciones (como la de materia no arbitrable, cosa juzgada, prescripción, caducidad, inexistencia o nulidad del convenio) no son “fondo” de la controversia porque la norma indica precisamente que estas “impiden entrar al fondo de la controversia”. Así, al no ser estas excepciones u objeciones “fondo”, su análisis no está cubierto por la prohibición de revisión del fondo del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje²². En sus propias palabras:

²¹ Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.
(...)

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, **su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.**

5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. **Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación.** Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la **decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.**

²² Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2015). Expediente 225-2013-0-1817-SP-CO-02, seguido por el Ministerio de Agricultura contra Consorcio Caral. Lima: 8 de mayo de 2015.

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2015). Expediente 00126-2014-0, seguido por Millenium Trading S.A.C. contra Apurimac Ferrum S.A. Lima: 3 de agosto de 2015.

Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2018). Expediente 357-2016, seguido por Empresa Concesionaria de Electricidad de Ucayali S.A. contra Consorcio Supervisor SEPI. Lima: 5 de enero de 2018.

De la lectura del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje, se desprende que no pueden considerarse “fondo de la controversia”, las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la existencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales, tales como la prescripción, caducidad, cosa juzgada; respecto de las cuales, al no ser fondo de la controversia, **el órgano de control judicial no está sujeto a limitación para desplegar su propio criterio jurisdiccional**.²³ (énfasis añadido)

La Corte Suprema ha confirmado esa interpretación²⁴.

Segunda Sala Civil con Subespecialidad en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2018). Expediente 450-2017-0, seguido por el Programa Nacional de Saneamiento Rural contra Empresa de Transformación Agraria S.A. Sucursal del Perú. Lima: 20 de abril de 2018.

Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2018). Expediente 446-2017, seguido por PROVIAS Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra Consorcio Huallaga. Lima: 21 de mayo de 2018.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2019). Expediente 00084-2019-0-1817-SP-CO-01, seguido por Consorcio Ximesa contra el Programa Nacional de Infraestructura Educativa - Ministerio de Educación. Lima: 17 de setiembre de 2019. Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2020). Expediente 0215-2019-0, seguido por Enel Distribución Perú S.A.A. contra Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. Lima: 24 de agosto de 2020.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2021). Expediente 00085-2020-0-1817-SP-CO-01. Lima: 12 de mayo de 2021.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2024). Expediente 00192-2024-0-1866-SP-CO-01, seguido por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional contra Consorcio San Miguel. Lima: 18 de octubre de 2024.

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2024). Expediente 00478-2017-0-1817-SP-CO-02, seguido por el Gobierno Regional San Martín contra Consorcio GARCAM. Lima: 3 de junio de 2024.

²³ Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2024). Expediente 00478-2017-0-1817-SP-CO-02, seguido por el Gobierno Regional San Martín contra Consorcio GARCAM. Lima: 3 de junio de 2024.

²⁴ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (2023). Casación 3815-2019-Lima, fundamento décimo. Lima: 10 de enero de 2023. (“DÉCIMO.- (...) Si bien el referido artículo [62.2] prohíbe al ente judicial pronunciarse sobre el fondo de la controversia expuestas por el Tribunal Arbitral, puesto que, señala la prohibición a la verificación del carácter acertado del laudo materia de nulidad, es decir, si las razones expuestas son correctas o erradas, pues ello supondría un nuevo juzgamiento y la superposición del criterio interpretativo o valorativo del órgano de control al criterio asumido por el órgano decisorio, convirtiéndose dicho colegiado en instancia de grado; sin embargo, de la revisión de la sentencia impugnada no se aprecia que el Ad quem haya pronunciado sobre el contenido del laudo cuestionado, sino que, su decisión se basó sobre la defensa de excepción de caducidad, y ello a mérito de lo previsto en el artículo 41, numeral 4 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje, que señala: ‘Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativa al fondo de la controversia. Si el tribunal desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser IMPUGNADA mediante recurso de anulación contra dicho laudo.’. Por consiguiente, **del precitado artículo 41, numeral 4 del Decreto Legislativo N° 1071, se colige que no puede considerarse fondo de la controversia las excepciones u objeciones al arbitraje, y por ende, al no ser fondo de la controversia habilita al ente judicial a verificar la decisión adoptada con respecto a la excepción desestimada, así como desplegar su propio criterio jurisdiccional, sin limitación alguna, motivo por los cuales, de la sentencia impugnada no se verifica infracción del artículo denunciando, debiendo desestimarse el mismo (...)**”).

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (2016). Casación 3207-2015-Lima. Lima: 22 de marzo de 2016.

Así, la relación que la jurisprudencia peruana le ha dado a ambos artículos (62.2 y 41) es una de compatibilidad total, donde el artículo 41 definiría qué es “fondo” y qué no lo es y, por ende, lo que no es “fondo” no estaría cubierto por la prohibición del artículo 62.2.

Así, el *quid* parecería estar en definir qué es, exactamente, el “fondo” cuya revisión prohíbe el artículo 62.2. Sobre ello existe un debate abierto en doctrina y jurisprudencia.

Mientras que, para la jurisprudencia, el “fondo” es la adjudicación de derechos entre las partes (algo distinto a las excepciones u objeciones que pueden resolverse de forma preliminar)²⁵, existen opiniones diversas en la doctrina.

Por un lado, Lourdes Luna (2024) sostiene que, por ejemplo, una defensa de caducidad, pese a ser preliminar, no sería “forma” sino “fondo”, pues su efecto es extinguir el derecho sustantivo que se pretende exigir, de modo equivalente al pago, por ejemplo. De esa manera, una discusión como esa, a pesar de tratarse formalmente de una excepción, sí estaría cubierta por la prohibición del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje²⁶.

Por su parte, Roger Rubio (2011) sostiene que, en realidad, estarían cubiertas por la prohibición y, por lo tanto, no serían revisables las cuestiones de admisibilidad del reclamo (esto es, defensas que implican que la controversia no puede discutirse en ningún foro así sea momentáneamente). Por el contrario, en su opinión, sí serían revisables las cuestiones de jurisdicción del tribunal arbitral (esto es, si la controversia puede ser conocida por el tribunal arbitral en particular)²⁷.

Es más, en una posición crítica, el profesor Monroy (2007, como se cita en Luna, 2024) advierte que la bipartición forma/fondo no solo deja sin resolver problemas interpretativos fundamentales, sino que falsea la realidad, mucho más compleja, del procedimiento²⁸.

No es propósito de este artículo zanjar el debate en torno a qué se debe entender por “fondo” y “forma” de la controversia. Considero que no es necesario para atender a la interrogante central de este artículo.

²⁵ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (2022). Casación 725-2018-Lima. Lima: 11 de julio de 2022. En sentido similar, la ya citada Casación 3815-2019-Lima.

²⁶ LUNA VALDEZ, L. (2024). El ser y el deber ser: la excepción de caducidad y su tratamiento en el proceso de anulación de laudo. En A. Soria Aguilar (Coord.), *Arbitraje en contrataciones con el Estado* (pp. 109-133), pp. 127-131. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

²⁷ RUBIO GUERRERO, R. (2011). Artículo 41: Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral. En C. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I (pp. 470-485), p. 479. Instituto Peruano de Arbitraje.

²⁸ MONROY PALACIOS, J. J. (2007). Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano. *Revista Oficial del Poder Judicial*, p. 296. Citado por LUNA VALDEZ, L. (2024). El ser y el deber ser: la excepción de caducidad y su tratamiento en el proceso de anulación de laudo. En A. Soria Aguilar (Coord.), *Arbitraje en contrataciones con el Estado* (pp. 109-133), pp. 127-131. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

A diferencia de las Cortes Comerciales, que recurren al artículo 41 para determinar qué es y qué no es “fondo” de la controversia, mi hipótesis no depende de esa calificación. En realidad, la respuesta está también en el artículo 41, pero en el principio *kompetenz-kompetenz*, que opera con independencia de cómo se resuelva dicho debate.

Vayamos a él en lo que resulta relevante:

Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral **o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida** o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

(...)

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.

5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia. (énfasis añadido)

El inciso 1 de dicho artículo consagra la regla de la “competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral”, más conocida como principio *kompetenz-kompetenz* o competencia de la competencia.

Así, precisa que el tribunal es el único competente para decidir sobre su propia competencia incluso sobre las excepciones u objeciones **por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida**.

Llama la atención en él una palabra: “**único**”. Esta parecería indicar que las Salas no tienen facultades para pronunciarse sobre la *ratio decidendi* del tribunal arbitral relativa a la determinación de su competencia, pues se establece que es el propio tribunal el único llamado a decidir sobre dicha cuestión. En esa línea, si el tribunal es el único competente para determinar su competencia en razón de la materia,

podría pensarse que nada tienen que decir las cortes comerciales al respecto en una anulación por la causal del artículo 63.1.e).

Sin embargo, líneas más abajo, los incisos 4 y 5 señalan que las decisiones estimatorias o desestimatorias respecto de las excepciones u objeciones pueden ser impugnadas únicamente a través de un recurso de anulación (lo que podría dar la idea de que estos incisos contienen causales de anulación independientes, como ya vimos).

Existen entonces dos posibles interpretaciones para conciliar estos tres incisos del mismo artículo con el “principio de irrevisabilidad del fondo”:

- a. **Interpretación N° 1:** El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su competencia y, si bien su decisión puede impugnarse vía recurso de anulación, dicha impugnación queda sometida a los límites del artículo 62.2, precisamente porque esa norma regula dicho recurso.

En doctrina nacional, Ana María Arrarte (2015) ha sostenido que el artículo 62.2 constituye, justamente, el límite que tienen los jueces al analizar si una materia es o no manifiestamente inarbitrable²⁹.

- b. **Interpretación N° 2:** La exclusividad del tribunal en la determinación de su competencia opera únicamente en primer término; una vez emitida su decisión, esta queda sujeta a control judicial, de modo que los jueces pueden revisar el criterio del tribunal sin las ataduras del artículo 62.2.

En mi opinión, la segunda interpretación es la correcta cuando del análisis de la causal 63.1.e) se trata, puesto que cuando el tribunal arbitral se pronuncia sobre una materia que es “manifiestamente no arbitrable conforme a ley” está defraudando o excediendo su competencia y, en aquellos casos, el principio *kompetenz-kompetenz* recogido en nuestra Ley de Arbitraje permite el control judicial de competencia *ex post* pleno³⁰.

La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje respecto de este principio señala lo siguiente:

El artículo 41 tiene una redacción más completa acorde con la legislación comparada más reciente y calificada sobre el principio *kompetenz-kompetenz*, es decir sobre la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, evitando así que las partes puedan frenar el arbitraje con acciones o recursos en la vía judicial y sin perjuicio de la facultad de las Cortes para hacer un control *ex post* de la competencia de los árbitros por la vía del recurso de anulación del laudo³¹.

²⁹ ARRARTE ARISNABARRETA, A. M. (2015). Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio. *Ius et Veritas*, 24(50), 240-255 pp., p. 253.

³⁰ Las demás excepciones del artículo 41 (cosa juzgada, caducidad, etc.) quedan fuera del alcance de este artículo y ameritan un estudio aparte.

³¹ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

Se dice que nuestra Ley de Arbitraje “es” Ley Modelo; sin embargo, también tomó como fuentes de inspiración otras legislaciones, como la Ley de Arbitraje Española de 2003 y la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado³².

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su artículo 16 dispone lo siguiente:

Artículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.

1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria. (...)

3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

Conforme a este artículo, el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre su propia competencia al abordar las excepciones relativas al convenio arbitral. La decisión del tribunal de declararse competente puede ser objeto de **revisión** por el órgano previsto en el artículo 6, esto es, la autoridad nacional que cada Estado designe para ejercer funciones de asistencia y supervisión del arbitraje. En consecuencia, la determinación que adopte el tribunal respecto de su jurisdicción está sujeta a control y revisión.

Las leyes española y suiza siguen esta misma lógica. En el caso español, el artículo 22 de la Ley 60/2003 faculta a los árbitros a decidir sobre su propia competencia, resolver las excepciones con carácter previo o junto con las cuestiones relativas al fondo y dispone que “la decisión de los árbitros solo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado”³³.

³² MANTILLA-SERRANO, F. (2010). Breves comentarios sobre la nueva Ley Peruana de Arbitraje. *Lima Arbitration*, (4), 37-52 pp., p. 39.

³³ Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia. 1. Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral. 2. Las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción consistente en

Por su parte, la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado establece que el tribunal arbitral resuelve sobre su propia competencia³⁴, mientras que su artículo 190 tipifica, como una de las causales para recurrir el laudo, que el tribunal se haya declarado competente o incompetente de forma **errónea**³⁵.

En la doctrina, Caivano y Ceballos (2020), interpretando la palabra “único” en el inciso 1 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje peruana, han explicado que ese adjetivo busca enfatizar la regla, mas no consagrar una facultad excluyente, pues la propia ley habilita expresamente la revisión judicial:

El alcance que atribuimos al principio es también predicable en el Perú, aun cuando la Ley de Arbitraje, en su artículo 41.1, dispone literalmente que el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia (Decreto Legislativo 1071, 2008). Esta expresión parece estar más destinada a enfatizar la regla, que a dar a los árbitros facultades exclusivas para decidir sobre su competencia. Porque, de cualquier forma, la ley consagra expresamente la revisión judicial de la decisión, cualquiera sea el sentido de ella y el momento en que se adopta. Por su parte, el artículo 41.4 habilita el recurso al Poder Judicial cuando el tribunal arbitral se declara competente, y el numeral siguiente regula la revisión judicial de la decisión mediante la cual el tribunal arbitral se declara incompetente³⁶.

De esta manera, es claro que, conforme a nuestra legislación, están garantizados tanto el efecto negativo como el positivo del *kompetenz-kompetenz*. Eso significa que son los árbitros los que deciden primero sobre su competencia (mientras tanto, la justicia ordinaria no puede hacerlo), pero la última palabra queda reservada al control judicial *ex post*.

que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito. Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada. 3. Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral.

³⁴ Art. 186: “1 Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. 1bis Il statue sur sa compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure. 2 L’exception d’incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond. 3 En général, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente”.

³⁵ Art. 190: “1 La sentence est définitive dès sa communication. 2 Elle ne peut être attaquée que: a. lorsque l’arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé; b. lorsque le tribunal arbitral s’est déclaré à tort compétent ou incompétent; c. lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu’il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande; d. lorsque l’égalité des parties ou leur droit d’être entendues en procédure contradictoire n’a pas été respecté; e. lorsque la sentence est incompatible avec l’ordre public. 3 En cas de décision incidente, seul le recours pour les motifs prévus à l’al. 2, let. a et b, est ouvert; le délai court dès la communication de la décision. 4 Le délai de recours est de 30 jours à compter de la communication de la sentence”.

³⁶ CAIVANO, R., & CEBALLOS RÍOS, N. (2020). El principio Kompetenz-Kompetenz, revisitado a la luz de la Ley de arbitraje comercial internacional argentina. *THÊMIS-Revista de Derecho*, (77), 15-34 pp., pp. 17-18.

Lo mismo han concluido los jueces comerciales, quienes, interpretando el artículo 41 de la Ley de Arbitraje, han señalado que el principio de *kompetenz-kompetenz* faculta a los árbitros a pronunciarse, con carácter exclusivo y prioritario, sobre su propia competencia y sobre la existencia, validez y alcances del convenio arbitral, de modo que su efecto positivo impide a los jueces resolver dicha cuestión de manera anticipada, mientras que su efecto negativo reserva a estos únicamente una función de control posterior al laudo³⁷.

El principio *kompetenz-kompetenz* es vital para mantener la efectividad del arbitraje por la sencilla razón de que, sin él, una parte podría paralizar un arbitraje en cualquier momento simplemente deduciendo una objeción jurisdiccional que solo podría ser resuelta en un proceso judicial³⁸.

Dicho de otra manera, en un mundo en el que no existieran el principio *kompetenz-kompetenz* ni el de separabilidad, frente a una objeción jurisdiccional, las partes se verían obligadas a litigar ante la jurisdicción ordinaria (los tribunales estatales) para determinar si el tribunal arbitral tiene o no competencia. Y solo después de atravesar ese proceso judicial sería posible iniciar el arbitraje, si es que finalmente se concluyera que el tribunal sí es competente.

Dado que uno de los motivos por los que las partes suelen pactar arbitraje es precisamente para escapar de la congestión de los sistemas nacionales de justicia y solucionar de una forma más rápida y efectiva sus controversias, en un mundo sin el principio *kompetenz-kompetenz* dicha finalidad sería absolutamente defraudada y anulada³⁹.

³⁷ Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2020). Expediente 0215-2019-0, seguido por Enel Distribución Perú S.A.A. contra Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. Lima: 24 de agosto de 2020.

Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2014). Expediente 257-2013-0, seguido por la Municipalidad Distrital de Villa María del Triunfo contra Goal Inversiones S.A.C. Lima: 17 de setiembre de 2014.

Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2018). Expediente 357-2016, seguido por Empresa Concesionaria de Electricidad de Ucayali S.A. contra Consorcio Supervisor SEPI. Lima: 5 de enero de 2018.

Segunda Sala Civil Subespecializada en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2018). Expediente 450-2017-0, seguido por el Programa Nacional de Saneamiento Rural contra Empresa de Transformación Agraria S.A. Sucursal del Perú. Lima: 20 de abril de 2018.

Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2024). Expediente 00192-2024-0-1866-SP-CO-01, seguido por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional contra Consorcio San Miguel. Lima: 18 de octubre de 2024.

Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2019). Expediente 00084-2019-0-1817-SP-CO-01, seguido por Consorcio Ximesa contra el Programa Nacional de Infraestructura Educativa - Ministerio de Educación. Lima: 17 de setiembre de 2019.

³⁸ HOLTZMANN, H., & NEUHAUS, J. Citado por ERK-KUBAT, N. (2014). *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*. Kluwer Law International. Texto original: “In the words of two learned scholars, competence-competence benefits arbitration in the following way: ‘The concept is important in practice because without it a party could stall the arbitration at any time merely by raising a jurisdictional objection that could then only be resolved in possibly lengthy court proceedings’”.

³⁹ REGGIARDO SAAVEDRA, M. (2014). Una revisión funcional al recurso de anulación de laudo en el Perú. *Forseti. Revista de Derecho*, 2(2), 145-178 pp.

Ahora bien, así como es importante que sea el propio tribunal quien decida primero sobre su competencia, es igual de importante que las cortes nacionales puedan revisar después esa decisión.

La razón es muy sencilla: la competencia del tribunal arbitral nace de la voluntad de las partes y, por eso mismo, esa voluntad debe poder ser verificada. Esto es así porque el sometimiento al arbitraje tiene un costo significativo para las partes. Por ejemplo, el laudo que obtengan será inapelable.

En el caso concreto de la causal 63.1.e) de la Ley de Arbitraje que nos compete, si el tribunal se ha pronunciado sobre una materia que no es arbitrable entonces el consentimiento a arbitrar respecto de dicha materia no existió (o no pudo existir) y, por lo tanto, las partes no tienen por qué, por ejemplo, “perder” su derecho a la doble instancia.

Esta idea no es distinta de la que protege al convenio arbitral inválido o inexistente. El convenio arbitral protege que las partes hayan consentido, efectivamente, en someterse a arbitraje. La arbitrabilidad objetiva, por su parte, protege algo distinto, pero igualmente relevante: que la materia sobre la que recayó ese consentimiento sea una que el ordenamiento permite resolver mediante arbitraje o que las partes no hayan decidido excluir de la competencia del tribunal.

En mi opinión, es igual de relevante garantizar que una parte no quede vinculada por un convenio arbitral que no consintió, como proteger que dicho consentimiento recaiga sobre una materia arbitrable.

Por más válido y comprensivo que sea un convenio arbitral, este no puede convertir en arbitrable una materia que, por disposición legal o por acuerdo de las partes, no lo es.

Dado que el sometimiento a arbitrar genera efectos tan relevantes en las esferas jurídicas de las partes, el ordenamiento debe minimizar el riesgo de que estas queden vinculadas por un tribunal arbitral sin competencia. Y ello se logra, justamente, estableciendo un control judicial *ex post* para las cuestiones de competencia objetiva del tribunal arbitral.

La competencia del tribunal arbitral puede ser objetada desde el punto de vista “objetivo”, es decir, en razón de la materia (porque esta no es susceptible de arbitraje). Frente a este tipo de objeciones, el principio *kompetenz-kompetenz* establece una regla de prioridad para que el tribunal decida sobre su propia competencia, no una de exclusividad; es decir, esta decisión es revisable en sede judicial. Como se explicó previamente, el control de competencia que están habilitados a realizar los jueces es uno amplio (*ex novo*) dado que dicho principio fija una regla de prioridad, no de exclusividad.

Cuando de decidir la controversia se trata, los árbitros tienen la última palabra, pues no existe apelación. Sin embargo, se debe tener la seguridad de que efectivamente cuentan con el poder (competencia) para tenerla. Eso es lo que busca

garantizar dicho principio a través del control y revisión de la decisión que haga esa determinación.

Por lo tanto, respondiendo a la pregunta central de este artículo, en mi opinión el control judicial *ex post* respecto de la arbitrabilidad objetiva (es decir, que la materia sobre la que se laudó sea susceptible de arbitraje) no está sujeto a los límites del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje. La razón está en el principio *kompetenz-kompetenz* y no en qué se debe entender por “fondo” o “forma” de la controversia.

Si el tribunal se pronuncia sobre una materia que no es arbitrable, simplemente carece de competencia y dicha situación puede ser controlada por los jueces nacionales en virtud de dicho principio pues ese control es, precisamente, el mecanismo procesal mediante el cual el juez de la anulación verifica si los árbitros respetaron los límites que el ordenamiento impone a su capacidad de juzgar, esto es, si se pronunciaron sobre materias reservadas a la jurisdicción ordinaria o excluidas intencionalmente por las partes⁴⁰.

V. Conclusiones

- a. El artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje recoge el principio de irrevisabilidad de los laudos: en el recurso de anulación está prohibido, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia, sobre el contenido de la decisión, o calificar los criterios, motivaciones e interpretaciones del tribunal arbitral.
- b. Por su parte, la causal del literal e) del artículo 63.1 exige, para anular un laudo, que este se haya pronunciado sobre una materia no arbitrable “de acuerdo a ley” y que dicha inarbitrabilidad sea “manifiesta”.
- c. La clave para resolver la tensión entre ambas disposiciones está en el principio *kompetenz-kompetenz* recogido en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje: dicho principio consagra una regla de prioridad, no de exclusividad, a favor del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia (control *ex post* de la competencia de los árbitros por la vía del

⁴⁰ De cierta manera, esta lógica ha sido plasmada por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2018). Expediente 236-2017-1817-SP-CO-01. Lima: 5 de enero de 2018 (“3.12. Ahora bien, la referida causal e) constituye un mecanismo para controlar judicialmente los límites impuestos por nuestra ley a las facultades jurisdiccionales reconocidas a los árbitros. En efecto, cuando esta causal establece que un laudo expedido en un arbitraje nacional será declarado nulo si ‘el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje’, lo que hace es establecer un mecanismo procesal destinado a permitir que el juez determine si la labor desplegada por los árbitros ha respetado los límites impuestos por el ordenamiento jurídico a su capacidad para juzgar o, dicho en otras palabras, evaluar si el árbitro se ha inmiscuido en materias en las que solo un juez puede pronunciarse, o en aquellas que no es posible emitir pronunciamiento por haber sido ya resueltas en otros procesos”).

recurso de anulación), incluida la relativa a la arbitrabilidad objetiva de la materia (causal 63.1.e)).

- d. Ese control *ex post* se justifica en proteger que el consentimiento de las partes a arbitrar haya recaído sobre una materia que no esté prohibida de ser arbitrada o excluida por las partes, protegiendo así la competencia del tribunal y los efectos del convenio arbitral.
- e. Por ello, cuando el juez de la anulación revisa el criterio del tribunal arbitral sobre su propia competencia al amparo de la causal 63.1.e), no infringe el artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje, sino que es una manifestación del control *ex post* propio del principio *kompetenz-kompetenz*, en tanto dicha causal constituye el mecanismo procesal mediante el cual el juez verifica si el tribunal respetó los límites de su capacidad de juzgar, ello con independencia de qué se entienda por “fondo” o “forma” de la controversia.

El principio de imparcialidad objetiva en la contratación pública: el caso del procedimiento sancionador y el recurso de reconsideración en la nueva Ley General de Contrataciones Públicas

Anthony Wilman Peralta Delgado*

Piero Amadeus Rojas Vásquez**

Resumen. - El principio de imparcialidad objetiva exige que la autoridad que intervino previamente en una controversia no participe nuevamente en una etapa posterior de ésta. Sin embargo, la regulación del procedimiento sancionador y del recurso de reconsideración en la Ley General de Contrataciones Públicas vulneraría dicha garantía. En tal sentido, el presente trabajo analiza ambas problemáticas y plantea alternativas para alinear la norma con dicha exigencia.

Palabras clave. - Principio de imparcialidad – Debido procedimiento – Procedimiento administrativo sancionador – Contrataciones públicas – Recurso de reconsideración.

Abstract. - The principle of objective impartiality requires that an authority that previously intervened in a dispute not participate again in a later stage of it. However, the regulation of sanctioning proceedings and request for reconsideration under the General Public Procurement Law may undermine this guarantee. In this regard, this paper examines both issues and proposes alternatives to align the regulation with such requirements.

Keywords. - Principle of impartiality – Due process – Administrative sanctioning procedure – Public procurement – Reconsideration appeals.

* Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú. Maestrando en la Maestría en Derecho Administrativo y Regulación del Mercado de la Universidad de Piura. Correo-e: anthony.peralta@alum.udel.edu.pe. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-9481-708X>

** Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Magíster en Derecho Medioambiental por la Universidad Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, España y en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú. Correo-e: PCDEPROJ@upc.edu.pe. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3262-9028>

I. Introducción

El 22 de abril del 2025 entró en vigencia la nueva Ley 32069, Ley General de Contrataciones Públicas y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 009-2025-EF, las cuales derogaron respectivamente, a la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 344-2018-EF. Dichas normas trajeron consigo diversas e importantes modificaciones normativas respecto a su antecesora, entre las que se destacan la incorporación de la figura de compra pública de innovación, el incremento de supuestos para contrataciones directas, así como también una nueva estructuración del procedimiento administrativo sancionador, entre otras modificaciones. Así también, ha habido aspectos de la norma que se han mantenido sin modificaciones sustanciales, como es el caso del recurso de reconsideración en materia sancionadora.

Particularmente, en cuanto al procedimiento administrativo sancionador, la nueva Ley y su Reglamento buscaron — inicialmente — acoplarse al modelo del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, concretamente al separar las etapas de instrucción y sanción del proceso, designando en la primera, a la Secretaría Técnica del Tribunal de Contrataciones Públicas y en la segunda, a las Salas del Tribunal de Contrataciones Públicas.

No obstante, la estructura de este procedimiento sancionador — a raíz de la reciente reforma normativa sobre el mismo dispuesta por la Ley 32732, Ley que aprueba Créditos Suplementarios para el Financiamiento de Inversiones Públicas Orientadas al Cierre de Brechas, la continuidad de los Servicios del Estado y garantizar la Transición Democrática — así como también de su instancia recursiva, generan fuertes dudas respecto al debido respeto del principio de imparcialidad. En ese sentido, el presente artículo tiene por finalidad analizar si el principio de imparcialidad objetiva, entendido como un derecho derivado del debido proceso, es debidamente respetado en la estructuración del procedimiento administrativo sancionador y el proceso recursivo derivado de este último en el ámbito de la Ley General de Contrataciones Públicas y su Reglamento, buscándose determinar de forma concreta, si las etapas de los mencionados procedimientos, en dicho contexto, vulneran las garantías de la imparcialidad objetiva. Para tal fin, se delimitarán los alcances del principio de imparcialidad, profundizándose posteriormente en su aplicación a nivel administrativo y finalmente, en las contrataciones públicas.

II. Sobre el principio de imparcialidad

El principio de imparcialidad refiere al deber y garantía de que la autoridad a cargo de resolver una determinada controversia, emitirá su decisión sin dejarse influir por prejuicios y/o predisposiciones hacia los sujetos y/o el objeto del

proceso. Para tal fin, tanto al juzgador como al sistema jurídico se les exige evitar comportamientos y abstenerse ante situaciones, y de regulaciones, respectivamente, que puedan poner en riesgo el efectivo cumplimiento de dicho deber. De esta manera, señala Picó (1998, como se cita en Higa, Sotomayor y Cavani, 2023): “se pretende que el juzgador se encuentre en la mejor situación psicológica y anímica para emitir un juicio objetivo sobre el caso ante él planteado”¹.

Este principio se deriva a su vez del derecho fundamental al debido proceso, el cual se encuentra reconocido a nivel constitucional en el artículo 139 numeral 3 de nuestra Carta Magna. Veamos:

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional
Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. (El resaltado es propio).

Cabe mencionar que, si bien el principio de imparcialidad no se encuentra explícitamente en el texto constitucional antes citado, de acuerdo con lo señalado por nuestro Tribunal Constitucional en el Expediente 6149-2006-PA/TC: “Ello no ha impedido (...) reconocer en él a un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso. A saber, del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución”².

En este mismo caso, el Tribunal Constitucional precisó que el sustento normativo de dicho principio reside en la cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la cual señala que las disposiciones constitucionales mediante las que se reconocen derechos fundamentales, deberán interpretarse y aplicarse en consonancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los tratados y acuerdos internacionales en dicha materia que hayan sido ratificados por el Perú.

Al respecto, es preciso mencionar que el Estado Peruano ha ratificado, entre otros tratados, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8, titulado “garantías judiciales” expresa en su primer numeral que: “Toda persona

¹ PICÓ, J. (1998). *La imparcialidad judicial y sus garantías: La recusación y la abstención*. Bosch. Citado por HIGA, C., SOTOMAYOR, J. E., & CAVANI, R. (2023). La formulación de un estándar normativo de imparcialidad que incorpore la imparcialidad objetivo-cognitiva en el ordenamiento jurídico peruano: un estudio sobre la repercusión de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. *Derecho PUCP*, (91), 163-200 pp.

² Tribunal Constitucional del Perú. (2006). Expedientes 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC. Lima: 19 de diciembre de 2006. Fundamento 48.

tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial (...)”, mandato que, por lo antes expuesto, es extensible, y por tanto, aplicable en nuestro derecho interno.

Delimitado el concepto de imparcialidad y la base normativa en que se sostiene, es menester mencionar que este principio es comprendido tanto doctrinal como jurisprudencialmente bajo una doble perspectiva. Sobre ello se abordará en el siguiente apartado.

i. Las dimensiones del principio de imparcialidad

Como se mencionó anteriormente, el principio de imparcialidad cuenta con dos dimensiones. Estas son: la imparcialidad subjetiva y la imparcialidad objetiva. Dicha distinción tiene origen en el caso *Piersack vs. Bélgica*, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1982³ 4, el cual marcó un hito en el análisis del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, al ser este último replicado a nivel jurisprudencial en diversos pronunciamientos, incluyendo a los tribunales peruanos.

En primer lugar, la imparcialidad subjetiva, entendida como aquella exigible a la figura del juzgador en su rol de actor del proceso, se orienta a garantizar que este último no tenga una inclinación personal hacia los sujetos o el resultado del litigio, para lo cual se requiere al mismo determinar si se encuentra o incurre en una situación o conducta concreta de la que se pueda derivar o se manifieste dicha inclinación, debiendo abstenerse de resolver la controversia en dichos casos⁵.

En ese sentido, resulta fundamental atender a factores como vínculos del juzgador con las partes (ya sea de naturaleza familiar, empresarial o cualquier compromiso que razonablemente pueda afectar su idoneidad psíquica), amistad o enemistad manifiesta hacia alguna de estas, discriminación, así como expresiones públicas respecto de las partes o el objeto del proceso, en tanto su concurrencia puede afectar su capacidad para evaluar la controversia y resolver sobre ella con equidad y objetividad⁶.

En segundo lugar, la imparcialidad objetiva implica que el sistema jurídico, a través de sus normas, deba garantizar que la autoridad que conoció previamente

³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1982). Sentencia del caso *Piersack vs. Bélgica*. Estrasburgo: 1 de octubre de 1982. Fundamento 30.

⁴ En este caso, el Sr. *Piersack*, condenado por asesinato, alegó que su derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial fue vulnerado en tanto el juez que presidió su caso, había trabajado anteriormente en la Fiscalía como superior jerárquico de los adjuntos a cargo de su caso. Debido a ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que existían dudas razonables de parcialidad del juez, declarando fundada la demanda del Sr. *Piersack*.

⁵ Tribunal Constitucional del Perú. (2012). Expediente 00156-2012-PHC/TC. Lima: 20 de noviembre de 2012. Fundamento 51.

⁶ PICADO, C. (2014). El derecho a ser juzgado por un juez imparcial. *IUDEx. Revista Oficial de la Asociación Costarricense de la Justicia*, (2), 31-62 pp.

sobre el fondo de un determinado caso, es decir, que investigó y acusó o resolvió sobre ciertos hechos y su incidencia en el derecho, no intervenga nuevamente en una fase posterior del mismo.

La razón de ello estriba en que, al haberse pronunciado sobre un determinado caso con antelación, la autoridad, desde una perspectiva humanamente razonable, se habrá formado una opinión preconcebida sobre la resolución “correcta”, a su entendimiento, de la controversia.

Sobre esto último, es preciso mencionar que con la imparcialidad objetiva no se trata ya de que el juez pueda tener una predisposición derivada de factores personales, sino que nos encontramos frente a un juez que, desde un enfoque estructural, no ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto⁷.

Es bajo esta dimensión que nace la renombrada teoría de las apariencias, desarrollada también por el ya mencionado Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Delcourt vs. Bélgica⁸. Dicha teoría propugna que no basta que el juez actúe con imparcialidad, sino que es necesario que exista la apariencia de imparcialidad en la estructura del sistema, pues lo que se encuentra en juego es la confianza que el sistema jurídico debe infundir a los ciudadanos en el marco de una sociedad democrática⁹. Es por ello que las normas del sector, la organización, estructuración y división de las funciones de los órganos desempeñan un rol fundamental en el cumplimiento de la garantía de imparcialidad objetiva.

De esta manera, se puede afirmar que para el adecuado cumplimiento del principio de imparcialidad, se requiere tanto la observancia del aspecto subjetivo, el cual implica que el juez actúe sin prejuicios ni inclinaciones personales hacia los sujetos y/o el objeto del proceso, ello en cada caso concreto, como también del elemento objetivo, esto es, que el sistema estructure los procesos de modo que se garantice que el juzgador no haya tenido ningún contacto previo con el objeto de la controversia, para lo cual debe atenderse a que este no se haya pronunciado, directa o indirectamente, sobre los mismos elementos fácticos y sus consecuencias jurídicas¹⁰.

III. El principio de imparcialidad en el derecho administrativo sancionador

⁷ BORDALI, A. (2009). El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (33), 263-302 pp.

⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1970). Sentencia del caso Delcourt vs. Bélgica. Estrasburgo: 17 de enero de 1970. Fundamento 31.

⁹ Al respecto, véanse las sentencias de los Casos De Cubber vs. Bélgica, fundamento 26 y Piersack vs. Bélgica, fundamento 30.

¹⁰ GIL, J. (2019). La imparcialidad objetiva de los miembros de los tribunales militares. *Revista Española de Derecho Militar*, (111-112), 171-212 pp.

Conforme establece Guzmán (2016),¹¹ el procedimiento administrativo sancionador es aquel conjunto de actos impulsado oficiosamente por la administración pública, orientados a que esta: “haga efectivas sanciones contra los administrados ante la comisión de infracciones calificadas como tales por la Ley”, sanciones que, ya sea que tengan un carácter económico, inhabilitante o meramente amonestativo, terminarán afectando a la esfera jurídica de los administrados sancionados.

Estos procedimientos comprenden dos etapas principales para la determinación de la sanción: una de instrucción, en la que se recogen y evalúan pruebas para determinar la existencia de la infracción, y en base a la cual se realiza la imputación de responsabilidad y posterior recomendación de sanción o archivo, y otra de decisión, en la cual se impone la sanción correspondiente o se declara la inexistencia de infracción, las cuales deben tramitarse por diferentes autoridades¹². Sobre esto se profundizará más adelante.

Cabe resaltar que, en tanto estos procedimientos son iniciados a instancia de la propia administración, naturalmente esta tiene el deber de acreditar mediante hechos fehacientes la conducta infractora realizada por el administrado, sobre los cuales se presume debe analizar todas las consideraciones jurídicas pertinentes aún si no hubieran sido alegados por el investigado, ello en aplicación de los principios de impulso de oficio, verdad material y principalmente, presunción de licitud, regulados en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, a diferencia de la judicatura, en donde lo analizado y resuelto por el juez se atiene sustantivamente a los alegatos expuestos por las partes.

Ahora bien, es preciso mencionar que el principio de imparcialidad no tiene solo aplicación en el marco de los procesos judiciales, sino también se extiende al ámbito del derecho administrativo sancionador. No obstante, dicha remisión ha de atender a la naturaleza de estos procedimientos, pues mientras en los procesos judiciales, como aquellos de naturaleza penal, la judicatura tiene a cargo la etapa sancionadora, encontrándose la investigación y acusación a cargo de una entidad distinta e independiente de la primera (Ministerio Público-Fiscalía de la Nación), en los procedimientos administrativos sancionadores, conforme se mencionó *supra*, estas etapas, si bien deben llevarse a cabo por diferentes autoridades, se inician, tramitan y culminan dentro de una misma entidad administrativa.

Sumado a ello, los procedimientos administrativos sancionadores son iniciados de oficio por la misma administración, característica que no se presenta en los procesos judiciales, los cuales son iniciados en exclusividad por las partes.

¹¹ GUZMÁN, C. (2016). *Los procedimientos administrativos sancionadores en las entidades de la administración pública*. Gaceta Jurídica.

¹² Decreto Supremo 006-2026-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (30 de abril de 2026). Artículos 234 y 235.

Sin embargo, dichas condiciones inherentes a la administración pública, que conllevan a la imposibilidad de alcanzar una imparcialidad comparable al nivel judicial, no obstan a esta de ser imparcial. Así lo ha entendido también nuestro legislador al regular este principio en el numeral 1.5 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual señala que: “las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general”.

Como se puede apreciar, dicho artículo hace referencia a ciertos elementos de la imparcialidad subjetiva, como lo son el deber de no discriminación y trato igualitario.

De igual forma, es necesario remitirnos al artículo V.2 del mencionado Título Preliminar, el cual precisa que tanto las disposiciones constitucionales como las normas internacionales suscritas por el Estado, constituyen fuentes del procedimiento administrativo:

Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo

1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:

2.1. Las disposiciones constitucionales.

2.2. Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional (El resaltado es propio).

Esta disposición permite integrar al régimen del procedimiento administrativo las garantías reconocidas tanto por la Constitución como por los instrumentos internacionales ratificados por el Estado. En consecuencia, el derecho a ser juzgado por una autoridad imparcial, reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución y en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resulta plenamente exigible también en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores.

En relación a esto último, es menester mencionar que si bien el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace referencia expresa a garantías de la función jurisdiccional, su interpretación y aplicación no se limita a dicho ámbito. Al respecto se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, en donde se estableció lo siguiente:

Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula «garantías judiciales», su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, «sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las

instancias procesales» a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, **cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...) entendido [ello] en los términos del artículo 8.1 y 8.2** (El resaltado es propio)¹³.

De igual forma, si bien el artículo 139.3 de nuestra Constitución se titula “La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”, de acuerdo con lo señalado por nuestro Tribunal Constitucional en el Expediente 03891-2011-PA/TC, sus disposiciones son también extensibles a los procesos administrativos:

El derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3° de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa (...), supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, **juez imparcial** e independiente, derecho de defensa, etc.) (El resaltado es propio)¹⁴.

En ese sentido, el principio de imparcialidad, como garantía derivada del artículo 8.1 de la Convención y del artículo 139.3 de la Constitución, es aplicable en materia administrativa sancionadora. Así también lo ha manifestado tanto la mencionada Corte¹⁵ como el Tribunal Constitucional¹⁶ en sendos pronunciamientos, haciéndose incluso referencia a la exigencia de las dimensiones subjetiva y objetiva de la imparcialidad, en el marco del análisis de esta misma materia^{17 18}.

En consecuencia, la administración pública y los funcionarios que la comprenden, deben ofrecer las garantías suficientes a fin de que los procesos sancionadores a su cargo se desarrollen y resuelvan conforme a las directrices del principio de imparcialidad.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. San José: 2 de febrero de 2001. Fundamento 124. Misma interpretación en los Casos Maldonado Ordóñez vs. Guatemala, fundamento 71, y Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, fundamento 349, entre otros.

¹⁴ Tribunal Constitucional del Perú. (2012). Expediente 03891-2011-PA/TC. Lima: 20 de junio de 2012. Fundamento 12. Este criterio ha sido ratificado en las sentencias de los Expedientes 02098-2010-PA/TC, fundamento 5, y 00358-2013-PA/TC, fundamento 7, entre otros.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). Caso Petro Urrego vs. Colombia. San José: 8 de julio de 2020. Fundamentos 127-133. Asimismo, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2023). Caso Olivera Fuentes vs. Perú. San José: 4 de septiembre de 2023. Fundamento 123, entre otros.

¹⁶ Tribunal Constitucional del Perú. (2005). Expediente 4289-2004-PA/TC. Lima: 2 de marzo de 2005. Fundamento 3. Asimismo, véase el Expediente 01873-2009-PA/TC, fundamento 10, entre otros.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. San José: 5 de agosto de 2008. Fundamento 56.

¹⁸ Tribunal Constitucional del Perú. (2010). Expediente 00197-2010-PA/TC. Lima: 26 de agosto de 2010. Fundamentos 16 y 17. Asimismo, véase el Expediente 00020-2015-PI/TC, fundamento 20, entre otros.

Ahora bien, se resalta que, para efectos de la presente investigación, únicamente se analizará la perspectiva de la imparcialidad objetiva, dado que, sin perjuicio de que esta puede evaluarse a partir de criterios estructurales y normativos del sistema, a diferencia de la imparcialidad subjetiva, que depende de las particularidades de cada caso concreto, es bajo esta dimensión objetiva que reside la esencia de la imparcialidad en el procedimiento administrativo sancionador.

i. La imparcialidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador en materia de contrataciones con el Estado

Como ha quedado establecido *supra*, la imparcialidad objetiva refiere a la garantía de que el juzgador se aproxime al caso sin haber tomado postura previa sobre la resolución de este último en otra etapa de la controversia, la cual debe ser proporcionada por el sistema jurídico en la estructuración de los mismos procesos.

Al respecto, es menester destacar que la manifestación de dicha imparcialidad en los procedimientos administrativos sancionadores, ha sido entendida, relacionada y desarrollada mayormente con el deber de que las autoridades a cargo de las etapas de instrucción y sanción, se encuentren debidamente diferenciadas en su estructura, exigencia que se encuentra normativamente consagrada en los artículos 230.2, 234 y 235 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, lo cual conlleva, entre otras condiciones, que estas se diferencien entre los funcionarios que las componen, como también que cuenten con suficiente autonomía para tomar decisiones sobre las funciones que les correspondan, sin interferencias entre dichas fases.

Un claro ejemplo de esta postura se refleja en lo señalado por Stucchi (2023)¹⁹, quien considera que para garantizar adecuadamente esta dimensión de la imparcialidad, se requiere indispensablemente que las fases instructora y sancionadora del proceso: i. Sean diferentes y estén compuestas por diferentes servidores públicos, ii. Que estas no entremezclen sus funciones y, iii. Que ninguna de estas se encuentre sujeta a la voluntad de la otra en la toma de decisiones.

En ese mismo sentido, Morón (2005)²⁰ señala que el respeto de la imparcialidad en el procedimiento administrativo sancionador implica que las etapas instructora y decisora deban estar a cargo de autoridades distintas, de forma que dicho principio

¹⁹ STUCCHI, P. (2023). *Presunción de inocencia e imparcialidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador*. Palestra Editores.

²⁰ MORÓN, J. (2005). Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana. *Advocatus*, (13), 227-252 pp.

se ve transgredido cuando en la fase sancionadora interviene activamente quien ya se ha pronunciado de manera anticipada sobre la controversia^{21 22}.

Aunado a esto último cabe traer a colación lo mencionado por la Corte Suprema en la Casación 1940-2023-LIMA, en cuyo pronunciamiento sostuvo que “El Informe Final de Instrucción (...) permite consolidar la imparcialidad del órgano administrativo en el procedimiento”²³, lo cual cobra especial relevancia si se tiene en consideración la labor acusadora que recae sobre la autoridad instructora.

Queda en evidencia entonces que no sólo se trata de que la fase instructora y la sancionadora sean diferentes, sino que se proscribe toda relación entre éstas que pueda conllevar a la generación de prejuicios.

En ese sentido, es necesario analizar si, en efecto, dicha separación es debidamente aplicada en el procedimiento sancionador de la Ley General de Contrataciones Públicas y su Reglamento, particularmente a la luz de la modificación efectuada por la Ley 32732, Ley que aprueba Créditos Suplementarios para el Financiamiento de Inversiones Públicas Orientadas al Cierre de Brechas, la continuidad de los Servicios del Estado y garantizar la Transición Democrática (Ley de Créditos Suplementarios).

De manera preliminar, es importante mencionar que la configuración original de la Ley General de Contrataciones Públicas, buscó inicialmente adaptarse a las garantías mínimas del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, lo cual se evidencia en base a la lectura de la primera Disposición Complementaria Final original:

PRIMERA. Prevalencia de las normas de contratación pública

(...)

1. La presente ley prevalece sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que sean aplicables, salvo en el caso de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo del Tribunal de Contrataciones Públicas.

²¹ PIZARRO, L. (2019). *El procedimiento administrativo sancionador en el Tribunal de Contrataciones del Estado: afectación al principio de debido procedimiento* [Trabajo académico de segunda especialidad, Pontificia Universidad Católica del Perú].

²² Un caso destacado a nivel nacional sobre el principio de imparcialidad objetiva se encuentra en la Casación 24569-2025-LIMA, en donde la Corte Suprema avaló la abstención de un funcionario público (que contaba con potestades para intervenir tanto en la etapa instructora como resolutoria del procedimiento sancionador) en la etapa de instrucción. Al respecto, afirma la referida Corte que, de haber participado dicho funcionario de la etapa instructora “habría contaminado su juicio para resolver en instancia final, generando una situación de indefensión real y efectiva para la propia administrada”. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2026). Casación 24569-2025-LIMA. Lima: 16 de marzo del 2026. Fundamento 30.

²³ Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2025). Casación 1940-2023-LIMA. Lima: 20 de marzo del 2025. Fundamento 1.3.

No obstante, dicha disposición fue modificada en julio de 2026 mediante la Ley de Créditos Suplementarios, la cual señala expresamente que las disposiciones de la referida Ley priman por sobre aquellas del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, incluso en materia sancionadora:

PRIMERA. Prevalencia de las normas de contratación pública

(...)

La presente ley prevalece sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que sean aplicables, lo que comprende también a la regulación de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo del Tribunal de Contrataciones Públicas (...)²⁴.

Conforme a la Exposición de Motivos de la Ley de Créditos Suplementarios, la modificatoria dispuesta tiene por finalidad eliminar la fase instructora de la estructura del procedimiento sancionador, lo cual se sustentaría en la necesidad de dotar de mayor eficiencia a la tramitación de los procedimientos sancionadores a cargo del Tribunal, toda vez que el modelo instructor-resolutor conllevaría un mayor plazo para la atención de los mismos²⁵. Esto último, se indica “permitirá establecer (...) un modelo procedimental diferente que asegure la separación de funciones del órgano investigador (Secretaría Técnica del Tribunal) y el órgano decisor (las Salas del Tribunal)”. A ello se le añade que “la ausencia de un órgano instructor no debilita (...) el debido procedimiento, en la medida que los elementos esenciales de la instrucción (la investigación y la imputación) se desarrollen por un órgano distinto al sancionador”.

Si bien la Exposición de Motivos sostiene que la eliminación de la fase instructora no afectará las garantías de los administrados y permitirá una adecuada separación de funciones, dichas afirmaciones resultan cuestionables.

En primer lugar, conforme al artículo II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, ninguna ley que regule procedimientos especiales puede establecer condiciones menos favorables

²⁴ Es importante precisar que, conforme a la novena Disposición Complementaria Final de la Ley de Créditos Suplementarios, la modificación de la Ley General de Contrataciones Públicas entrará en vigencia al día siguiente de la publicación de la norma que modifique su Reglamento.

²⁵ Esta no es una situación ajena al régimen sancionatorio en contrataciones públicas. De hecho, en 2017, se modificó el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 350-2015-EF, estableciéndose por primera vez la diferenciación entre las autoridades a cargo de la instrucción y sanción del procedimiento, acoplando así el régimen sancionador en contrataciones públicas a las garantías mínimas previstas en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General. No obstante, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1444 que modificó sustantivamente a la Ley de Contrataciones del Estado, se expidió un nuevo Reglamento que prescindió de la fase instructora del procedimiento sancionador. Precisamente, la Exposición de Motivos del citado Decreto Legislativo justificó esta decisión en la necesidad de que los procedimientos sancionadores fueran tramitados de manera más célere y efectiva, señalando que la intervención de una fase instructora había generado procedimientos innecesariamente largos y formales.

para los administrados que las contempladas en la primera, mandato que se reitera en su artículo 229. Entre tales garantías mínimas se encuentra precisamente la obligación de que todo procedimiento sancionador cumpla con una serie de etapas mínimas que comprenden la imputación de cargos, informe final de instrucción y sanción o archivo del procedimiento, así como también la necesaria y adecuada separación entre las autoridades instructora y sancionadora, garantías que no serán respetadas debidamente por la Ley General de Contrataciones Públicas y su Reglamento al eliminar a la etapa instructora.

En segundo lugar, respecto a la separación de funciones, se advierte con claridad que la estructura del nuevo procedimiento sancionador, si bien conservará una etapa de investigación, a cargo de la Secretaría del Técnico, sus funciones se limitarán a los “elementos esenciales de la instrucción (la investigación y la imputación)”. Sin embargo, se omite una de las labores más importantes de la función instructora: la acusación, la cual se ve reflejada en el informe final de instrucción.

En vista de lo expuesto, se espera que el Reglamento de la Ley General de Contrataciones Públicas²⁶ elimine el deber de emitir el informe final de instrucción o, cuanto menos, reduzca las funciones vinculadas a la acusación del procedimiento. Bajo cualquier supuesto, existe un riesgo evidente de que las Salas del Tribunal de Contrataciones Públicas intervengan en la etapa acusatoria, ya sea construyendo internamente la tesis acusatoria sobre la cual deberán resolver — al no existir un informe final de instrucción — o, en cualquier otro escenario, asumiendo funciones propias de la autoridad instructora y comprometiendo con ello la separación funcional que evoca el principio de imparcialidad objetiva y vulnerando el artículo II del Título Preliminar así como el artículo 229 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En rigor, esta modificación apunta a ser, en gran parte, un retorno al esquema previsto bajo el marco normativo derogado de la Ley de Contrataciones del Estado, en el cual no existía una autoridad instructora diferenciada.

Precisamente, las deficiencias de dicho modelo ya habían sido advertidas por la doctrina. Así, Rojas y Linares (2020), al analizar el procedimiento sancionador regulado por el Reglamento de la derogada Ley de Contrataciones del Estado, señalaron lo siguiente: “En otras palabras, consideramos que el procedimiento administrativo sancionador en la normativa de contrataciones del Estado debería garantizar una fase instructora y otra sancionadora a fin de estar acorde con las garantías establecidas en el artículo 255 del TUO de la LPAG”²⁷.

²⁶ Conforme a la octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Créditos Suplementarios, el Reglamento de la Ley General de Contrataciones Públicas se modificará en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles contados desde el día siguiente a la publicación de la Ley.

²⁷ ROJAS, P., & LINARES, M. (2020). La contravención de las disposiciones del procedimiento sancionador en materia de contrataciones del estado al régimen común del Texto Único

También en esa misma línea se han manifestado Shimabukuro y Alejos (2025), quienes, sobre la norma antes citada, mencionaron:

En este sentido, urge modificar esta realidad. Es necesario que, en el reglamento de la LGCP, se corrijan estas falencias en la medida de lo posible: (...) (ii) separando las funciones de dicho órgano instructor de aquellas propias del Tribunal, de manera que aquél ni siquiera preste colaboración (por ejemplo, redactando proyectos de resolución) a este; y (iii) estableciendo la obligatoriedad de emitir un informe final de instrucción^{28 29}.

Dado todo lo expuesto, resulta evidente que el régimen del procedimiento administrativo sancionador previsto para las contrataciones públicas no respeta las garantías mínimas de la imparcialidad objetiva analizadas en el presente trabajo³⁰. Ello se debe a que el esquema del procedimiento no asegura una adecuada separación entre las etapas de instrucción y sanción en tanto se suprimirá a la autoridad instructora y, con ello, se espera que la función acusadora a cargo de esta última se traslade, total o parcialmente, a las Salas del Tribunal de Contrataciones Públicas, lo cual conllevará a menores garantías en la práctica para los administrados sometidos a dichos procedimientos.

Se trata, sin duda, de un retroceso frente a los avances alcanzados en esta materia. Un retroceso que no es meramente nominal, sino que supone apartarse de la vocación unificadora del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General y de las garantías mínimas que esta reconoce para el ejercicio de la potestad sancionadora. Esperamos, por ello, que esta situación sea

Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General. *Derecho & Sociedad*, (2), 167-179 pp.

²⁸ SHIMABUKURO, N., & ALEJOS, O. (2025). Análisis del régimen sancionador de la nueva Ley General de Contrataciones Públicas. En J. Morón (Coord.), *El régimen de contrataciones con el Estado: una mirada hacia el futuro de su regulación* (pp. 107-131). Editorial Jurídica THÉMIS.

²⁹ Al respecto véase también: TERRONES, J., & CASTILLO, G. (2020). El régimen sancionador en las contrataciones con el Estado en contraposición a las garantías mínimas previstas en el régimen sancionador contemplado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General. *Derecho & Sociedad*, (54), 195-207. Asimismo, véase TOLEDO, C. (2021). *El régimen sancionador de las contrataciones con el Estado y las vulneraciones a las garantías reconocidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General* [Trabajo académico de segunda especialidad, Pontificia Universidad Católica del Perú].

³⁰ Adicionalmente, y aunque no deriva directamente de la modificatoria de la Ley de Créditos Suplementarios, cabe traer a colación lo señalado por el literal b del artículo 23 del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes, aprobado mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva D000090-2025-Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes-PRE, según el cual las Secretarías Técnicas, tienen entre otras funciones, el brindar el apoyo que las Salas necesiten para el cumplimiento de sus funciones, sin hacer exclusión alguna sobre estas últimas. En tal sentido, teniendo en consideración que entre las funciones de las Salas del Tribunal de Contrataciones Públicas se encontrará el análisis de determinación de responsabilidad administrativa y la imposición de sanciones, de corresponder, al amparo del literal b del artículo 23 antes mencionado, existe un riesgo razonable de que la Secretaría Técnica apoye en la etapa de decisión del procedimiento sancionador que ellas mismas iniciaron, lo cual vulnera el principio de imparcialidad objetiva. Consecuentemente, de mantenerse esta función, se acentuará aún más la ya descrita vulneración del principio de imparcialidad objetiva en el procedimiento sancionador en materia de contrataciones públicas.

corregida en una futura reforma normativa que restablezca una adecuada separación entre las etapas de instrucción y sanción.

IV. El recurso de reconsideración ante el Tribunal de Contrataciones Públicas y el principio de imparcialidad objetiva

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta que, en caso el administrado sea sancionado y no se encuentre conforme con dicha decisión, este se encuentra facultado a impugnarla. Esto da paso a un procedimiento al que la ley y la doctrina han denominado “procedimiento recursivo”.

En este sentido, se trae a colación lo mencionado por Méndez (2024)³¹, para quien el procedimiento recursivo, el cual cabe resaltar, es distinto al que dio origen al acto impugnado, tiene por objetivo la: “evaluación de la validez o invalidez del acto administrativo”, en virtud del cual: “la administración pública solo podrá declarar fundado un recurso si ha identificado la existencia de un vicio grave en la estructura del acto administrativo”. Esto es, que dicho procedimiento se sostiene en base a un acto administrativo preexistente.

También es de la misma opinión Martín (2021), para quien: “El planteamiento de recursos administrativos implica el inicio de otro procedimiento administrativo que tiene como uno de sus fines emitir una decisión respecto a la controversia iniciada por el recurrente”³².

No obstante, cabe mencionar que su naturaleza diferenciada del proceso principal no resta al sistema el deber de garantizar que el órgano resolutor de una posible impugnación en sede administrativa, no haya conocido anteriormente el fondo de la controversia, esto es, que no se haya pronunciado sobre los mismos hechos y sus efectos en el derecho, por lo que a este procedimiento le resulta perfectamente extensible el principio de imparcialidad, en tanto este opera como un elemento intrínseco del debido proceso.

Así lo ha entendido también nuestro Tribunal Constitucional en el Expediente 00020-2015-PI/TC, en donde este señaló que **“deben existir mecanismos procedimentales que permitan desterrar de manera efectiva cualquier cuestionamiento a la imparcialidad de los funcionarios que integran dichos órganos”**, ello tanto en primera instancia (procedimiento sancionador) como en la etapa recursiva³³.

³¹ MÉNDEZ, D. (2024). La nueva prueba en el recurso de reconsideración: reflexiones desde la autotutela administrativa. *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, (5), 93-116 pp.

³² MARTÍN, R. (2021). *Prácticum Derecho Administrativo: Un enfoque teórico-práctico para la aplicación de las normas del procedimiento administrativo*. Gaceta Jurídica.

³³ Tribunal Constitucional del Perú. (2018). Expediente 00020-2015-PI/TC. Lima: 26 de enero de 2018. Fundamento 20. En la misma línea, véase: HIGA, C., SOTOMAYOR, J., & CAVANI, R. (2023). La formulación de un estándar normativo de imparcialidad que incorpore la imparcialidad objetivo-cognitiva en el ordenamiento jurídico peruano: un estudio sobre la

Para poder ejercer este derecho de contradicción, el administrado sancionado se encuentra facultado a emplear los recursos de reconsideración y apelación, siendo el primero de naturaleza opcional, característica que se manifiesta tanto en los procedimientos de doble instancia como en aquellos de instancia única, pues en los primeros, la no interposición del recurso de reconsideración, no obsta el planteamiento del recurso de apelación, mientras que, en los segundos, no impide el planteamiento de una demanda contencioso administrativa³⁴.

Ahora bien, partiendo de la definición de imparcialidad objetiva antes plasmada, es preciso analizar si la estructura del recurso de reconsideración que se tramita ante las Salas del Tribunal de Contrataciones Públicas, cumple debidamente con dicha garantía. Para un mayor entendimiento, se abordará previamente si los recursos de apelación y reconsideración, en procedimientos de doble instancia regulares, son compatibles de igual forma con dicho principio.

En el recurso de apelación, la autoridad competente para resolver la impugnación es el superior jerárquico de quien emitió el acto. Este recurso se puede interponer cuando se busque realizar una diferente interpretación de las pruebas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho³⁵.

En ese sentido, al ser el órgano resolutorio, diferente, tanto en cuanto a los funcionarios que la componen como en las funciones que realizan, ello respecto de las autoridades de primera instancia, se elimina toda duda razonable de parcialidad en la resolución del recurso derivada de la estructura del procedimiento, por lo que existen garantías suficientes que permiten avalar su imparcialidad objetiva.

Por otro lado, el recurso de reconsideración se plantea ante la misma autoridad que expidió el acto cuestionado, estando ella a cargo de su resolución. Para la interposición de este recurso, la norma además precisa que el administrado debe acompañar una nueva prueba, elemento de vital importancia, pues conforme se mencionó anteriormente, se entiende que la autoridad ha analizado todos los elementos y perspectivas jurídicas que recaen sobre los hechos analizados en el proceso a fin de emitir su decisión, razón por la cual no resulta factible plantear este tipo de argumentos para la evaluación de su acto administrativo primigenio³⁶.

En este caso, al requerirse una nueva prueba, aún si la autoridad competente para conocer el recurso es la misma que expidió el acto impugnado, no se vulnera la garantía de imparcialidad objetiva, toda vez que los elementos fácticos del proceso

repercusión de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. *Derecho PUCP*, (91), 163-200 pp.

³⁴ Decreto Supremo 006-2026-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (30 de abril de 2026). Artículo 208.

³⁵ Decreto Supremo 006-2026-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (30 de abril de 2026). Artículo 209.

³⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. (2015). *Guía práctica sobre la revisión de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico peruano*. MINJUS.

han variado. Esto se explica con la propia naturaleza del medio probatorio exigido, pues este no habría sido introducido con anterioridad al proceso, por lo que lógicamente no existiría un prejuicio sobre el mismo.

Así, se puede afirmar que la estructura de los recursos administrativos en los procedimientos de doble instancia es compatible con la garantía de imparcialidad objetiva del juzgador.

Sin embargo, en los procedimientos de instancia única, el artículo 208 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General regula una situación excepcional, esto es, la posibilidad de interponer el recurso de reconsideración sin un nuevo medio de prueba, es decir que la presentación de esta última adquiere un carácter facultativo.

Esto último se sustenta en el hecho de que resultaría imposible plantear el recurso de apelación en dicha circunstancia, por lo que la exigencia de una nueva prueba vulneraría el derecho de defensa y contradicción administrativa del impugnante, así como el objeto del procedimiento recursivo³⁷.

De esta manera, en estos casos los administrados pueden presentar en su recurso, argumentos propios de la apelación sin restricción, ya sea interpretando de diferente forma los elementos fácticos que llevaron a la imposición de la sanción, proponiendo un enfoque jurídico distinto basado en los mismos hechos, entre otros, con la diferencia de que la autoridad revisora es la misma que impuso la sanción y no una diferente.

Este es particularmente el caso del procedimiento administrativo sancionador seguido ante el Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes, en donde el órgano sancionador (Salas del Tribunal de Contrataciones Públicas) hace las veces de revisor en vía de reconsideración, configuración que, al igual que regulaciones anteriores, se ha mantenido en el vigente Reglamento de la Ley General de Contrataciones Públicas:

Artículo 370. Recurso de reconsideración

370.1. Contra lo resuelto por el TCP en un procedimiento sancionador puede interponerse recurso de reconsideración dentro de los quince días³⁸ hábiles de notificada la respectiva resolución.

³⁷ GUZMÁN, C. (2013). *Manual del Procedimiento Administrativo General*. Instituto Pacífico.

³⁸ Sin perjuicio de lo expuesto a lo largo del presente acápite, resulta plausible el incremento del plazo para interponer la reconsideración a quince días hábiles, ello a comparación del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en donde dicho plazo era de cinco días. Esta medida es conforme a lo señalado en el artículo 207 de la Ley del Procedimiento Administrativo General en donde se indica que el plazo para interponer los recursos administrativos es de quince días hábiles, así como el artículo II del Título Preliminar de la misma norma, el cual expresa que las normas que regulen procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables para los administrados que las contenidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

370.2. Como requisito de admisibilidad del recurso de reconsideración se acompaña una garantía equivalente a 1 UIT, la que cumple con las características indicadas en el artículo 61 de la Ley y tiene una vigencia mínima de sesenta días calendario (...).

Como se puede apreciar, tras la notificación de la sanción por parte del Tribunal de Contrataciones Públicas, los administrados tienen la potestad de recurrir ante este mismo órgano, para lo cual no requieren presentar una nueva prueba.

En este punto es necesario resaltar que el Tribunal de Contrataciones Públicas se encuentra conformado por múltiples salas, siendo que, de corresponder la tramitación de un procedimiento a la Sala 1, esta misma sala es la encargada de resolver un posible recurso de reconsideración.

En la reconsideración que se interpone acompañando obligatoriamente una nueva prueba, se ha mencionado que aun si el órgano revisor es el mismo que expidió otrora la sanción, no se vulnera la imparcialidad objetiva, pues en tanto la prueba no ha sido introducida con anterioridad al proceso, no ha existido un pronunciamiento sobre ella y por tanto está libre de prejuicios. Bajo esa misma lógica, si el administrado no presentase tal prueba, la autoridad, razonablemente, en tanto carecerá de nuevos elementos fácticos que le permitan analizar desde una perspectiva diferente a la controversia sobre la cual ya se ha pronunciado antes, resolverá el recurso influenciado por los prejuicios de su anterior decisión.

Y no solo ello, sino que, en el improbable caso de que el órgano revisor declare fundado el recurso de reconsideración sin una nueva prueba, este reconocería implícitamente haber cometido un error en el análisis jurídico que se presume debió realizar con cautela, es decir, reconocería que no ha cumplido su función con cabalidad, por lo cual existe un alto riesgo de que, defendiendo su anterior postura, simplemente confirme la resolución sancionatoria, declarando así infundado el recurso.

La consecuencia de esta situación es que las Salas del Tribunal de Contrataciones Públicas se volverían tanto jueces como parte en la evaluación de la reconsideración, lo cual vulneraría a todas luces el principio de imparcialidad.

En ese sentido, se puede concluir que el sistema jurídico no proporciona garantías suficientes que permitan asegurar que la autoridad evaluadora del recurso, esto es, las Salas del Tribunal de Contrataciones Públicas, puedan analizar el mismo de forma imparcial.

V. ¿Por qué es necesaria una modificación?

Conforme se ha mencionado líneas arriba, la estructura del procedimiento administrativo sancionador prevista para la Ley General de Contrataciones Públicas y su Reglamento, vulnera el principio de imparcialidad objetiva. Ello, en tanto la supresión de la etapa instructora apunta a que funciones propias de dicha

etapa, particularmente aquellas vinculadas con la formulación de la tesis acusatoria, terminen siendo asumidas materialmente por las propias Salas del Tribunal de Contrataciones Públicas. En consecuencia, existe el riesgo de que estas intervengan en la etapa acusatoria, comprometiéndose así la necesaria distancia que debe existir entre quien acusa y quien decide.

Por otro lado, en cuanto al recurso de reconsideración sin una nueva prueba, la intención del legislador en la regulación de este recurso en la norma general, y particularmente en aquella del Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes, es tangible: no limitar el derecho de contradicción y defensa en sede administrativa. Sin embargo, al momento de crear una norma de tal envergadura, es preciso atender a la probabilidad de su eficacia en la práctica, la cual conforme ha quedado expuesta, es ínfima.

Y si bien es cierto que, aun obteniendo una resolución desfavorable en sede administrativa, resulta posible acudir al Poder Judicial vía proceso contencioso administrativo, siendo que, en el caso del proceso sancionador en el Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes (y en general, en todos los procesos de instancia única), la interposición del recurso de reconsideración tiene un carácter opcional, muchas veces dicha alternativa no resulta conveniente para los derechos de los administrados, dados los costos que representa emprender un proceso judicial. Es el caso de los administrados sancionados con pequeñas cuantías, para quienes actuar ante la judicatura puede ser incluso más costoso que simplemente cumplir la sanción dictada, por lo que teniendo en cuenta la baja probabilidad de que un eventual recurso de reconsideración sea declarado fundado, hace que estos se encuentren ante un dilema insalvable.

Por otro lado, en el caso de aquellos administrados que sí consideren impugnar la sanción, incluso hasta instancias judiciales, nos encontramos con un segundo problema: La ineficacia de la administración pública como mecanismo de control social³⁹.

Sobre esto último, se precisa que la función de control social por parte de la administración, implica que esta tenga la capacidad de controlar comportamientos antisociales sin acudir al Poder Judicial, permitiendo así el descongestionamiento de este último, para lo cual, señala Guzmán (2016) que estos procesos deben llevarse a cabo: "teniendo en cuenta los derechos e intereses de los administrados (...). Caso contrario, el Poder Judicial tendría siempre que revisar lo resuelto por la entidad, situación en la cual el efecto liberador de la carga procesal se pierde"⁴⁰.

En este caso, la ausencia de una etapa instructora y la previsible asunción interna, por parte de las Salas del Tribunal de Contrataciones Públicas, de la fase de acusación, lo cual vulnera el principio de imparcialidad objetiva, y el consecuente

³⁹ GUZMÁN, C. (2016). *Los procedimientos administrativos sancionadores en las entidades de la administración pública*. Gaceta Jurídica.

⁴⁰ *Idem*.

riesgo de que en primera instancia administrativa se emita una sanción arbitraria, deriva en una bifurcación de posibilidades que culmina en el mismo destino: 1. O los administrados impugnan en sede administrativa y al ser infundados sus recursos (ello como resultado de la segunda problemática descrita), acuden al proceso contencioso administrativo o, 2. Evitan interponer la reconsideración y actúan directamente ante el Poder Judicial.

Así, queda en evidencia que las impugnaciones de los administrados disconformes terminarán casi siempre en manos del Poder Judicial, por lo cual la administración no estaría cumpliendo su propósito abstracto antes mencionado.

En ese sentido, se hace imperativa una reforma normativa que brinde una solución definitiva a dicha problemática en materia de contrataciones públicas, esto es, que se garantice tanto una adecuada y debida separación entre la Secretaría Técnica y las Salas del Tribunal de Contrataciones Públicas, como también que la Sala que resolvió previamente sobre la sanción del administrado, no vuelva a conocer el caso en vía de impugnación, ello en consideración a la gravedad y las consecuencias que implican las sanciones en la esfera jurídica de los administrados. Así, muchos podrán encontrar una solución oportuna y célere a sus controversias dentro de la propia administración, sin necesidad de acudir a mayores instancias, pues esta carecerá de una inclinación hacia una determinada resolución del caso y consecuentemente lo podrá evaluar con plena objetividad.

VI. Conclusiones

Con base en todo lo desarrollado líneas arriba, puede concluirse que el derecho a ser juzgado por una autoridad imparcial, junto con las dos garantías inherentes a este principio, resulta plenamente extensible a los procedimientos administrativos sancionadores, así como a los eventuales procedimientos recursivos que se deriven de ellos.

En tal sentido, para cumplir con las exigencias de la imparcialidad objetiva, se requiere que las etapas de instrucción y sanción se encuentren debidamente diferenciadas entre sí. No obstante, dicha separación no será debidamente respetada en la Ley General de Contrataciones Públicas y su Reglamento, ello a partir de las modificaciones que serán dispuestas como consecuencia de la Ley de Créditos Suplementarios.

Por otro lado, se ha determinado que tanto el recurso de apelación como el de reconsideración, en los procedimientos de doble instancia, respetan el principio de imparcialidad objetiva. En el caso de la apelación, ello ocurre en la medida en que quien resuelve el recurso es una autoridad distinta e independiente de aquella que emitió la decisión impugnada. En cuanto a la reconsideración, la garantía se preserva debido a que su interposición exige la presentación de una nueva prueba naturalmente no incorporada previamente al proceso.

Sin embargo, en los recursos de reconsideración previstos para los procedimientos sancionadores de instancia única — los cuales pueden tramitarse incluso sin la presentación de una nueva prueba, como ocurre en aquellos derivados de procedimientos sancionadores ante el Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes — dicho margen de imparcialidad objetiva desaparece. En efecto, de no presentarse una prueba adicional, la sala encargada de resolver el recurso carecerá de elementos suficientes que le permitan modificar razonablemente su decisión anterior, sobre la cual resulta previsible la existencia de un prejuicio a favor.

Estos defectos normativos generan, a su vez, dos problemas principales: por un lado, una situación de indefensión fáctica para el administrado; y, por otro, una afectación a la eficacia de la administración pública como mecanismo de control social.

En atención a estas inconsistencias normativas que afectan el principio de imparcialidad, se plantean dos alternativas de solución.

Establecer una autoridad a cargo de la etapa instructora del procedimiento sancionador: Frente a la inevitable eliminación de la etapa instructora del procedimiento sancionador, y con la finalidad de cumplir debidamente con el principio de imparcialidad objetiva y el debido procedimiento establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, resulta necesario retornar al esquema instructor-sancionador. Para ello, se propone encargar la instrucción a las Secretarías Técnicas del Tribunal de Contrataciones Públicas, dotándolas de plena autonomía institucional e independencia frente a las Salas del Tribunal de Contrataciones Públicas. Asimismo, debe establecerse que las primeras no prestarán apoyo alguno a las Salas del Tribunal de Contrataciones Públicas, a fin de evitar entremezclar las funciones de instrucción y de decisión.

Modificar la regulación del recurso de reconsideración en el Reglamento de la Ley General de Contrataciones Públicas: Al respecto, debe recordarse que el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que la reconsideración debe ser resuelta por el mismo órgano que emitió la decisión cuestionada. Sin embargo, dado que el Tribunal de Contrataciones Públicas, aun siendo un mismo órgano, se encuentra dividido en diversas salas, resulta factible — sin desnaturalizar el recurso — que la reconsideración sea evaluada por una Sala distinta de aquella que emitió la resolución sancionatoria. Para tal fin, podría implementarse un sistema de asignación aleatoria de los recursos entre las distintas Salas del Tribunal de Contrataciones Públicas, excluyendo a aquella que emitió la sanción cuestionada, con lo cual se busca reducir el riesgo de que la decisión sobre el recurso se vea influenciada por los prejuicios de la sala que previamente impuso la sanción.

De esta manera, se busca que la administración pública no sea percibida únicamente como una etapa previa al “verdadero acceso a la justicia” en sede

judicial, sino que, mediante una adecuada garantía de imparcialidad, pueda constituirse en un espacio efectivo para la resolución definitiva de un mayor número de controversias.

No debemos olvidar que el crecimiento de la sociedad es un proceso constante, inevitablemente sujeto a un esquema de ensayo y error. Así, de la curiosidad surge el conocimiento; del conocimiento, las teorías; de las teorías, los fracasos; de los fracasos, las victorias; y de las victorias, la evolución.

