

Tendencias en derecho sindical y debates sobre la negociación colectiva en el sector público

CONTENIDO

- **WILFREDO SANGUINETI RAYMOND:** La garantía extracontractual del derecho de huelga: una reconstrucción sistemática.
- **JUDITH CARRERAS GARCÍA:** "¿Puede el feminismo ser un revulsivo sindical?".
- **MAURICIO MATOS ZEGARRA Y FIORELLA MANRIQUE VALDIVIA:** Los colegios profesionales en el Perú: una mirada desde la libertad sindical negativa.
- **MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ:** Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre negociación colectiva en el sector público.
- **JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ORTIZ:** La negociación colectiva en el sector público: necesidad de regulación equilibrada.
- **CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE:** Problemática de la regulación del contenido económico de la negociación colectiva en el Sector Público: balances y perspectivas.
- **ADOLFO CIUDAD REYNAUD:** Análisis de los proyectos tramitados en el Congreso de la República.
- **ANA CECILIA CRISANTO CASTAÑEDA:** Los modelos de negociación colectiva en el sector público con incidencia presupuestal: su presencia en los proyectos de ley recientes y en el DU N° 014-2020.
- **RAÚL SACO BARRIOS:** Plazo de vigencia de la convención colectiva de trabajo en el sector público.
- **FERNANDO DELGADO SOARES NETTO:** "Peculiaridades de las relaciones laborales en el sector público en el Uruguay".

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

- **LUCÍA GUZMÁN ESTRADA:** Riesgos biológicos en el trabajo: fundamentos para plantear una función resarcitoria del Estado.

SEGURIDAD SOCIAL

- **IRENE DEL PILAR ÁLVAREZ DEOSSA:** Sistema Pensional Colombiano: una mirada a la responsabilidad del empleador.

TENDENCIAS: EL COVID-19 Y LAS RELACIONES DE TRABAJO

- **JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA:** Solidaridad y trabajo protegido desde una perspectiva global: la respuesta social ante la pandemia del coronavirus.
- **MARIO GARMENDIA ARIGÓN:** Navegando la pandemia: notas sobre su impacto laboral y las medidas adoptadas para su contención.
- **LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ:** La kenosis peruana puesta en evidencia por el Covid-19.
- **WILLMAN MELÉNDEZ TRIGOSO:** El instituto de la suspensión perfecta de labores en el contexto del Covid-19.

Laborem

N.º 22 / 2020



Revista Laborem

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Director

Luis Mendoza Legoas

Consejo Editorial

Miguel Canessa Montejo

Ana Cecilia Crisanto Castañeda

Wilfredo Sanguinetti Raymond

Lima, 2020

Laborem es la revista de doctrina laboralista editada por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Desde 1994, esta publicación ha promovido el debate de asuntos de trabajo desde una perspectiva académica en el campo aplicado y teórico, a nivel nacional e internacional.

En su edición electrónica, la revista alcanza a un número de lectores peruanos y del extranjero, de los ámbitos universitario, gremial, profesional, impulsando el estudio de los asuntos de trabajo a nivel local y comparado. Por ese motivo, la revista respeta el método de citado de las contribuciones originalmente alcanzadas por los autores.

La revista Laborem está alojada en la página de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: www.spdtss.org.pe

EDITORIAL

El número 22 de la revista *Laborem* ve la luz en medio de la crisis originada en una pandemia global que ha conmovido al mundo del trabajo y a las instituciones del Derecho Laboral. No obstante, como escribió hace un tiempo el profesor español Manuel Carlos Palomeque, “la crisis económica es un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo”, por lo que, además de su impacto en las relaciones de trabajo, la verdadera novedad de la crisis que sufrimos actualmente yace en los terribles efectos del COVID-19 en la vida y la salud de las personas que trabajan.

La revista propone, en ese contexto, una temática principal dedicada al Derecho Sindical. En ella, son dos los temas que se presentan. En primer lugar, dos interesantes ensayos sobre temas asaz actuales sobre el fenómeno colectivo: la huelga como manifestación fáctica en su proyección extracontractual en las complejas relaciones empresariales descentralizadas, a cargo de Wilfredo Sanguinetti; y el estudio realizado por Judith Carreras sobre los bastos puntos de conexión entre la plataforma de lucha sindical y la feminista.

A continuación, una serie de artículos presentados a nuestra revista respecto a un tema que ha ocupado un espacio propio en el debate laboral peruano del último lustro: la negociación colectiva en el sector público. Si bien hoy ya se tiene una normativa aprobada sobre el particular, estos artículos se han incluido como testimonio del impulso que la SPDTSS ha dado a la discusión sobre este tema a través de eventos científicos y publicaciones especializadas (esfuerzo que, estamos seguros, tendrá continuidad).

Así, Marianella Ledesma, presidenta del Tribunal Constitucional del Perú, reseña en primer lugar la doctrina y jurisprudencia del alto tribunal sobre el particular. Igualmente, Juan José Martínez Ortiz, presidente ejecutivo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, nos ofrece un panorama de la normativa y la jurisprudencia sobre la negociación colectiva en el sector público, aunada a una nutrida

información estadística sobre aspectos importantes del ejercicio de este derecho en los años recientes.

También dentro del mismo eje temático se presentan los trabajos de los profesores Carlos Guillermo Morales, quien ofrece un balance y perspectivas sobre la regulación del contenido económico; Adolfo Ciudad con un análisis sobre los proyectos normativos que se tramitaron en el Congreso de la República; Ana Cecilia Crisanto, quien trata los modelos de negociación colectiva en los proyectos dados y la norma aprobada; y Raúl Saco, quien analiza el plazo de vigencia asignado a los convenios colectivos del sector público. Cabe mencionar que la mayor parte de estos trabajos recogen, con ampliaciones, las ponencias presentadas por los nombrados autores en el conversatorio sobre negociación colectiva en el sector público, que fue coorganizado por nuestra asociación y la Oficina de la Organización Internacional del Trabajo para los Países Andinos en setiembre de 2019.

Cerrando esta sección, el profesor uruguayo Fernando Delgado nos ofrece una visión comparativa de las relaciones laborales el sector público de su país. Esta reflexión es de especial interés para nosotros ya que el propio autor tuvo oportunidad de compartir con la SPDTSS la experiencia del Uruguay en la negociación colectiva en el sector público. Su vinculación con nuestra sociedad y con el estudio de este tema data entonces de varios años ya.

4

En materia de seguridad y salud en el trabajo, presentamos el estudio de Lucía Guzmán Estrada sobre la responsabilidad del Estado frente a la exposición de los trabajadores en centros de salud pública estatal a riesgos biológicos. Se trata, sin ninguna duda, de un tema de acuciante actualidad dada la precaria situación del personal que lucha diariamente frente a la pandemia que nos azota en los centros de salud del Estado.

Posteriormente, desde Colombia, la abogada Irene Álvarez Deossa nos presenta una exposición de las obligaciones patronales en el marco del Derecho Previsional de su país, haciendo recurso de la vasta jurisprudencia existente sobre el particular.

A continuación, nuestra sección de tendencias recoge estudios iniciales al impacto de la crisis sanitaria y económica del COVID-19 en las relaciones de trabajo. Cuatro estudios componen esta importante sección, adelantando lo que será la temática principal de la siguiente entrega de la revista *Laborem*, programada para noviembre de 2020.

En primer lugar, José Eduardo López Ahumada presenta un claro análisis sobre las respuestas estatales y supranacionales en función de las instituciones laborales más importantes. De otro lado, Mario Garmendia Arigón nos ofrece un panorama sobre las respuestas desde el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Uruguay, en la dimensión de lo individual y lo colectivo.

También en este eje se presenta al trabajo de los autores nacionales Leopoldo Gamarra Vílchez, quien presenta una explicación del impacto que ha tenido la pandemia en el sistema peruano desde una crítica estructural a la institucionalidad del mercado de trabajo y el Derecho del Trabajo doméstico. Luego, Willman Meléndez Trigo sobre una traumática institución propia de la crisis: la suspensión perfecta de labores. Esta figura, ampliamente discutida en nuestro medio, es estudiada desde una interesante perspectiva que atiende al fundamento de esta figura excepcional.

Como podrá comprobarse en la lectura de estos aportes académicos, la SP-DTSS ofrece a la comunidad laboralista un número de interés, cuyos temas se encuentran en el debate de los problemas nuevos y actuales, pero problemas de siempre al fin.

Guillermo Boza Pró
Presidente SPDTSS

Luis Mendoza Legoas
Director de *Laborem*

CONTENIDO

Editorial.....	3
----------------	---

TENDENCIAS EN DERECHO SINDICAL Y DEBATES SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND: La garantía extracontractual del derecho de huelga: una reconstrucción sistemática	19
I. Los términos de un problema capital	20
II. La construcción jurisprudencial de la garantía extracontractual del derecho de huelga.....	26
A. La concepción instrumental del derecho de huelga en el punto de partida	26
B. La afirmación del deber del empresario de soportar los efectos del ejercicio del derecho.....	28
C. La proyección de la tutela del derecho hacia otros empresarios.....	31
III. Un intento de reconstrucción: la afirmación de una posición patronal instrumental a los efectos de la garantía del derecho de huelga.....	39
A. La “especial vinculación” entre los trabajadores que ejercen el derecho y el proceso productivo global liderado por otro empresario como fundamento y límite de su proyección a los grupos y las redes empresariales.....	41
B. Contenido de la posición patronal instrumental.....	47

JUDITH CARRERAS GARCÍA: ¿Puede el feminismo ser un revulsivo sindical?	59
Las luchas ‘sindicales’ de la reproducción social.....	62
La Huelga del 8 de marzo densifica el concepto de huelga	66
La huelga feminista, una experiencia para las huelgas laborales y organización sindical	68
Referencias	70
MAURICIO MATOS ZEGARRA / FIORELLA MANRIQUE VALDIVIA: Los Colegios Profesionales en el Perú: Una mirada desde la libertad sindical negativa.....	71
1. Introducción	72
2. La Sindicalización en el Perú	72
2.1 Antecedentes	72
2.2. Regulación actual	75
3. Libertad sindical.....	77
3.1 Contenido y marco normativo aplicable.....	77
3.2 Jurisprudencia	78
4. Colegios profesionales	80
4.1 Regulación normativa y naturaleza de los Colegios profesionales ...	80
4.2 Constitucionalización y principales lineamientos jurisprudenciales	81
4.3. Colegiatura obligatoria y libertad sindical.....	83
5. Conclusiones	84
6. Bibliografía.....	85
MARIANELLA LEDESMA NARVAEZ: Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre negociación colectiva en el Sector Público	87
1. El reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos.....	87
2. La negociación colectiva en el sector público	90
3. Negociación colectiva y presupuesto público	91
4. Sector público y ausencia de regulación de la negociación colectiva	92
5. Directrices para la futura legislación sobre negociación colectiva.....	93
6. Límites a los límites de la negociación colectiva en el sector público	95
Conclusiones.....	97

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ORTIZ: La negociación colectiva en el sector público: necesidad de regulación equilibrada.....	99
Los antecedentes normativos en materia de negociación colectiva.....	99
La evolución del pensamiento del tribunal constitucional.....	103
Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 28175, Ley Marco de Empleo Público.....	104
La postura actual del tribunal constitucional	106
El derecho de negociación colectiva, como derecho de constitucional de configuración legal	110
La negociación colectiva en el sector público. La evidencia de los datos	111
Problemas actuales de la negociación colectiva.....	114
Comentario final	118
 CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE: Problemática de la regulación del contenido económico de la negociación colectiva en el Sector Público: Balance y perspectivas.....	121
1. Introducción	121
2. Problemática de la regulación del contenido salarial de la negociación colectiva en el Sector Público.....	122
2.1. Antecedentes de la regulación del contenido salarial en la negociación colectiva en el Sector Público en el Perú.....	122
2.2. Las prohibiciones presupuestales al contenido salarial en el Sector Público.....	124
3. Análisis de los cuestionamientos a la prohibición de la regulación del contenido salarial en las Leyes de Presupuesto del Sector Público.....	125
3.1. Cuestionamientos de las organizaciones sindicales ante la OIT	125
3.2. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional	127
4. Análisis de las posiciones sobre la problemática de la regulación del contenido salarial en la negociación colectiva en el Sector Público	133
4.1. Posiciones teóricas sobre la materia	133
4.2. Crítica a estas posiciones.....	135
5. Bibliografía.....	136

ADOLFO CIUDAD REYNAUD: Análisis de los proyectos tramitados en el Congreso de la República sobre negociación colectiva en el sector público	139
I. Obligación de fomento de la negociación colectiva.....	139
II. Análisis de los dos proyectos de negociación colectiva.....	140
1. Materias comprendidas en la negociación	140
2. Reglamentación excesiva de los niveles de negociación:	142
3. El Informe Económico Financiero del MEF	144
4. Plazo mínimo de duración del convenio colectivo e inicio de vigencia..	146
5. Conformación del Tribunal Arbitral.....	148
6. Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones colectiva	149
7. Ejecución del laudo arbitral	151
ANA CECILIA CRISANTO CASTAÑEDA: Los modelos de negociación colectiva en el sector público con incidencia presupuestal: su presencia en los proyectos de ley recientes y en el DU N° 014-2020	153
I. Antecedentes	153
II. Fundamento de los límites en materia económica en la negociación colectiva del sector público:	155
III. Modelos legales de negociación colectiva en el sector público con incidencia en el presupuesto estatal.....	157
1. Modelo de topes en la ley de presupuesto:.....	158
2. Modelo de ley que habilita el establecimiento de límites en materia económica:	159
3. Modelo de prohibición legal de la negociación colectiva en materia económica en el sector público.....	160
IV. Informe económico financiero: análisis en los proyectos de ley y en el DU N° 014-2020	162
1. Proyecto de ley de la Comisión de Trabajo	162
2. Proyecto de Ley de la Comisión de Descentralización	164
3. DU N° 014-2020	165
V. Conclusiones.....	167
VI. Bibliografía.....	168

RAÚL SACO BARRIOS: Plazo de vigencia de la convención colectiva de trabajo en el sector público.....	171
1. Antecedentes	172
1.1. Sector privado	172
1.2. Sector público	176
2. Intervencionismo y “reglamentarismo” estatales en la negociación colectiva frente a la autonomía colectiva, y legislación comparada.....	180
3. Doctrina nacional.....	184
4. La OIT.....	186
4.1. Negociación libre y voluntaria	186
4.2. Duración y vigencia de las convenciones colectivas.....	188
5. Cuestiones prácticas	190
6. Conclusiones	191
Bibliografía.....	192
FERNANDO DELGADO SOARES NETTO: Peculiaridades de las relaciones laborales en el sector público en el Uruguay.....	199
I. Introducción	199
II. Peculiaridades en cuanto a la regulación (Derecho Administrativo vs. Derecho Laboral)	200
1. Posición administrativista o dualista.....	200
2. Posiciones laboristas	201
3. Teorías híbridas	201
4. Los aportes de Octavio Racciatti	202
III. Peculiaridades del sujeto empleador (la complejidad y extensión del estado uruguayo)	203
1. Los vínculos laborales del estado	203
2. Las pluralidades en el ámbito estatal.....	204
3. Los cargos políticos , la estructura jerárquica y burocrática.....	205
IV. Peculiaridades en cuanto al rol del ministerio de trabajo	205
V. Peculiaridades en cuanto al contenido (materia salarial, convenios y presupuesto)	206
1. La materia salarial en la negociación pública	206
2. El “ida y vuelta” entre normas presupuestales y convenios colectivos.....	207

3. El caso del convenio en la enseñanza pública.....	208
4. Los efectos jurídicos de los acuerdos o convenios colectivos	209
VI. Otras limitaciones constitucionales, legales y reglamentarias	209
VI. Reflexiones finales.....	210

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

LUCIA GUZMÁN ESTRADA: Riesgos biológicos en el trabajo: Fundamentos para plantear una función resarcitoria del Estado.....	213
Introducción	214
I. Breve marco conceptual de los riesgos biológicos y su relación con las y los trabajadores de centros sanitarios públicos	215
II. La función garante del Estado como agente principal del sistema de seguridad y salud en el trabajo en centros sanitarios públicos: crítica a la situación actual	216
2.1. Fundamento constitucional del rol garante del Estado en la seguridad y salud en el trabajo.....	216
2.2. Rol garante del Estado en relación a los riesgos biológicos en centros sanitarios públicos: crítica a la situación actual.....	218
3. Riesgos biológicos en el trabajo: ¿cómo se puede sustentar la activación de una función resarcitoria del Estado en relación a sus trabajadores?	221
4. Conclusiones	225
5. Bibliografía.....	226

SEGURIDAD SOCIAL

IRENE DEL PILAR ÁLVAREZ DEOSSA: Sistema pensional colombiano: una mirada a la responsabilidad del empleador.....	231
1. Presentación	231
2. Antecedentes de la seguridad social.....	232
3. De los regímenes pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.....	234
4. De la creación del nuevo sistema general de pensiones y su posterior reforma con la Ley 797 de 2003	240

A) Antecedentes de la Ley 100 de 1993	240
B) Requisitos para acceder a la pensión de vejez en la Ley 100 de 1993 y sus posteriores reformas.....	242
C) De los títulos pensionales.....	243
5. Recorrido en la jurisprudencia colombiana sobre el pago de título pensional, en las situaciones excluidas del art. 33 de la Ley 100 de 1993.	245
a. De la zona geográfica: trabajadores laborando en zonas no cubiertas por el ISS desde el inicio del contrato y trabajadores afiliados al ISS trasladados a zonas sin cobertura.	246
b. Los trabajadores que no fueron afiliados al hoy fenecido ISS, aun cuando ya el empleador sí tenía la obligación de hacerlo en su zona geográfica, pero que, por razones de orden público no pudo realizarlo	248
c. De los trabajadores cuya vinculación no estaba vigente al 23 de diciembre de 1993, pero cuya pensión estaba a cargo del empleador.	250
Conclusión.....	255

TENDENCIAS: EL COVID-19 Y LAS RELACIONES DE TRABAJO

13

José Eduardo López Ahumada: Solidaridad y trabajo protegido desde una perspectiva global: la respuesta social ante la pandemia del coronavirus.....	259
I. Introducción	260
II. La epidemia del coronavirus y la situación de crisis humanitaria: una profunda cuestión social	261
III. El papel de la OIT ante la crisis global en el empleo: efectos de la crisis del coronavirus en la economía y en el mundo del trabajo	266
IV. Los desafíos internacionales de la crisis global en el mundo del trabajo .	268
V. Las principales medidas laborales y de protección social adoptadas por los estados nacionales: la protección del empleo y la atención a las situaciones de necesidad	272
VI. Régimen de servicios esenciales y sectores prioritarios en régimen de continuidad.....	273
VII. La protección del derecho a la salud en el trabajo.....	275

VIII.	Trabajo a distancia y teletrabajo como respuesta al actual modelo actividad laboral.....	276
IX.	Protección en el empleo y estabilidad laboral: solidaridad y protección social.....	279
X.	Prohibición y limitaciones a los despidos por causa de fuerza mayor: promoción de la defensa del empleo.....	281
XI.	La protección del salario y la previsión de beneficios económicos excepcionales en caso de necesidad.....	283
XII.	La ordenación del tiempo de trabajo y de descanso ante la situación de aislamiento y movilidad restringida.....	284
XIII.	Conciliación de la vida familiar y laboral.....	286
XIV.	Medidas de protección social: desempleo, renta mínima de inserción y subsidios económicos para colectivos más desfavorecidos.....	287
XV.	Tutela del trabajo por cuenta propia y del régimen de actividad de las microempresas y pymes.....	290
XVI.	Conclusiones.....	292
XVII.	Referencias bibliográficas.....	296

14

	MARIO GARMENDIA ARIGÓN: Navegando la pandemia: notas sobre su impacto laboral y las medidas adoptadas para su contención.....	301
I.	Introducción.....	302
II.	Estado de emergencia sanitaria nacional y su impacto en la actividad económica y el funcionamiento de las empresas.....	303
III.	Continuidad de la actividad y prevención de los contagios.....	306
	1. Trabajo desde el domicilio de los trabajadores.....	307
	2. Telemedicina: Ley nº 19.869, del 2 de abril de 2020.....	308
	3. Medidas profilácticas para el trabajo presencial (CONASSAT).....	308
IV.	Empleo e ingresos de los trabajadores: medidas dirigidas a preservar las fuentes de trabajo, la estabilidad del empleo y los ingresos de los trabajadores.....	310
	1. Flexibilización del seguro de paro.....	310
	2. Otras medidas.....	312
	3. Pago de los salarios.....	313
	4. Fondo solidario COVID-19 e impuesto emergencia sanitaria (ley nº 19.874, del 8 de abril de 2020).....	313

V. Amparo para los trabajadores que contraen la enfermedad o se ven obligados a guardar cuarentena.....	314
VI. Situación de los trabajadores de la salud.....	315
VII. ¿Qué espacio tiene el diálogo social y la negociación colectiva en la actual coyuntura?.....	315
VIII. Conclusiones	316
LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ: La <i>kenosis</i> peruana puesta en evidencia por el Covid-19	319
I. Introducción	320
II. El fracaso de las políticas neoliberales	320
1. El grado de la crisis que el coronavirus pone en evidencia	322
2. ¿Cómo explicar esos datos en una “economía social de mercado”?... ..	325
III. Las medidas tomadas por otros países frente al <i>shock</i> del COVID-19....	328
1. La política fiscal, la gran protagonista.....	329
2. La ayuda directa a los más afectados.....	329
3. En cuanto a los trabajadores.....	330
IV. Las medidas que se están tomando (y otras que deben tomarse) en el Perú. .	332
1. Medidas preventivas: “más temo al hambre que al coronavirus”	333
2. Las medidas estructurales: las más necesarias y las más olvidadas	336
V. Conclusiones	341
VI. Referencia bibliográfica.....	342
WILLMAN MELÉNDEZ TRIGOSO: El instituto de la suspensión perfecta de labores en el contexto del Covid-19.....	345
¿De lo genérico a lo específico?	346
La hoja de ruta especial	348

Laborem

N.º 22 / 2020

TENDENCIAS: EL COVID-19 Y LAS RELACIONES DE TRABAJO



EL INSTITUTO DE LA SUSPENSIÓN PERFECTA DE LABORES EN EL CONTEXTO DEL COVID-19

WILLMAN MELÉNDEZ TRIGOSO*

En este artículo, el autor expone un análisis profundo de la figura de la suspensión perfecta de labores dada en el marco del Covid-19, su racionalidad y fundamenta su aplicación restringida con un sentido crítico.**

El COVID-19 ha generado en el mundo infecciones, muertes y decaimientos económicos; en el particular mundo laboral lo mismo, aunque con distintos continentes y contenidos: han muerto empleos, han sido infectados mediante la figura del subempleo, cuando no con el total decaimiento económico a consecuencia de la “suspensión perfecta de labores”.

Sabido es que la figura de la “suspensión perfecta de labores” no fue gestada para afrontar la pandemia laboral, sino que la preexistía bajo una formulación genérica anclada a los supuestos de “caso fortuito o fuerza mayor”. Sin embargo, la crisis la hizo merecedora de una regulación, inicialmente vía decreto de urgencia y luego precisada a nivel reglamentario,¹ que buscó afinar sus alcances; intentando acompañar el entendimiento de las consecuencias del COVID-19 en la genérica

* Socio fundador de Melendezlab. Cuenta con estudios de Doctorado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, es Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, es Especialista en Derecho del Trabajo por la misma casa de estudios y por la Universidad Castilla La Mancha; asimismo, es docente en pregrado y posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú; ha sido Jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y asesor de la Dirección General del Trabajo.

** Reseña efectuada por los editores de *Laborem* 22.

1 Existen cuestionamientos hechos al reglamento, principalmente, en la axiología del derecho punitivo, ya que al regular la adecuación de la medida a sus precisiones las ha regulado con carácter retroactivo.

idea de “caso fortuito o fuerza mayor”; trazando una hoja de ruta de gusto y disgusto a la vez en la doctrina laboral.

El presente artículo no busca ser descriptivo de tal regulación, pues su contenido es ampliamente conocido, aun cuando lo repasaremos de modo genérico para hacer especial hincapié en aquellos aspectos que consideramos merecedores de comentario.

¿De lo genérico a lo específico?

Al concepto ya conocido como supuesto de ruptura temporal del sinalagma contractual [suspensión de la prestación de servicios acordada en el contrato de trabajo y la consecuente obligación contraprestativa], había que identificarlo, de modo genérico, con la superación de tres (03) características o filtros, como el lector prefiera llamarlos: “extraordinariedad”, “imprevisibilidad” e “irresistibilidad”.

Lo extraordinario es evidente, es una cuestión fáctica, es palpable en la actual situación; ello, entonces, no generaría mayores dudas. Lo imprevisible, debe ser analizado en función de una diligencia estándar adoptada por el empleador, a estos efectos tomarían importante consideración los mecanismos de diálogo social implementados para definir paliativos por sobre las imposiciones unilaterales; finalmente, la irresistibilidad es un elemento preponderantemente económico y por ello mismo debería merecer un análisis casuístico que considere las distintas realidades empresariales, bajo su consideración como fuentes de trabajo antes que como simples empresas y esta connotación nuevamente nos retornaría al diálogo social, pues la fuente de trabajo no es exclusiva del capital, sino que confluye con la fuerza de trabajo.

Palabras más, palabras menos, esta sería la lógica del instituto de “suspensión perfecta de labores” antes de la regulación de emergencia, en cuanto a la ruta que debería seguirse.

La regulación de emergencia, en un primer momento buscó complementar —cuando no regular de modo especial— la “suspensión perfecta de labores” antes expresada y engranada en las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, mediante el Decreto de Urgencia No. 38-2020 [publicado en el diario oficial el 14 de abril]; siendo lo más resaltante la introducción de una serie de paliativos previos vinculantes a la aplicación de la medida más gravosa —ya que rompe el sinalagma contractual, y por tanto toma

esas determinaciones– tales como: la implementación del trabajo remoto o la licencia con goce de haber² que hasta ese momento eran únicamente garantes de un determinado grupo de trabajadores, sujetando estas a la naturaleza de la actividad empresarial [debemos entender que esto está relacionado al carácter esencial o no de la misma] o a la afectación económica, lo que podría entenderse como un supuesto de irresistibilidad, según lo anotado en líneas previas.

Inicialmente, el procedimiento para esta suspensión perfecta de labores anexada al Decreto de Urgencia No. 38-2020 se trazó del siguiente modo: el empleador debía presentar una solicitud por vía remota a la autoridad administrativa de trabajo exponiendo con claridad suficiente los motivos que sustentaban la medida. Tal como sucedía antes de su vigencia, la referida solicitud se sujetaba a verificación posterior; sin embargo, los plazos fueron inicialmente variados, pasando de seis (06) días hábiles a treinta (30) como máximo,³ contabilizados desde el día en que se presentó la solicitud, lo que resultaba razonable por el número mayor de solicitudes que virtualmente se consideraban serían presentadas en contraposición con el número de inspectores que no se vería incrementado.

A consecuencia de dicha verificación, la autoridad administrativa de trabajo emitiría una resolución [acto administrativo] en un plazo de siete (07) días posteriores a la verificación efectuada, operando el silencio administrativo positivo.

En tiempos pasados [año 2012 y algunos posteriores] la Dirección General de Trabajo era de la consideración que la naturaleza del plazo establecido para dicha verificación debía entenderse como uno de celeridad y no de prescripción o generadora de silencio administrativo positivo.⁴ En este punto existe una nueva

-
- 2 El 15 de marzo de 2020, el Gobierno emitió el Decreto de Urgencia No. 026-2020, que establece que el empleador debe identificar y priorizar a los trabajadores considerados en el grupo de riesgo por edad y factores clínicos, a efectos de aplicar, de manera obligatoria el trabajo remoto en estos casos, mientras dure la emergencia sanitaria; ello siempre que la naturaleza de las labores lo permita. En caso las labores no sean compatibles con este esquema de trabajo, se debe otorgar una licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior. Cabe precisar que los ámbitos subjetivo y objetivo del denominado “grupo de riesgo” han ido variándose mediante distintas fuentes normativas.
 - 3 La Resolución de Superintendencia 74-2020-SUNAFIL, suspendió los plazos de: a) las actuaciones inspectivas, b) los procedimientos administrativos sancionadores, c) los procedimientos sujetos a silencios positivo y negativo, d) los procedimientos tales como acceso a la información pública, fraccionamiento de multas y ejecución coactiva. Posteriormente, mediante RSI 80-2020-SUNAFIL se prorrogaron dichas medidas en el siguiente sentido: i) por 15 días hábiles (contados desde el 7 de mayo) los supuestos “a” y “b”, ii) por 15 días hábiles (contados desde el 29 de abril) los supuestos “c”, y por 15 días hábiles (contados desde el 7 de mayo) los supuestos “d”.
 - 4 Por citar un ejemplo, la Resolución Directoral 11-2012-MTPE/2/14, de fecha 22 de octubre de 2012, en su parte considerativa estableció que el plazo de seis (06) días establecidos en el artículo 15

diferencia importante en la regulación de emergencia, pues expresamente regula que “de no expedirse dicha resolución, se aplica el silencio administrativo positivo”, es decir se entiende por aprobada la suspensión perfecta de labores. Este es un asunto de cuidado, ya que podría generar supuestos de abuso del derecho.

Es por ello que el DS 11-2020-TR, tras una introspección que implica reconocer sus limitaciones materiales, regula que sin perjuicio de las verificaciones antes detalladas, existirá un procedimiento de fiscalización posterior que debe abarcar como mínimo el 20% de las solicitudes presentadas; aun en dicho escenario, estadísticamente será improbable, cuando no imposible, verificar el total de solicitudes de “suspensión perfecta de labores”, quedando al arbitrio del silencio administrativo positivo y eventualmente, cuando se decida de este modo, a su impugnación en las vías judiciales mediante las vías de las “acciones contencioso administrativas”.⁵

La hoja de ruta especial

La nueva “suspensión perfecta de labores” creada en el contexto de emergencia se erige de modo principal en el Decreto de Urgencia No. 38-2020 y en el Decreto Supremo No. 011-2020-TR [existen normas de precisión, aunque no resultan relevantes para los fines de este artículo].

Cuál es la tramitología que entonces debe transitarse, pues la siguiente:

- Mecanismos paliativos privilegiados: se garantiza el tratamiento en calidad de regla general del trabajo remoto y licencia con goce sujeta a compensación posterior.

de la LPCL debe entenderse como una orden de celeridad para la autoridad administrativa encargada de la verificación.

5 Merece una mención especial el hecho que el Decreto de Urgencia, en su Tercera Disposición Complementaria Final regula que “la Autoridad Inspectiva de Trabajo, dispone y realiza acciones preliminares o actividades de fiscalización, respecto de las suspensiones perfectas de labores, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación o de manera presencial, a través del inspector del trabajo, sin distinción alguna de su nivel.” Cuestión posteriormente trasladada con mayor amplitud mediante el protocolo que para dichos fines aprobó y publicó SUNAFIL, brindando mayor protagonismo a las denominadas acciones preliminares, lo que sustenta cierta lógica si lo entendemos como un filtro previo a las investigaciones presenciales; evitando la exposición del personal inspectivo al COVID-19 y además maximizando la eficiencia del recurso humano, el que como he indicado resultado aminorado en relación al número de solicitudes presentadas.

La fórmula que permite tal fin consiste en regular negativamente tales figuras, es decir, evaluar como paso inicial la imposibilidad/irrazonabilidad de aplicar trabajo remoto y de otorgar licencia con goce sujeta a compensación posterior. Esta labor es acompañada de una lista enunciativa de algunos supuestos que se pueden entender insertados en esa lógica.

Así, sobre el trabajo remoto se dirá que es imposible/irrazonable si se requiere de la presencia física indispensable del trabajador para la realización del servicio contratado laboralmente, o si es menester la operación de maquinaria o herramientas que solo pueden ser utilizadas en el centro de labores para decantarse por el genérico formulismo de actividades que resulten inherentes a la característica del servicio contratado. He dejado para la parte final aquella sobre la imposibilidad basada en la naturaleza de las actividades, pues resulta una obviedad, sin que por ello escape de un análisis casuístico en conjunto con otras análogas.

Mientras que sobre la licencia con goce sujeta a compensación se dirá que es imposible/irrazonable cuando la actividad tiene una duración de veinticuatro (24) horas y se realiza mediante jornadas en distintos turnos [me parece aplicable a las actividades propias de los sectores minería y puertos, por ejemplo], claro, lo anterior además en la lógica de que es posible una “suspensión perfecta de labores” focalizada o hasta individualizada,⁶ de modo tal que resulta incoherente pensar en la imposibilidad de la licencia con goce sujeta a compensación en este contexto.

Tampoco considera irrazonable, antes que imposible en este caso, la realización de la licencia con goce sujeta a compensación cuando la extensión del horario ponga en riesgo la seguridad y la salud de los trabajadores; debiendo recordarse en este punto que en días previos se había regulado la posibilidad de recurrir al *ius variandi* radical de emergencia con respecto a la jornada; denotando una clara opción del legislador en favor de la protección a la salud del trabajador [sea por convencionalidad, sea por entendimiento axiológico de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo].

Del mismo modo, no considera imposible/irrazonable la realización de la licencia con goce sujeta a compensación cuando el horario del empleador se

6 La normativa de emergencia indica que la “suspensión perfecta de labores” puede aplicarse sin criterio de universalidad, permitiendo la individualidad inclusive.

sujete a restricciones [los servicios contratados laboralmente para los supermercados en el contexto de la pandemia, por ejemplo].

Finalmente, recurre a la fórmula genérica de la analogía añadiendo irresistibilidad de las partes.

En suma, los filtros garantes sean del trabajo remoto o de la licencia con goce sujeta a compensación, al menos en el análisis de laboratorio, eran ya de trahinante posibilidad, distanciándose notoriamente de una aplicación genérica junto con otras figuras o paliativos, que es como debe leerse a mi entender si lo contextualizamos como lo dice el propio reglamento en el artículo 3.1 del Decreto de Urgencia 38-2020.⁷

- Afectación económica determinada según fórmulas específicas: Se crean tres (03) reglas para llenar de contenido el concepto hasta entonces indeterminado; pero determinable, de “afectación económica”, así, ahora esta existe indubitablemente en los siguientes supuestos:
 - i) Actividades permitidas de realización por tratarse de proveedoras de bienes y/o servicios esenciales. Formulándose dos reglas de aplicación general, pero en razón del cuándo [abril o mayo] y del tamaño de la empresa [micro y pequeña, grande y mediana] con una estructura transversal basada en el cociente de la suma del total de remuneraciones sobre el nivel de ventas; variando el mes a considerar para el cómputo según el momento en que aplique la medida.
 - ii) Actividades impedidas de realización parcial o total. Al igual que en i), se formulan dos reglas de aplicación general, en razón del cuándo [abril o mayo] y del tamaño de la empresa [micro y pequeña, grande y mediana] con una estructura transversal basada en el cociente de la suma del total de remuneraciones sobre el nivel de ventas; variando el mes a considerar para el cómputo según el momento en que aplique la medida.
 - iii) Cuando “el empleador tuviera menos de un año de funcionamiento” [insisto, debe hablarse de empresa para estos efectos y de esta en la connotación de fuente de trabajo para poder aprehender en mejor medida

7 “3.1 Los empleadores que no puedan implementar la modalidad de trabajo remoto o aplicar la licencia con goce de haber, por la naturaleza de sus actividades o por el nivel de afectación económica que tienen a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto de Urgencia, pueden adoptar las medidas que resulten necesarias a fin de mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, privilegiando el acuerdo con los trabajadores.”

el campo axiológico en que debe soportarse esta regulación de emergencia, considero por ello la referencia al empleador como un error técnico antes que una precisión conceptual en este punto], la ratio detallada en i) y ii) se realiza en función de los últimos tres (03) últimos meses en confrontación con el mes previo a la adopción de la medida.

- Mecanismos paliativos de segunda generación: Sin la garantía de descarte filtrado que han merecido el trabajo remoto y la licencia con goce sujeta a compensación, se enumeran entre otros permitidos por ley a las vacaciones adquiridas y no gozadas, adelantadas; la reducción de la jornada proporcional al salario, y la reducción consensuada de este.

Si bien no cuentan con la protección garante directa del trabajo remoto o la licencia con goce sujeta a compensación, indirectamente el filtro aplicado a estos los impacta en positivo, pues para llegar a ellos debe haberse negado la posibilidad de los primeros y además haberse encuadrado en las fórmulas de “afectación económica”.

Como en el supuesto común, ajeno al contexto del COVID-19, los paliativos de segunda generación buscan evitar la medida más radical [la “suspensión perfecta de labores”], aunque naturalmente puedan también limitarse a aminorar su impacto en las remuneraciones y en el vínculo, pues recuérdese que la suspensión se permite para tal fin, por ello que no considero que se aplica sobre una empresa o empleador sino sobre una fuente de trabajo para estos efectos.

La introducción reglamentaria, a mi juicio más importante en una lógica de equidad, en este punto es la orden de privilegiar el diálogo con los trabajadores en su implementación, reforzando esta idea en numeral posterior al imperativamente decir “el empleador debe informar a la organización sindical o, en su defecto, a los representantes de los trabajadores elegidos o a los trabajadores afectados, los motivos para la adopción de dichas medidas a fin de entablar negociaciones que busquen satisfacer los intereses de ambas partes.”

Negociación que, salvo en el caso de llevarse a cabo individualmente, en razón de sus sujetos pactantes, beneficiarios y sus contenidos será de naturaleza similar cuando no idéntica a la convención colectiva, mereciendo igual fuerza vinculante y características.

Siendo ello así, se debe añadir al menú un nuevo refuerzo axiológico, pues en tales negociaciones irradiarán sus efectos los principios de “negociación de buena fe” y de “negociación libre y voluntaria” [en una lectura convencional y constitucional, conforme lo hacen Aguinaga y Boza];⁸ así como las posibilidades de recurrir a mecanismos pacíficos de solución de conflictos laborales, tales como la conciliación, mediación o hasta el arbitraje potestativo por causalidad o no, según la postura que el lector adscriba, pues a estos fines es irrelevante porque la mala fe es subsumible a ambas.

- La ineludible “suspensión perfecta de labores”: Si se aplica en sentido estricto, basado en sus garantías, filtros y sobre su axiología, la “suspensión perfecta de labores” debería tener un carácter ineludible para su aplicación, no podría merecer una acción directa, inmediata, fuera de todo análisis serio y ajeno al daño de bienes jurídicos, cuando no patrimoniales, para ambas partes de la relación laboral a mediano plazo, además de los evidentes avatares económicos en el corto.

Lo anterior, sin embargo contrasta con la cantidad de solicitudes de “suspensión perfecta de labores presentadas a la fecha” [miles], lo que puede leerse al menos de dos (02) maneras: i) la crisis ha impacto de modo significativo en un corto plazo; ii) en un fino manejo de riesgos y beneficios económicos, se ha determinado que estadísticamente resulta poco probable ser investigado y/o fiscalizado por la inspección laboral en los plazos previstos y con las herramientas actuales, por lo que se achata la contingencia y se opta por el riesgo.

A modo de despedida, no se dejan conclusiones, puesto que considero que el artículo es lo suficientemente corto como para leerse en modo de conclusiones sobre un tema que en la abstracción tomaría centenas de páginas.

8 “(...) supone la obligación de reconocer al interlocutor sindical cuando este es auténtico y representativo, no pudiendo la contraparte negarse a negociar con una organización sindical que lo sea”. Citado de “El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva”. En Derecho PUCP No. 68, 2013, Lima, Perú. pp. 291-292

Publicado: Junio 2020
Lima-Perú