

efectos sobre ningún administrado, de esta manera, se beneficia a todos los agentes económicos y/o ciudadanos en general que se vean afectados por aquella, como así lo dispone la propia resolución en su parte resolutoria.

Funcionarios públicos

Para efectos prácticos, esto significa que, la autoridad administrativa de trabajo no podrá fiscalizar exigiendo a las empresas el cumplimiento de la prohibición de tercerizar las actividades del núcleo del negocio, pues de hacerlo, los funcionarios públicos podrían ser pasibles de una sanción administrativa, por incumplir con una resolución emitida por autoridad administrativa competente.

¿Cuáles son los efectos de esta resolución en el proceso de acción popular acumulado en el que se viene cuestionando la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR? Como se recordará, contra este decreto supremo se interpuso varias demandas de acción popular que fueron acumuladas en un solo expediente (N° 00756-2022-0-1801-SP-DC-03) y que actualmente se encuentra pendiente de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema.

La Resolución N° 0270-2023/CEB-Indecopi no impide que el Poder Judicial se pronuncie sobre la inconstitucionalidad e ilegalidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, pues la competencia del Indecopi y la Corte Suprema sobre la materia, son distintas; sin embargo, opinamos que la existencia de una resolución administrativa con carácter definitivo, debe ser considerada por el Poder Judicial como una evidencia suficiente de la existencia de contravenciones al marco normativo vigente, al haberse constatado la existencia de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad que restringe u obstaculiza el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, y que afecta, finalmente, el derecho constitucional a la libertad de empresa; todo lo cual, debería llevar a que el Poder Judicial coincida con el Indecopi, y declare la ilegalidad de la prohibición.

De suceder lo contrario, esto es, que la Corte Suprema declare infundada la demanda de acción popular y declare que la norma no es inconstitucional o ilegal, entonces, nos encontraríamos frente a un escenario muy particular en el cual la prohibición tendría vigencia, pero sería inaplicable a todos los agentes económicos, pues a no ser que la Resolución N° 0270-2023/CEB-Indecopi no sea declarada nula o dejada sin efecto, subsistiría el mandato de inaplicar la prohibición de tercerizar actividades del núcleo del negocio.

¿UN DELITO LABORAL CON CONSECUENCIAS PENALES?

Apropiación de fondos de pensiones o del seguro social de salud

El autor expone en las siguientes líneas los aspectos más relevantes del debate respecto a la aplicación de la Ley N° 31823, que modifica el artículo 190° del Código Penal.

Una última modificatoria al delito de apropiación indebida ha generado una serie de cuestionamientos por su posible inaplicabilidad y sanción penal. Es, entonces, oportuno cuestionarse: ¿el legislador ha regulado una conducta ya prevista en nuestro ordenamiento?, ¿el legislador debió regular de mejor manera la apropiación de fondos de pensiones y del seguro social de salud?

La reciente publicación de la Ley N° 31823, que modifica el delito de apropiación ilícita, incorpora un párrafo adicional a un comportamiento ya regulado en el país, la apropiación indebida. A partir de esta modificatoria se sancionará a quien se apropie, desvíe o disponga de forma indebida los aportes destinados a la constitución, formación, consolidación o desarrollo de un fondo pensionario o del seguro social de salud, con una pena de hasta cuatro años, si es cometido por un particular; y hasta con seis años si es cometido por un servidor público.

Esta modificatoria, que da la impresión de proteger a los trabajadores, ha generado una serie de críticas por su aplicación y por un posible beneficio a los malos servidores públicos.

Se sostiene que no se podría aplicar porque para la comisión de un delito de apropiación ilícita se requiere previamente que el agraviado entregue o deposite un bien de forma previa al sujeto activo; lo que no ocurre en este caso, pues el trabajador nunca hace entrega de este dinero al empleador.

Nos preguntamos: ¿puede apropiarse el empleador que siempre tuvo posesión del aporte del seguro social de salud?, ¿comete apropiación el empleador que retiene el fondo de pensiones, a pesar de que este fondo no lo recibió del trabajador?

Ante esto, tal parece que el empleador siempre tuvo posesión del fondo de pensiones y del seguro social de salud y que el trabajador nunca hizo entrega al empleador de este fondo; por lo que, si



ROMARIO
RAMÍREZ

ASOCIADO SÉNIOR
DE SOLUCIÓN DE
CONFLICTOS DE
CMS GRAU

este fuera el razonamiento del Ministerio Público o del Poder Judicial, hablaríamos de una modificatoria que no tendría consecuencias penales; por lo tanto, sería inaplicable.

Sin embargo, otros sectores sostienen que este delito es aplicable, puesto que lo que se sanciona no es si hubo un traslado previo del trabajador al empleador, sino la ruptura a un deber de lealtad o de custodia, en que el empleador debe respetar la propiedad del fondo de pensiones o del seguro social, porque no le pertenece.

Ante interpretaciones opuestas, ade-

más de los cuestionamientos, se advierte una ligera regulación que no tuvo una merecida discusión jurídica; y que, de haberse realizado, hubiera promovido una mejora en la protección de los derechos de los trabajadores.

Por otro lado, se discute también que esta modificatoria beneficiaría a los servidores públicos que vienen siendo procesados por apropiarse indebidamente de fondos y también a los que cometerían este tipo de conductas a futuro. Esto es claro, debido a que la apropiación cometida por funcionarios ya era sancionada mediante el delito de peculado (apropiación de caudales que le fueron confiados por su cargo) con una pena de hasta 15 años; en tanto, con esta modificatoria solo se sancionará con una pena de hasta seis años.

Con el principio de retroactividad benigna, al ser esta ley más favorable, podría ser aplicable a los funcionarios que son procesados a la fecha, pudiéndose no solo beneficiar con una pena menor, sino inclusive con la prescripción del delito.

La reciente publicación de la Ley N° 31823, que modifica el delito de apropiación ilícita, incorpora un párrafo adicional a un comportamiento ya regulado en el país, la apropiación indebida.