

Laborem

N.º 23/2020

LA PANDEMIA, EL DERECHO DEL TRABAJO Y LAS RELACIONES LABORALES



A VUELTAS CON LA AJENIDAD DE LOS RIESGOS LABORALES EN EL PERÚ: APUNTES EN TIEMPOS DEL COVID-19

PAUL CAVALIÉ CABRERA*

El autor propone un estudio de una figura fundamental en el Derecho Laboral: la ajenidad en los riesgos. Ante los hechos de la pandemia por Covid-19, este análisis atiende a las ocurrencias contractuales y extracontractuales que impactan actualmente en las relaciones de trabajo, en relación a las respuestas legales dadas en Perú como en otros ordenamientos jurídicos.**

SUMARIO: **I.** Presentación. **II.** Sobre la ajenidad de los riesgos de parte del trabajador. **III.** Sobre la ajenidad del riesgo en relación con las vicisitudes del contrato de trabajo; **IV.** Sobre el principio de continuidad y la ajenidad de los riesgos; **V.** Sobre el caso fortuito o la fuerza mayor y su actuación en el ámbito laboral; **VI.** Sobre el caso fortuito y la fuerza mayor en nuestro ordenamiento jurídico nacional; **VII.** Sobre el traslado de la asunción de los riesgos a la protección social; **VIII.** Sobre el COVID-19 y la apreciación de la asunción de los riesgos del trabajo en el Perú; **IX.** Sobre la valoración de los riesgos asumidos por los diferentes actores del mundo laboral; **X.** Sobre la evaluación de las acciones gubernativas en relación con los riesgos laborales derivados del COVID-19 adoptadas por el Perú y otros países; **XI.** Conclusiones.

15

I. Presentación

Cuando en nuestras primeras clases de derecho del trabajo aprendíamos y repasábamos sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, estos siempre

* Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la misma universidad.

** Sumilla hecha por los editores de Laborem núm. 23.

fueron tres: prestación personal de los servicios, subordinación y remuneración. El elemento de la ajenidad se daba fundamentalmente para distinguirlo del trabajo autónomo o por cuenta propia, el cual quedaba relegado de su objeto tuitivo. Sí se nos recordaba, apenas, que dicha ajenidad implicaba, de un lado, la titularidad de los frutos que ese trabajo productivo generaba, y resultaba originalmente atribuible al empleador, y de otro, la ajenidad de los riesgos del negocio, en el caso del trabajador.¹ No como en el caso español, o en el colombiano, en cuyas normas sustantivas, y en lo que atañe al trabajo, objeto de su regulación normativa, sí se destaca la circunstancia de la ajenidad para delimitar el trabajo objeto de tutela jurídica². Quizás fuera porque para nosotros el debate siempre ha orbitado respecto de la subordinación, sobre sus contornos y su función configuradora de una relación laboral.

II. Sobre la ajenidad de los riesgos de parte del trabajador

- Lo primero que nos ocupa es intentar una aproximación al posible contenido de esta ajenidad de los riesgos del negocio. Recordemos que la doctrina española ha ido perfilando, al interior del factor de la ajenidad, diversos ámbitos o dimensiones en que aquella se manifiesta. Así, Wilfredo Sanguineti llama la atención sobre cinco formas distintas de concebirla, una de las cuales, el de la ajenidad en los riesgos³. Esta figura no es de raigambre laboral, antes bien,

1 BOZA PRÓ, Guillermo: Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo. En: *Themis – Revista de Derecho* N° 56, Lima, p. 14; NEVES MUJICA, Javier: Introducción al Derecho del Trabajo, 2ª. Edición, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2012, pp. 159-160

2 En España, el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores establece que su ámbito de aplicación comprende a “los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. En Colombia, el art. 5 del Código Sustantiva de Trabajo contempla que el trabajo objeto de su regulación es “toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra (...)”.

3 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. ARA Editores, Lima, 1997, pp. 20-21, repasa las diversas dimensiones de la ajenidad: la tesis de la ajenidad en los riesgos, “que pone el acento en la irrelevancia que normalmente poseen para el para el trabajador los riesgos o venturas derivados del proceso productivo”; la tesis de ajenidad en los frutos “que centra su atención en la atribución inicial y directa de los frutos derivados del trabajo a persona distinta de quien lo ejecuta, que operaría en virtud de la celebración de un contrato de trabajo”; la tesis de la ajenidad en la utilidad patrimonial del trabajo, “en realidad no otra cosa que una variante de la anterior, en la medida en que lo que hace es subrayar que lo que trasladaría el trabajador al empresario no son propiamente frutos o productos, sino utilidades susceptibles de valoración económica”; la tesis de la ajenidad en la titularidad de la organización, “que eleva a criterio definitorio la habitual inserción de la actividad del trabajador en una organización del trabajo cuya titularidad

como muchas, deriva del ordenamiento jurídico civil, como lo recuerda Antonio Ojeda Avilés, a partir de la responsabilidad agravada atribuible al empleador, que se traduciría en que “el trabajador presta su trabajo y por ello percibe un sueldo, mientras que el empresario corre con los distintos riesgos que puedan presentarse, sobre todo el del buen fin de la operación”.⁴ Ojeda considera que el traslape de la institución civilista de la asunción o asignación del “riesgo” al terreno que nos ocupa no resulta relevante de cara a la tipificación de una relación como de índole laboral; así, recuerda que “también el trabajador sufre su parte de riesgo, como indica la crítica, a través de mecanismos relacionados con la crisis de la empresa, como la reducción de jornada, la supresión de horas extraordinarias, los traslados o los despidos”. Además, nos recuerda que en otros contratos civiles, del tipo “arrendamiento de servicios” -cuyo equivalente en nuestra legislación nacional sería el tipo “prestación de servicios”-, en que una persona se compromete a efectuar una actividad o un servicio en interés de otra, también es posible ajenizar el riesgo por parte aquél sin que ello implique su desnaturalización o laboralización, como en los casos de los contratos de transporte, de seguro o de depósito mercantil. En esa misma línea, Ana Isabel Pérez afirma que “la asunción del riesgo o a la inversa, la ajenidad no son notas tipificadoras exclusivas de mercantilidad y laboralidad respectivamente, porque a pesar de que todo representante asalariado es ajeno a los riesgos no todo sujeto ajeno al riesgo es un representante asalariado”.⁵

- Esta atribución del riesgo para el empleador es originaria, remarcan Ermida y Hernández, pues “forma parte de la esencia del contrato de trabajo la convención, asumida aun antes de que el trabajador preste sus servicios personales, de que el producto de los mismos nace ya de propiedad del patrono, quien, además, asume los riesgos del trabajo”⁶. Siguiendo en el plano conceptual, en relación con la ajenidad, Ermida y Hernández ahondan en que “siempre nos pareció que efectivamente, la ajenidad del trabajador en los riesgos de la

corresponde a otro sujeto”; y, finalmente, la tesis de la ajenidad en el mercado, “que otorga un papel central a la inexistencia de una vinculación directa entre el trabajador y el destinatario del bien o servicio producidos, como consecuencia de la intermediación que entre ambos lleva a cabo el empresario”.

4 OJEDA AVILÉS, Antonio: Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. En: Revista DERECHO PUCP, N° 60, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2007, p.379

5 PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel, cit. por SELMA PENALVA, Alejandra: Los límites del contrato de trabajo en la Jurisprudencia Española, Tirant Lo Blanch, Edit.UM, 1ª. Edición, Valencia, 2007, p.153.

6 ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar: Crítica de la subordinación. En: Revista Ius et Veritas, N° 25, Lima, 2002, p. 289

empresa era no solamente un elemento caracterizante de la relación de trabajo, sino además su único justificativo ético-jurídico”⁷, razón por la cual, al quedar al margen de los frutos generados por su labor, se justifica que quede, también correspondientemente, exonerado de los riesgos de la empresa. Así también, para Alejandra Selma, “la asunción del riesgo es una característica natural de los contratos civiles de arrendamiento de obra o servicios (...) pero introducida en un contrato de trabajo resulta nula, pues es totalmente incompatible con las condiciones esenciales de la relación-jurídico laboral en la que se ha manifestado”.⁸ Dulce María Cairós, citando a Tomás Sala Franco y López Mora⁹ resalta que dichos autores sostienen que “la ajenidad es la nota que cualifica al salario como retribución específica del contrato de trabajo, de tal modo que lo que el trabajador percibe es una compensación económica garantizada, que no queda afectada por el riesgo de la ejecución del trabajo”. Concepción bastante amplia y general que, como veremos luego, queda normativamente relativizada frente a ciertos supuestos y contextos.

III. Sobre la ajenidad del riesgo en relación con las vicisitudes del contrato de trabajo

18

- Más allá de la funcionalidad del concepto de la ajenidad (una de cuyas dimensiones es aquella vinculada a los riesgos) para efecto de tipificar la laboralidad de un vínculo contraprestativo entre las partes, nos interesa su invocación en aquellas situaciones límite o entornos de crisis de una relación laboral, y apreciar así el reparto de los riesgos. Corresponde, por tanto, irnos aventurando en el contenido del término “riesgos”, para saber a cuáles resultaría eventualmente ajeno el trabajador, quien pone a disposición del empleador su energía de trabajo y se somete jurídicamente a su poder de dirección. El empleador, al incorporarlo en su ámbito organizativo, dispone de tales servicios orientándolos a la consecución de sus fines empresariales. Instalado en el terreno administrativo y de despliegue de la gestión empresarial, el trabajador queda relativamente al margen de los resultados de aquella, aun cuando en el caso de los trabajadores directivos encargados precisamente de liderar las fun-

7 Idem.

8 SELMA PENALVA, Alejandra: Op. Cit. p. 146.

9 CAIRÓS BARRETO, Dulce María: Contrato de mediación laboral y contrato de agencia mercantil: un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo. Tesis. Universidad de la Laguna, España, p.59. Tomado de DIALNET, Portal de Difusión Jurídica, [actualizado 8 Jun 2020; citado 8 Jun 2020]. Disponible en: file:///C:/Users/Computer/Downloads/cs88%20(1).pdf

ciones ejecutivas y de dirección, resulte frecuente evaluar su propia gestión profesional a resultas de los indicadores de la marcha general del negocio. Es variada la terminología con que se enuncia esta ajenidad por parte del trabajador: las más de las veces se la menciona simplemente como “ajenidad en los riesgos”; otras, como “ajenidad en los riesgos económicos del negocio”; también como ajenidad en los “riesgos financieros del trabajador”¹⁰. Creo, por todas ellas, que la alusión es a ajenizar al trabajador de todos los avatares de lo que podríamos englobar como la gestión integral del emprendimiento empresarial o, en general, de cualquiera que ocupe la entidad de empleador. Ciertamente, el continente de lo expresado puede resultar expresivamente amplio; en todo caso, podríamos direccionarnos hacia aquellos aspectos derivados de la marcha del negocio que particularmente produzcan efectos gravosos o que alteren aspectos sustantivos de la obligación de la prestación a la cual se ha comprometido el trabajador. Quedarían así de lado aquellas modificaciones ordinarias que podrían englobarse en el ejercicio válido del *jus variandi* del empleador, aun cuando podría intentarse, a su vez, distinguir aquellas acciones y medidas adoptadas por el empleador que se correspondieran con situaciones propiamente de urgencia, alerta o de necesidad en general, que se hubieran cernido sobre la marcha del negocio, que es a lo que el término “riesgo” parece asociarse más. Esto último y el alto impacto de sus efectos en el haz de derechos y obligaciones del trabajador podrían acotar más el espacio frente al cual resulte más apreciable la actuación de la “ajenidad en los riesgos” del trabajador.

- Para Dulce María Cairós, “la teoría de la ajenidad en los riesgos destaca como hecho determinante de la ajenidad que el trabajador permanece al margen de la suerte que corra la empresa, de los riesgos económicos del ejercicio de una actividad empresarial y, de un modo más concreto y típicamente jurídico, que el trabajador no pierde su salario cuando el trabajo resulte de imposible ejecución”. Su afirmación sobre los alcances de la ajenidad prácticamente aísla de modo general al trabajador, al marginarlo de los riesgos “del ejercicio de una actividad empresarial”, aun cuando luego centra su apreciación en la garantía de la percepción del salario, que es la contraprestación y promesa

10 JARAMILLO JASIR, Iván Daniel: Derecho del trabajo en el posfordismo: el proyecto de regulación universal en la globalización económica. Tesis para optar el grado de doctor por la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, pp. 382-383. Tomado del Repositorio Universitario Institucional de Recursos Humanos, Universidad de Castilla-La Mancha [actualizado 8 Jun 2020; citado 8 Jun 2020]. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/9171/TESIS%20Jaramillo%20Jassir.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

de la obligación debida por el empleador, y que parece contener implícita la premisa para la existencia de la remuneración, cual es la propia mantención del contrato de trabajo.

- Otro punto que surge es si la evaluación de la gestión empresarial, de cuyos efectos escapa el trabajador, conlleva a todas sus acciones, las directamente planificadas, organizadas y ejecutadas por el empleador o si también integra a aquellas que suponen un manejo de crisis cuando los factores de alteración provienen básicamente de hechos o de un contexto externo. En una economía bastante integrada como la actual, resultaría difícil aislar situaciones que califiquen como derechamente “internas”, toda vez que casi siempre, en mayor o menor medida, asomarían uno o varios factores que, “desde el exterior” a ella concurrirían para desencadenar entornos difíciles y la subsecuente adopción de medidas orientadas a disiparlos, medidas que pudieran representar un alto impacto en la concreta situación laboral del trabajador. No siempre es fácil distinguir cuándo la contramarcha producida en el negocio se ha debido, fundamental o predominantemente, a la gestión del empleador, o si ella se ha derivado de hechos externos de tal entidad que han vencido irremediablemente sus posibilidades reales de revertirlos, conforme veremos luego, cuando examinemos la institución del caso fortuito o fuerza mayor.
- Hay también supuestos que podrían ser catalogados de traslación discutible del riesgo del negocio a los trabajadores, normalmente a través del establecimiento de cláusulas resolutorias cuyas condiciones e indicadores terminan siendo propiamente muestras de resultados negativos de la gestión del negocio de parte del empleador, sobre cuya actuación el trabajador queda exento de apreciación.¹¹ Las pérdidas de clientes, de cuotas de mercado, de provisión oportuna de la cadena de suministro de sus insumos para su proceso de producción, la falta de stocks, o el arribo tardío de bienes importados para su comercialización, tratándose de empresas comerciales, a modo de ejemplos, no pueden erigirse en razones concurrentes y determinantes para resolver un contrato. La desigualdad material de las partes al momento de consignar las cláusulas en referencia, sea al momento de celebrarse el contrato original o la renovación de los mismos, en el caso de los contratos temporales, pueden traducir en los hechos una manifestación no libre de la voluntad del trabajador.

11 Al respecto sobre condiciones resolutorias pactadas en el contrato de trabajo, y en general, sobre otros supuestos que, desde el consenso de las partes, puedan aparejar la extinción del contrato, ver SANTIAGO REDONDO, Koldo: La extinción consensual de la relación laboral: un estudio sobre la delimitación de los tipos, su causalidad y calificación, Lex Nova, Valladolid, 2000.

- Otra situación que da pie a discutir si existe un traslado del riesgo del negocio es el referente a los supuestos de condiciones resolutorias pactadas al interior de contratos de trabajo suscritos las empresas que despliegan actividades de intermediación o tercerización laboral con sus trabajadores. Acontece en el tipo de relaciones entabladas entre una empresa que recibe el servicio (denominada empresa principal o usuaria) y una proveedora o ejecutante de los mismos (intermediadora o tercerizadora) en las que, como es propio del intercambio comercial empresarial, se pacta cláusulas resolutorias del contrato, penalidades por incumplimientos y demás previsiones sobre asignación consensuada de los riesgos contractuales entre las contrapartes. Ocurre entonces que de darse la contingencia de la interrupción de dicho vínculo interempresarial (por causales de resolución, condición resolutoria o de no renovación), la empresa intermediadora o tercerizadora resuelve a su vez el contrato laboral que mantenía con aquellos trabajadores a quienes destacaba o desplazaba a las empresas principales o usuarias. En el Perú, el debate sobre el caso reseñado transita entre quienes creen ver en la condición resolutoria una vía para el traslado indebido de los riesgos del negocio que debería asumir el empleador -la fluctuación de su clientela en el mercado de los servicios que ofrece como actividad continua- y quienes asumen que su encuadre dentro de la lógica contractual temporal resulta válida.
- Hay otros casos de configuración o de modulación de algunos beneficios de los trabajadores que no deberían verse como pretendidas expresiones de una asunción indebida de riesgos de parte de aquél, como lo indica Selma Penalva¹², para quien “tampoco podría considerarse en modo alguno que implicase una asunción del riesgo, la pérdida de determinados complementos salariales (...) si no se produce el hecho objetivo en virtud del cual se predetermina su devengo”. En igual sentido, podría acontecer también en el plano de las relaciones laborales colectivas que se estableciera cláusulas en un pacto colectivo, pasibles de verse como expresiones de un “riesgo compartido”. Así, por ejemplo, si las partes negociales convinieran en el otorgamiento en favor del trabajador de un bono ligado a la obtención de un indicador de nula o baja accidentabilidad en la empresa, que, sin pretender soslayar el deber de prevención de cargo del empleador, implicara de suyo la consecución de objetivos alcanzables conjuntamente por parte de empleadores y trabajadores; o en cuanto al cumplimiento de indicadores u obtención de altos estándares de comportamiento ambiental en algunas industrias sensibles a sus efectos

12 SELMA PENALVA, Alejandra: Op. Cit. p.146.

contaminantes, que, con la finalidad de incentivar la participación del trabajador, premiara con algún bono económico su contribución al esfuerzo conjunto de ambas partes por alcanzar tales metas. En todos estos casos, la no consecución de los objetivos que hubieran podido beneficiar al trabajador no puede implicar tenerlos por riesgos indebidamente atribuidos al trabajador.

- Una posición bastante amplia y poco flexible sobre los contornos de la ajenidad de los riesgos podría pretender una inmediata invocación de ella para hacer frente a cualquier variación o afectación de lo que pudiera verse como la alteración de la situación “normal” conforme a la cual venía prestando sus servicios el trabajador. Variaciones que, más bien, parecen signar o caracterizar a los servicios como vienen siendo prestados hoy antes que a resultar extraordinarios en su ocurrencia. Creemos, sin embargo, que deberíamos apreciar mejor su actuación en contextos de potenciales graves afectaciones.

IV. Sobre el principio de continuidad y la ajenidad de los riesgos

- En tal medida, seguramente, la gran mayoría de los trabajadores considere que la mantención misma de sus puestos de trabajo constituya un preciado estatus jurídico, y que, por tanto, se configuren como “riesgos”, para su eventual pérdida, aquellas circunstancias que no sean atribuibles a su conducta o capacidad –causas justas de cese del vínculo laboral-. De allí que creemos encontrar una conexión entre el principio de continuidad y la ajenidad de los riesgos. En opinión nuestra, varias de las expresiones del primero conectan con la lógica que subyace en la segunda, a partir del elemento de la “seguridad”. En tal sentido, la continuidad en el empleo, que se vincula e inspira a su vez el establecimiento de los mecanismos jurídicos para su garantía, termina finalmente dotando de relativa seguridad al trabajador sobre la mantención del mismo. La ajenidad del riesgo, por su lado, sea en su concepto más amplio o limitado, apunta hacia lo mismo: premunir al trabajador de la seguridad de que los avatares del negocio no incidirán definitivamente en la progresión de su vínculo laboral. Redunda en lo afirmado, la consideración del profesor Américo Plá, cuando aborda el principio de continuidad: “Todo lo que tienda hacia la conservación de la fuente de trabajo, al darle seguridad al trabajador no sólo constituye un beneficio para él, en cuanto transmite una sensación de tranquilidad, sino que redunda en beneficio de la propia empre-

sa y a través de ella, de la sociedad, en la medida que contribuye a aumentar el rendimiento y a mejorar el clima social de las relaciones entre las partes".¹³

- Son diversas las manifestaciones del principio de continuidad, las cuales muestran una tendencia a la resistencia frente a la finalización del contrato de trabajo por la sola voluntad del empleador, apostando por su proyección temporal indefinida. La mantención del vínculo en supuestos como los de fusión, escisión y otras figuras societarias; la preferencia del ordenamiento por el régimen jurídico de los contratos a plazo indefinido (exigiendo causalidad para la celebración de contratos temporales y reconduciendo la desnaturalización de estos a aquél); y también las figuras de la interrupción temporal del contrato de trabajo. Consideramos que, al margen de que la preferencia por la continuidad indefinida del contrato de trabajo resulte consecuente con la proyección también indefinida del emprendimiento empresarial que la origina, no deja de apreciarse en esa lógica una consideración de la ajenidad del riesgo del trabajador. Tal por ejemplo en casos como los de la reorganización empresarial (fusión, escisión) que resultan concretas expresiones de la gestión del negocio o en aquellas situaciones de insolvencia o de grave afectación económica del empleador que hubieran sustentado la adopción de suspensiones del contrato de trabajo. La continuidad sin más del vínculo laboral, en ciertos casos, o la suspensión excepcional del mismo en aras de su propia continuidad, resultan, pues, manifestaciones del ordenamiento laboral por solventar el "riesgo" de la pérdida del empleo.
- Si bien la pérdida del empleo puede ser vista, de manera general, como el riesgo de mayor gravedad por parte del trabajador, existen otros supuestos que también dan pie a penosas situaciones de afectación, como las "suspensiones perfectas" del contrato de trabajo que impliquen la no percepción de ingresos o aquellos casos de reducción sensible de la remuneración fundados en causas o contextos extraordinarios.
- Un "riesgo" del trabajador -en el sentido de vicisitud grave recaída sobre su vínculo, como venimos caracterizando al término-, no siempre puede ser eliminado, pues su ocurrencia obedece a situaciones y variables complejas, que escapan de la gestión directa del negocio del empleador. Y situados en esos contextos, la ajenidad del riesgo del trabajador -al menos en su sentido amplio- parece ceder paso a otras soluciones normativas que apuntan a

13 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo: "Los principios del Derecho del Trabajo, Ediciones Depalma, 2ª edición, Buenos Aires, 1990, pág. 9.

mitigar en lo posible el impacto de sus efectos, solo compensando los efectos dañosos, algunos irrisarcibles, que esas situaciones generan. Dulce María Cairós recuerda que, entre las críticas que se le han planteado a la teoría de la ajenidad en los riesgos, una de ellas, precisamente, recae en que esta, tomada en sentido técnico jurídico, demuestra su insuficiencia pues “una marcha desafortunada de la empresa puede comprometer el propio porvenir profesional del trabajador si es necesaria una reducción de plantilla o una suspensión temporal de las actividades”.¹⁴

V. Sobre el caso fortuito o la fuerza mayor y su actuación en el ámbito laboral

- Desde su surgimiento, el derecho del trabajo se erigió sobre la base de reconocer una desigualdad material entre las contrapartes de la relación laboral, ello a contrapelo de la premisa de igualdad que preconizaba el derecho civil. Resultaba evidente, y así se verificaría históricamente luego, que la regulación inicial del trabajo por cuenta ajena, desde los predios del derecho civil, dejaría ver palmariamente su insuficiencia. Sin embargo, no se puede negar que muchas de sus instituciones siguen manteniendo implicancias en el ámbito laboral, y, de hecho, la regulación civil se ha declarado muchas veces supletoria de la laboral. Javier Neves recuerda, para el caso peruano, la doble remisión legal contemplada en los ámbitos del derecho civil y procesal civil¹⁵; en tanto Gabriela Lanata destaca que los intentos por otorgarle una mayor autonomía a la disciplina laboral no resultan ajenos a la supletoriedad del ordenamiento civil¹⁶.
- Hay, pues, una indudable relación entre ambos campos, sin que pueda concebirse a un derecho del trabajo desconectado del ordenamiento civil, más

14 CAIRÓS BARRETO, Dulce María: Op. Cit. p.56.

15 NEVES MUJICA, Javier: Op cit., pp. 159-160. El autor se refiere a la remisión del artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, en lo sustantivo; y en lo procesal, a la Primera Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, y la Primera de las Disposiciones Complementarias y Finales del Código Procesal Civil.

16 LANATA FUENZALIDA, Gabriela: La aplicación del Derecho Civil en el Derecho del Trabajo. En: Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 4, N° 7, 2013, p. 73, puntualiza que “debido a la realidad de la regulación de las relaciones laborales, se ha intentado explicar la necesidad de aplicar el Derecho Civil a través de la enunciación y desarrollo de distintas teorías, sosteniendo la existencia de una autonomía solo relativa; resaltando la llamada particularidad y especialidad del derecho laboral, que prima respecto del carácter de derecho común de la normativa civil, pero aceptando la aplicación supletoria de éste respecto de aquél”.

aun cuando este aporta un haz de categorías e instituciones fundamentales al ordenamiento jurídico todo, resultando por ello supletorio de muchas otras disciplinas. Lo que en nuestra opinión acontece es que gran parte de las instituciones civiles cuando son juzgadas en el ámbito laboral terminan impregnándose de la lógica, o más propiamente, deben actuar y ser juzgadas a la luz del marco teórico general del derecho del trabajo, pues, como afirma Juan Raso, “el Derecho del trabajo se desprende como una rama jurídica del Derecho general, cuando sus ideas se plasman en una ‘teoría’, entendiendo por tal el conjunto de fundamentos que definen el marco conceptual de nuestra disciplina”.¹⁷ Reforzando esa idea, Adrián Goldin, citado por Raso, apuntala el rol de la teoría y cuáles son los presupuestos constitutivos que terminan por hacer peculiar a esta rama del Derecho.¹⁸ Entonces, conceptos y figuras como aquellos referidos a la concurrencia de las voluntades de las partes para configurar un contrato de trabajo adquieren, en el terreno laboral, una mirada especial; o cuando haya que conocer de aparentes acuerdos que impliquen cesión o disposición de derechos de los trabajadores bajo el aparente ejercicio de una voluntad libre. Con igual predisposición se ha de estar, por ejemplo, para el examen en sede judicial de categorías jurídicas de raigambre netamente civilista contenidas en demandas sobre la reparación del daño moral derivado del despido arbitrario, en boga últimamente en el Perú, a partir del desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

- En todos estos casos, y en particular, en aquellas categorías jurídicas que hacen a las vicisitudes de la relación laboral, resulta inevitable someterlas al marco teórico del derecho del trabajo. Mención y preocupación especial suscitan aquellas alteraciones de la relación laboral, de tal entidad que puedan importar inclusive su propia desaparición. La coyuntura laboral que venimos afrontando ha sido particular y dramáticamente un disparador de los más graves “riesgos” que se ciernen sobre las relaciones laborales, en términos que podrían ser proyectados como “catastróficos”, según lo consigna la OIT en un informe del pasado mes de abril 2020.¹⁹ Vistas las cifras para América

17 RASO DELGUE, Juan: El Derecho del Trabajo como rama del derecho y sus nuevas fronteras. En: Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vol. 7, N° 13, 2016, p.15

18 Ibid. Juan Raso cita al laboralista argentino Adrián Goldin, quien en su conferencia dictada el 20.11.99 en la Universidad Adolfo Ibañez de Viña del Mar (Chile) sostiene que “la teoría es un instrumento insustituible para comprender un objeto del conocimiento y, en particular, una cierta rama del derecho... sus proposiciones permitirán conocer por qué un derecho como éste deviene necesario, nace y se desarrolla, cuáles son sus fines y sus funciones, cuáles sus presupuestos sociológicos, económicos y jurídicos (sus fuentes materiales) y qué tipo de normas sirven para dar respuesta a esas necesidades”

19 En su reporte “Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el mundo del trabajo. 2a edición”, el orga-

Latina, el alto y negativo impacto se expande con mayor severidad si tenemos en cuenta los altos niveles de informalidad que caracterizan a su mercado de trabajo. En este penoso escenario se ha instalado plena y masivamente el mayor de los “riesgos” que puede alcanzar a un trabajador: la pérdida del empleo, sin dejar de apreciar, desde luego, el mismo efecto corrosivo de la pandemia sobre los empleadores, proveedores de las fuentes de empleo. De hecho, algunas de las medidas paliativas que pudieran adoptarse, encaminadas a hacerle frente a este riesgo mayor, no dejan, en su caso, de representar también situaciones muy riesgosas en contextos de “normalidad”, sino que al ser vistas en perspectiva o en relación con las contingencias del cese laboral, terminan luciendo como alternativas de mitigación frente a un impacto mayor. Nos referimos a supuestos como los de la suspensión perfecta de labores, reducción de remuneraciones, la no renovación de contratos de duración temporal finalizados en pleno periodo de la emergencia sanitaria, la reducción de la jornada y subsecuente aminoración del salario, entre los más destacables.

- Como quiera que el contrato de trabajo se somete también a los avatares que afectan a toda relación jurídica contractual y a las obligaciones para las partes que estas cobijan, y en vista que ello se encuentra previsto, estudiado y positivizado original –o en ciertos casos exclusivamente– por el derecho civil, es que nos corresponde ver enseguida lo atinente a las previsiones legales ante aquellos riesgos que lo impactan, en particular, cuando estos provienen “desde afuera” del entorno laboral, derivado de causas o eventos exógenos a él. Conceptos como los de la teoría de la imprevisión, inejecución de las obligaciones, caso fortuito o fuerza mayor, propias del ordenamiento civil, terminan anclando con relativa intensidad en las relaciones laborales, para dotar de base jurídica a soluciones legales o judiciales, aun cuando a veces dejando de lado el carácter social del derecho laboral, conforme lo hace notar Gabriela Lanata.²⁰

nismo proyecta que “a nivel mundial, se prevé que la crisis por el COVID-19 hará desaparecer 6,7 por ciento de las horas de trabajo en el segundo trimestre de 2020, lo que equivale a 195 millones de trabajadores a tiempo completo”.

- 20 LANATA FUENZALIDA, Gabriela: Op. Cit., pp. 74-75 afirma que “constantemente, el propio derecho positivo laboral se está remitiendo, ya sea de manera directa o implícitamente, a instituciones no desarrolladas en sus normas, en temas tan trascendentes como formación de consentimiento, vicios del mismo y capacidad; modalidades contractuales; régimen de responsabilidad, en que destaca la aplicación de nociones de incumplimiento contractual, perjuicios y su indemnización, daño, solidaridad, por mencionar algunos aspectos. Sin embargo, la aplicación de cada una de estas instituciones implica serias consecuencias jurídicas que llevan muchas veces a soluciones concretas

- La suspensión perfecta de labores del contrato de trabajo originada por caso fortuito o fuerza mayor es, de alguna manera, una expresión de esta concurrencia. De un lado, en su esfera civil estas categorías causales remiten a eventos o situaciones sobrevinientes que generan la imposibilidad, no imputable al deudor, de cumplir con la prestación debida, quedando exonerado este de tal cumplimiento, sin que hubiera satisfecho el derecho del acreedor. Pero visto desde el prisma laboral, la posibilidad de la suspensión contractual aparece como una expresión o manifestación del principio de continuidad, que, como tal, informa al derecho del trabajo, y representa la resistencia, en lo posible, a ponerle término al vínculo laboral, prefiriéndose, ante el acaecimiento de ciertos hechos, la adopción de una pausa. Ignasi Beltrán repara en que “desde la perspectiva de la categorización de las normas jurídicas, la necesidad de preservar la continuidad del contrato de trabajo juega en el Derecho del Trabajo un papel esencial, pues, no sólo está presente y da sentido a determinadas “reglas jurídicas”, sino que también opera como un “principio” (fundamental) de esta rama del ordenamiento jurídico.”²¹ A su vez, Germán Lora, en relación con estos eventos extraños, señala que “se trata de una alternativa que, en aras a proteger el principio de continuidad laboral, busca dotar a la parte empleadora de una herramienta a través de la cual pueda hacer frente a determinadas situaciones que no pueden ser previamente advertidas, al mismo tiempo que permita a los trabajadores involucrados conservar su puesto de labores”²². En igual sentido, para Ignasi Beltrán, “cuando la imposibilidad afecta al trabajador (dando lugar a una incapacidad temporal), el Derecho del Trabajo, por influencia del principio de estabilidad en el empleo, ha tendido a posponer, en la medida de lo posible, la eficacia extintiva del hecho imposibilitante (incrementando, consiguientemente, la duración de la suspensión de la relación de trabajo)”.²³ La externalidad de estas causas en relación con su incidencia en el “mundo interno” de una relación laboral es advertida por Mario Pasco cuando al proponer una clasificación de la suspen-

que no respetan el carácter social del Derecho del Trabajo o que, simplemente, no hacen efectivo el principio protector del trabajador, como su característica esencial.

- 21 BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi: La estabilidad en el empleo: la prevención frente a la contingencia del paro. Un análisis desde las perspectivas de la dogmática jurídica y del análisis económico del derecho. Tesis doctoral. Universitat Ramon Llull/ESADE, Barcelona, 2008, p. 8. [Actualizado 10 Jun 2020; citado 10 Jun 2020]. Disponible en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/9207/La_estabilidad_en_el_empleo.pdf?sequence=1
- 22 LORA ÁLVAREZ, Germán: La suspensión de labores por caso fortuito y fuerza mayor: análisis legal y casuístico. En: Revista IUS ET VERITAS, N° 52, Lima, 2016, p. 271
- 23 BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi: Op. Cit., p. 561

sión del contrato de trabajo, en atención a su origen, sitúa al caso fortuito o fuerza mayor como “una causa exógena, ajena a la voluntad contractual, lo que corresponde por lo general a una situación objetiva”.²⁴ También Ignasi Beltrán las encuadra dentro del tipo “suspensión de la relación por imposibilidad objetiva”²⁵.

- Dada la externalidad de los hechos que motivan esa alteración intensa en el seno de la relación laboral, surge la primera inquietud sobre quién debería asumir los riesgos o efectos de dicho impacto. Recordemos que la ajenedad del riesgo, entendida en términos absolutos, postula la indemnidad del trabajador en relación con los riesgos del emprendimiento, negocio o avatares de la gestión a cargo del empleador. Mario Pasco refiere que “muchas veces se discutió si la interrupción en las actividades de la empresa por causa ajena a la voluntad de ambas partes de la relación laboral -caso, por ejemplo, de la interrupción del fluido eléctrico o la carencia intempestiva de materia prima- debía ser asumida por el trabajador o por el empleador. No hay unanimidad legislativa al respecto”.²⁶ Por su parte, Enrique Herrera, desde la doctrina argentina, considera que “en el ámbito laboral, si bien el sujeto tutelado es normalmente el trabajador, en este caso viene a ser el empleador, a quien la ley le da un medio para liberarse de sus obligaciones contractuales, a fin de preservar, dentro de lo posible, la subsistencia de la fuente de trabajo”²⁷.
- Como lo hemos venido relevando, la aplicación de los institutos y categorías del derecho civil se conjugan, en su actuación en el ámbito laboral, con los principios y el carácter tuitivo que impregnan al derecho laboral. O en todo caso, se complementan con otras medidas que matizan y mediatizan su sola traslación bajo una premisa de igualdad entre los contratantes. O se conjugan con medidas de mitigación de un impacto desfavorable sobre la parte normalmente más débil de la relación laboral, el trabajador. Para Juan Luis Castro, al analizar la incidencia del caso fortuito o de la fuerza mayor como

24 PASCO COSMÓPOLIS, Mario: Suspensión del contrato de trabajo. En: DE BUEN, Néstor y MORGADO, Emilio (Coordinadores): Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social, Instituto de Investigaciones Jurídicas. N° 188, UNAM, México, 1997, pp. 483-484. Tomado de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [actualizado 10 Jun 2020; citado 10 Jun 2020]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/31.pdf>

25 BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi: Op.Cit., p. 561

26 PASCO COSMÓPOLIS, Mario: Op. Cit., p. 498

27 HERRERA, Enrique: Extinción de la relación de trabajo, Buenos Aires, Astrea, 1987, pp. 413-414, citado por LORA ÁLVAREZ, Germán: Op. Cit., p. 274

causales de extinción del contrato de trabajo “ante este nuevo escenario en que se despliega la relación de trabajo, y a la especialidad del derecho laboral que cuenta con principios que le son propios, se justifica la investigación, por cuanto a primera vista el caso fortuito o fuerza mayor como causal de término del contrato de trabajo, podría presentar características especiales que lo distinguirían del concepto establecido para el derecho común.”²⁸ Así, por ejemplo, la presencia concurrente de los elementos que configuran estas causales (imprevisibilidad, inevitabilidad e irresistibilidad), en su verificación y análisis en el escenario laboral, deben ser sometidos a su vez a sus particularidades, y que compartimos con Juan Luis Castro, cuando al referirse al caso chileno, puntualiza que “al análisis de los elementos del caso fortuito debe agregarse la ponderación de los factores específicos de la fisonomía propia de cada empresa para determinar la imposibilidad de continuar con la relación laboral”.²⁹

- En vista de que los efectos de una suspensión perfecta de labores, y aun más, los de una extinción contractual laboral, derivados del caso fortuito o de la fuerza mayor, devienen en los mayores riesgos posibles para el trabajador, la legislación laboral suele someter a su examen la validez de su invocación por parte del empleador. Esta evaluación por lo general corre a cargo de las autoridades administrativas de trabajo, que en los diversos países, y acorde con sus marcos legales, han ido construyendo una jurisprudencia administrativa sobre la materia, sin perjuicio, desde luego, de aquella de carácter judicial. Los modelos legislativos son variados y ofrecen grados de intensidad y momentos distintos de intervención de la autoridad laboral. Se trata de vigilar que estos supuestos de excepción, que constituyen causas justas de afectación de la relación laboral, se condigan con la realidad, toda vez que su impacto en el empleo e ingresos del trabajador resulta potente.

VI. Sobre el caso fortuito y la fuerza mayor en nuestro ordenamiento jurídico nacional

- En el Perú, el Tribunal Constitucional ha validado la constitucionalidad de la legislación que las admite como causas justas de extinción del vínculo laboral,

28 CASTRO JARA, Juan Luis: Caso fortuito o fuerza mayor como causal de término de la relación laboral. Requisitos del caso fortuito ¿se confunden con la inimputabilidad del empleador? En: Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 6, N° 11, 2015, p. 14.

29 Ibid. p. 16.

al considerar que “el artículo 46.º del Decreto Legislativo N.º 728 es compatible con la Constitución, y que, por ende, las situaciones empresariales vinculadas con la fuerza mayor y el caso fortuito; los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; la disolución y liquidación, por quiebra; y la reestructuración empresarial, son actos plenamente constitucionales a condición de que éstos se practiquen de conformidad con los procedimientos y requisitos establecidos por ley.”³⁰ La legislación laboral peruana contempla a estas categorías jurídicas, otorgándoles el mismo tratamiento, aun cuando diferenciándolas en su definición³¹ Cabe destacar que la normativa no solo las considera como causas que sustentan una suspensión del contrato de trabajo; también, como hemos venido recordándolo, el empleador las puede invocar para tramitar en sede administrativa la extinción de los contratos de trabajo. Nuestra Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) considera, en primer orden, a la suspensión perfecta de labores como una medida de interrupción temporal del vínculo laboral, planteando que, previamente, el empleador deba intentar otras acciones paliativas a través de la negociación directa con los trabajadores potencialmente afectados. Es luego, ya en el capítulo sobre “Terminación de la relación de trabajo por causas objetivas”, que el legislador abre paso a la posibilidad de una extinción contractual por tales razones. En esa dirección, el artículo 47 de la LPCL dispone que en aquellos supuestos en que el caso fortuito o la fuerza mayor conllevaran a la gravísima situación de la eventual “desaparición total o parcial del centro de trabajo”, recién, situado en tal disyuntiva, “el empleador podrá dentro del plazo de suspensión” (o sea dentro de los 90 días inicialmente previstos por la “suspensión perfecta de labores”) pretender el cese de los contratos de trabajo.

- Podemos reparar entonces en que, para la petición del cese contractual por alegación del caso fortuito o la fuerza mayor, el legislador no habría configurado un cauce directo pues se debe transitar previamente por un escenario de suspensión perfecta de las labores. Tratamiento normativo distinto, por ejemplo, que el dispensado a los procedimientos de solicitudes de ceses por

30 Resolución de Aclaración emitida con fecha 16 de setiembre de 2002, por el Tribunal Constitucional, Exp. N° 1124-2001-AA/TC, en el proceso de amparo seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. contra FETRATEL. Accesible en “Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral”, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, p. 131. [Actualizado 13 Jun 2020; citado 13 Jun 2020]: https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/juris_doctrina_constlaboral.pdf

31 El bloque normativo, a efectos de la definición de ambas categorías, lo conforman el artículo 21 del D.S. N° 001-96-TR (norma reglamentaria de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), así como la Directiva N° 006-94-DNRT, aprobada mediante R.M. N° 087- 94-TR.

motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, supuestos en que la petición sí puede plantearse directamente, sin que necesariamente se tenga que activar una previa suspensión de labores. Inclusive, en el curso de estos últimos procedimientos mencionados, se ha previsto más bien, como una de las medidas de atenuación o de evitación del cese laboral, el que las partes puedan adoptar una suspensión perfecta de labores.³² Resumidamente: en el Perú, legalmente, el caso fortuito o fuerza mayor habilitan a la suspensión contractual temporal y solo si en su transcurso el impacto negativo sobre la marcha de la empresa progresara aún más, podría reconducirse el trámite hacia un cese colectivo -total o parcial- de los contratos de trabajo.

VII. Sobre el traslado de la asunción de los riesgos a la protección social

- Como quiera que las vicisitudes mayores del vínculo laboral pueden acarrear el desempleo del trabajador o la suspensión del vínculo laboral, en muchos países se ha implementado variados sistemas de protección para el desempleo; en América Latina solo Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador y Uruguay cuentan con alguno.³³ En los casos de Uruguay y Brasil, la cobertura se extiende también a la situación de pausa del vínculo, como consecuencia de una suspensión contractual temporal. Podríamos afirmar, entonces, que en estos casos hay, aun cuando de manera parcial y acotada, una suerte de tercerización o asunción temporal del riesgo del desempleo y de la suspensión del contrato que reposa en un sistema de protección social, a cuyo financiamiento y sostenimiento, según los variados modelos de cada país, aportan el empleador, el trabajador y el propio estado. No estamos considerando a aquellos países cuyas legislaciones solo prevén indemnizaciones por despido, como, entre otros, son los casos de Bolivia, Costa Rica, Panamá y Perú.

32 Art. 48, inciso b) de la LPCL: "La empresa con el sindicato, o en su defecto con los trabajadores afectados o sus representantes, entablarán negociaciones para acordar las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o las medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal. Entre tales medidas pueden estar la suspensión temporal de las labores, en forma total o parcial; la disminución de turnos, días u horas de trabajo; la modificación de las condiciones de trabajo; la revisión de las condiciones colectivas vigentes; y cualesquiera otras que puedan coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas de la empresa. El acuerdo que adopten tendrá fuerza vinculante"

33 Los sistemas son diferenciados: en Argentina, además del seguro por desempleo, se prevé algunos supuestos de procedencia de una indemnización del despido; en Chile, operan cuentas individuales por cesantía, en juego complementario con un fondo de cesantía solidario, cuando los montos de las primeras resulten insuficientes.

VIII. Sobre el COVID-19 y la apreciación de la asunción de los riesgos del trabajo en el Perú

- La pandemia, además de la crisis sanitaria que trae consigo -con su letalidad expresada en una creciente pérdida de vidas- viene también golpeando severamente a las economías de los países, tanto al mercado formal como al de las numerosas prestaciones laborales por cuenta ajena al margen de la legalidad. En esa medida, las demandas de ayuda urgente de gran parte de la población laboral han desnudado la insuficiencia, y en otros casos el colapso, de las capacidades para una respuesta institucional estatal de mitigación del impacto. En ese panorama surge nuevamente la pregunta, planteada con dramática urgencia desde el lado del trabajador, acerca de quién debe asumir los estragos ocasionados por esta grave situación. Como no podía ser de otro modo, instalados súbitamente en un escenario de emergencia, los gobiernos han debido liderar una búsqueda activa de soluciones, en muchos casos montados sobre la legislación vigente o, en la mayoría de casos, adaptándola, mediante reformas legislativas, a las circunstancias inéditas que esta pandemia viene ocasionando; en otros, se ha debido generar un marco normativo ad-hoc en lo que se ha dado en llamar “legislación de la emergencia”. Estas disposiciones estatales han generado, como era de esperar, desde ambos lados de la relación laboral, sendos reclamos de atención económica estatal en procura un menor costo de la carga económica generada.
- En el Perú, la respuesta del gobierno para paliar en lo posible los efectos de la crisis ha pasado por la adopción de múltiples medidas, sobre la base de dos pilares continuamente recordados por el propio jefe del Ejecutivo: la preservación de las fuentes del empleo y la procura de ingresos al trabajador. Las medidas de incidencia laboral -en cuanto al alcance e intensidad de las mismas- han venido corriendo en paralelo a la evolución de la crisis sanitaria, y, en una lógica de ponderación, se han subordinado y adecuado a la necesidad prioritaria de preservar o resguardar bienes jurídicos de la mayor jerarquía y entidad, como son los de la vida, salud y seguridad públicas de la comunidad.
- En una primera etapa, cuando asomaba la llegada del virus a nuestro país, y el Ministerio de Salud decretaba el “estado de emergencia sanitaria”, a su vez el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) aprobaba una “Guía para la Prevención del Coronavirus en el ámbito laboral”³⁴, que

34 Esta Guía fue aprobada mediante Resolución Ministerial N° 055-2020-TR, de fecha 6 de marzo de 2020, y contenía algunas medidas

vislumbraba los primeros supuestos en que podían situarse los trabajadores a esa fecha: a) aquellos en una fase inicial de monitoreo sobre su probable contagio con el virus, y b) los casos de trabajadores que pudieran resultar diagnosticados con la enfermedad. Para los primeros, el periodo de ausencia quedaba sujeto a la posterior compensación horaria, salvo que el empleador los exonerara; y en los otros, todo el periodo pasaba a ser cubierto por la seguridad social como un supuesto de incapacidad laboral temporal por enfermedad. Aún no se había diagnosticado al “paciente cero”, pero ya la Guía contemplaba acciones “para evitar la propagación del virus en los centros de trabajo”, fundamentalmente, la modificación de turnos de trabajo y el otorgamiento de licencias a los trabajadores “sujetas a compensación en la forma y oportunidad que acuerden las partes”. Asimismo, se flexibilizaron las reglas del “teletrabajo” -cuyo marco legal existía, pero con muy poca aplicación efectiva-,³⁵ instando a las partes a acordar su adopción. Tal vez porque aún no se había calibrado la magnitud de la propagación de la enfermedad en nuestro país, el tono de estas primeras disposiciones parecía exonerar primordialmente de riesgos al trabajador, garantizándosele la mantención de sus ingresos aun cuando -en aras de restituir un equilibrio en el impacto de esa medida- ese lapso de suspensión temporal de la prestación del trabajador quedaba sujeto a una “compensación” posterior; esta última condición, si bien hace difícil enmarcar a esta figura en los contornos clásicos de una suspensión imperfecta, sí apuntaba a cumplir con el fin de proveer de recursos económicos al trabajador.

- En una siguiente etapa, el gobierno decreta el “estado de emergencia nacional”³⁶, y con ello, la política de “aislamiento social” como una estrategia para atenuar la velocidad del contagio. Se restringe severamente el funcionamiento de las actividades económicas, excepto de aquellas expresamente habilitadas dado su carácter de “esenciales” o “básicas”. Asimismo, se faculta a los empleadores del sector público y privado a modificar el lugar de la prestación de servicios de todos sus trabajadores para implementar el novedoso “trabajo remoto”, que luce marcadamente flexible en comparación con el tele-trabajo, y que, a diferencia de él, puede ser dispuesto directamente por el empleador,

35 El marco legal del teletrabajo lo conforman la Ley N° 30036 y su reglamento, el D.S. N° 009-2015-TR, y sucintamente se caracteriza porque debe ser una modalidad acordada por escrito, que supone el empleo de medios telemáticos, con una compensación al trabajador por los costos que este pudiera afrontar.

36 El 15 de marzo de 2020, a través de la cadena de medios a nivel nacional, el presidente de la República anuncia la declaratoria del estado de emergencia en el país,

sin que este, además, deba necesariamente costear el uso de los elementos de trabajo. Esta modalidad de prestación remota de actividades resulta obligatoria para los trabajadores del “grupo de riesgo” (caracterizado por personas con más de 60 años y factores clínicos proclives a los estragos del COVID-19), y en caso ello no fuera posible, se dispone el otorgamiento de una “licencia con goce de haber compensable”, no solo para este grupo sino en general para todos los trabajadores cuya naturaleza de sus actividades tornara inviable el trabajo a distancia.

- De esta manera, el gobierno franquea a los empleadores la posibilidad de adecuar turnos y horarios, facilitándoles en tales especiales circunstancias el ejercicio más intenso y flexible de su poder de dirección. Avizorada a esas alturas las dimensiones reales del contexto de emergencia, se dispone la medida clave del “aislamiento social obligatorio”³⁷ y la subsecuente “inmovilización social obligatoria”, con lo cual se intensificó el debate acerca de la prolongación de sus efectos y sobre quien debían recaer los riesgos generados. Los empleadores cuyas actividades no se encontraban habilitadas aun –la gran mayoría de empresas en el país- llamaban la atención sobre su ausencia de ingresos y que pese a ello debían seguir atendiendo el pago de las licencias con goce de haber compensables ordenadas por el gobierno. Como respuesta, el gobierno emite un conjunto de disposiciones, direccionando su apoyo económico preferentemente hacia las micro y pequeñas empresas, creando un Fondo de Apoyo Empresarial (FAE-MYPE) con el objeto de garantizar los créditos que pudieran obtener para capital de trabajo y otras acciones en línea similar.³⁸
- En relación con los trabajadores, el gobierno emitió normas orientadas al acceso de estos a fondos propios, depositados en cuentas concebidas y destinadas, en principio, a solventar situaciones de contingencia como las del desempleo (Compensación por tiempo de servicios)³⁹ o de la jubilación

37 Medida dispuesta por el D.S. N° 046-2020-TR.

38 Por medio del Decreto de Urgencia N° 033-2020, el gobierno, en aras de la preservación del empleo en el sector privado, dispuso que los empleadores recibieran un subsidio no superior al 35% de la suma de las remuneraciones brutas mensuales correspondientes a los trabajadores que percibían hasta S/ 1,500. También ordena diferir las fechas de presentación de la declaración jurada y pago del impuesto a la renta del año 2019, disponiendo su recalendarización. Finalmente, mediante el Decreto Legislativo N° 1455, se crea el Programa “Reactiva Perú”, con el objetivo de garantizar créditos a empresas de cualquier tamaño, permitiéndoles el acceso al financiamiento de fondos de capital de trabajo para atender pagos pendientes y obligaciones de corto plazo con sus trabajadores y proveedores de bienes y servicios.

39 Por medio del Decreto de Urgencia N°033-2020 se autoriza a los trabajadores a disponer libremente de los fondos del monto intangible por depósitos de CTS, hasta por la suma de S/ 2,400,00.

(cuentas de capitalización individual con fines previsionales)⁴⁰ y, por tanto, intangibles. Aprovechando esta excepcional permisión estatal, los trabajadores hicieron de inmediato los retiros correspondientes, sin que se les hubiera puesto como condición que se encontraran en suspensión perfecta de labores o desempleados, o, en general, en alguna situación de emergencia que justificara la afectación o merma de unos fondos orientados a otras situaciones de vulnerabilidad a futuro. En buena cuenta, en relación con los riesgos, han terminado siendo los mismos trabajadores quienes han terminado por asumirlos con su propio patrimonio, al no contar nuestro país con un seguro de desempleo. Pero lo más penoso es que quienes mantenían sus ingresos, o porque seguían laborando presencial o remotamente, o porque percibían licencias con goce de haber recuperables, aprovecharon para hacerse de parte de sus fondos vulnerando indebidamente -gracias a la anuencia estatal- la intangibilidad y finalidad de los mismos. Durante esta etapa el reclamo mayor del sector empleador apuntaba a la posibilidad de implementar la suspensión perfecta de labores, ante lo cual el gobierno reiteraba su mensaje de que las únicas variantes posibles en esas circunstancias seguían siendo las del trabajo remoto o el otorgamiento de las licencias compensables posteriormente.

- En una etapa posterior, y frente a la extensión de la curva de contagios de la enfermedad por todo el país, el gobierno extrema las medidas de aislamiento social, y atiende el reclamo de los empleadores, expidiendo el dispositivo legal que permite y regula, de manera especial, los supuestos y el trámite para la adopción excepcional de la “suspensión perfecta de labores”⁴¹. Dado su carácter excepcional, la norma exigía al empleador que previamente agotara otras medidas que pudieran resultar pertinentes a fin de mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, privilegiando el acuerdo con los trabajadores. Sin embargo, al establecerse los supuestos habilitantes de la suspensión, que debían acreditarse para su procedencia, algunos de ellos aparecen desconectados de la obligación de probar también concurrentemente una afectación económica; y de otro lado, no se apreciaba claramente un escenario de negociación o conversación necesariamente previo entre empleadores y trabajadores. Posteriormente, por medio de la norma reglamentaria del decreto de urgencia, se diseña aun cuando con poca

40 A través del Decreto de Urgencia N° 034-2020 el gobierno autoriza el retiro de parte de los trabajadores con cuentas de ahorro previsional en las AFP, hasta por un monto de S/ 2,000, siempre que no contaran con aportaciones durante los 6 meses previos a la entrada en vigencia de la norma.

41 Con fecha 14 de abril de 2020, se publica en el diario oficial El Peruano, el Decreto de Urgencia N° 038-2020.

claridad esa instancia previa destinada a que las partes eviten, en lo posible, que el empleador adopte la suspensión perfecta de labores.

- Los trabajadores consideraron que el allanamiento legal de la suspensión perfecta de labores en esta etapa de emergencia, hacía recaer en ellos los riesgos derivados del caso fortuito o de fuerza mayor -pérdida temporal de la remuneraciones- que implicaba la disposición gubernamental de limitación de la circulación de los trabajadores y la no autorización a sus empleadores para que pudieran reanudar sus actividades. El gobierno, por su lado, acentúa a través de normas “complementarias”, y a veces por medio de solas actuaciones administrativas, la minuciosidad del examen de los miles de pedidos de suspensión perfecta que le son puestos a su aprobación,⁴² y que, conforme al trámite establecido por el D.U. 038-2020, deriva a la Inspección del Trabajo, a efectos de la emisión de los informes correspondientes sobre su procedencia.
- En vista de que la suspensión contractual importaba la cesación temporal del pago de la remuneración, ello hizo que el gobierno dispusiera otras medidas a fin de mitigar el impacto. Así, el citado D.U. 038-2020 garantizaba la continuidad del acceso de los trabajadores, comprendidos en la suspensión contractual, a las prestaciones de salud, al igual que a sus derechohabientes; y adicionalmente se les facultaba, una vez más, a disponer anticipadamente de parte de los fondos intangibles de su CTS, y al retiro extraordinario de hasta S/ 2,000 de los fondos intangibles de su cuenta individual de capitalización previsional en sus AFP.⁴³ Para el caso de quienes laboraran en microempresas, con remuneraciones menores de S/ 2,400, y en vista de que su régimen laboral especial no prevé beneficios -como los de la CTS y de las gratificaciones legales- a los cuales echar mano, el gobierno estableció la “Prestación Económica de Protección Social de Emergencia ante la Pandemia del Coronavirus COVID-19”, consistente en un subsidio mensual directo de S/ 760 para los

42 En declaraciones de la ministra de Trabajo, se estimaba que, al 5 de junio de 2020, se habían ingresado aproximadamente 28, 000 pedidos de empresas, que involucraban a alrededor de 250,000 trabajadores. Tomado del portal web del diario GESTIÓN [actualizado 14 Jun 2020; citado 14 Jun 2020]. Disponible en: <https://gestion.pe/economia/mtppe-28000-empresas-presentaron-sus-solicitudes-para-acogerse-a-suspension-perfecta-noticia/>

43 El mismo Decreto de Urgencia N° 038-2020 dispuso también, en relación con los trabajadores que no contaran con tales fondos acumulados en su cuenta de CTS, o estos resultaran insuficientes, que el empleador debía adelantarles el pago directo de la CTS de mayo (ya no depositándolo) y de la gratificación de julio de 2020.

trabajadores de microempresas comprendidos en suspensiones perfectas de labores.

- En el caso de quienes habían cesado con proximidad a la dación del D.U. 038-2020, y que a esa fecha carecían de trabajo, también se les permitió retirar extraordinariamente S/ 2,000 de sus fondos previsionales. Inclusive, a quienes venían laborando, pero si sus remuneraciones mensuales no superaban los S/ 2,400, a ellos también, a pesar de contar con un empleo efectivo, se les permitió el acceso a sus fondos, posibilitándoles el retiro de hasta S/ 2,000, en dos armadas mensuales de S/ 1,000 cada una. En este último caso, podemos apreciar nuevamente cómo se adoptó una medida que le permitió al trabajador perforar sus fondos destinados a la cobertura de una pensión de jubilación futura

IX. Sobre la valoración de los riesgos asumidos por los diferentes actores del mundo laboral

- ¿Cómo deberían repartirse los riesgos derivados de situaciones como los del COVID-19? ¿A qué escala se deberían compartir estos entre los trabajadores, empleadores y el estado? Una primera lamentable constatación que nos ha traído la crisis pandémica es la exposición palmaria de la inequidad social de nuestro país; el mercado laboral en que se despliega el gran segmento de trabajadores por cuenta ajena ha transparentado su informalidad estructural; nuestros sistemas de protección social vienen mostrando su insuficiencia y precariedad. Acorde con lo que hemos venido revisando desde el inicio del presente trabajo, consideramos que si cupiera una prelación u orden en cuanto a la asunción de los riesgos laborales de mayor entidad (suspensiones, ceses laborales e inclusive reducción de jornadas y remuneraciones) en escenarios como el que afrontamos a propósito del coronavirus, correspondería al Estado situarse en primera línea; luego a los empleadores y, finalmente, a los trabajadores.
- Un informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), elaborado a propósito de las acciones estatales de los países de la región frente al COVID-19, da cuenta sobre los dos tipos de medidas adoptadas para la protección social de los trabajadores formales: "El primer tipo de medidas está destinado a reducir la exposición al virus de los trabajadores y garantizar la continuidad de la actividad económica, y el segundo, a asegurar

los ingresos o los puestos de trabajo (...). Además, existen medidas indirectas de protección del empleo formal (...) como las de apoyo a las empresas mediante, por ejemplo, la reprogramación del pago de deudas e impuestos o los préstamos especiales. En ese sentido, se ha podido apreciar múltiples iniciativas emprendidas por el gobierno en el campo laboral, cuidando de privilegiar la protección de la salud de los trabajadores, más allá de que ello ha supuesto incurrir en constantes correcciones normativas⁴⁴.

- La asunción de riesgos de parte del estado se tradujo también en el apoyo económico brindado a las empresas con la finalidad de que pudieran mantenerse operativas; apoyo que se canalizó, como ya se indicó, tanto subsidiando directa y parcialmente la planilla del mes de abril 2020 respecto de los trabajadores de más bajos ingresos, así como asumiendo el pago de un bono extraordinario en favor de los trabajadores de microempresas comprendidos en la suspensión perfecta de labores. Igualmente, cuando se hizo cargo -a través de ESSALUD- del pago de los primeros 20 días de incapacidad temporal de los trabajadores contagiados con la enfermedad, obligación que normalmente corresponde al empleador.⁴⁵ El apoyo se ha venido expresando, como también se ha adelantado, por medio de la facilitación del acceso a créditos a las empresas a programas de créditos (FAE MYPE y REACTIVA PERÚ), con el fin de no interrumpir la cadena de pagos y proseguir con un capital de trabajo. Sin embargo, la prolongación y acentuación de los efectos negativos de la pandemia, y la subsecuente incertidumbre sobre cuándo se dará un retorno pleno de las actividades a un ritmo cercano a lo habitual, han hecho aparecer como insuficientes esas políticas de rescate económico y financiero. Cabe destacar que también ha merecido críticas el hecho de que no se condicionara o se instituyeran mecanismos o filtros para que los créditos otorgados a tasas muy bajas a las empresas -por aplicación de los programas de apoyo instaurados por el gobierno- redundaran, como regla inicial, en la mantención por parte de ellas de los empleos y el subsecuente pago de las licencias

44 Tal, por ejemplo, lo sucedido con la declaración jurada (DJ) a presentar por los trabajadores considerados como parte del “grupo de riesgo”. Inicialmente, del texto de la norma (D.S. N° 083-2020-PCM) parecía que, sin mayores previsiones médicas, bastaba la expresión de voluntad del trabajador de riesgo para su retorno laboral; posteriormente, a través de la R.M. N° 099-2020-TR, que aprobó el formato de la DJ, quedaba aclarado, por el contenido de esta, que el retorno al trabajo presencial del “trabajador de riesgo” no liberaba al empleador de su responsabilidad por la gestión de la seguridad y salud en el trabajo.

45 El Decreto de Urgencia N° 026-2020 dispuso que ESSALUD asumía la obligación de otorgar a los trabajadores, cuya remuneración mensual fuera hasta S/ 2 400 soles, y que hubieran sido diagnosticados con COVID-19, el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo.

con goce de haber compensables, antes que proceder -como viene ocurriendo en muchos casos- a la suspensión o finalización de contratos de trabajo. Con lo cual los riesgos plenos habrían sido asumidos por el trabajador (al perder el empleo o quedarse temporalmente sin ingresos) y el Estado que garantizó créditos sin que fueran atendidos los fines de su destino.

- En el caso de los empleadores, podríamos decir que, de alguna manera, se han hecho con los riesgos en algunas etapas de este ciclo de evolución de la pandemia, lo cual resulta especialmente predicable de aquellos empleadores que no han aplicado a la suspensión perfecta y siguen otorgando la licencia con goce de haber compensable a sus trabajadores del grupo de riesgo y a quienes no pueden desarrollar trabajo remoto. La tendencia, no obstante, viene siendo la exploración por parte del empleador de alcanzar "acuerdos compensatorios" con los trabajadores, habida cuenta de la ventana que abrió el Decreto de Urgencia N° 029-2020, al determinar que para materializar la compensación "se aplica lo que acuerden las partes", y que solo a falta de acuerdo al respecto "corresponde la compensación de horas posterior a la vigencia del Estado de Emergencia Nacional". De allí que vengamos asistiendo a ciertas propuestas de acuerdos compensatorios que terminan por desnaturalizar absolutamente los fines del otorgamiento de la licencia.⁴⁶
- De su lado, y como ya se ha hecho hincapié anteriormente, los trabajadores han corrido con el riesgo al agenciarse de fondos que tienen en principio un carácter contingente para su utilización. Asimismo, es claro que la suspensión perfecta de labores los viene afectando en cuanto a la percepción de fondos para poder mantenerse en esta etapa de la emergencia. Si bien el gobierno dictó conjuntamente con la habilitación de la medida de suspensión perfecta de labores una serie de previsiones con el fin de que los trabajadores pudieran contar con ingresos durante la interrupción contractual, muchos de ellos quedaron excluidos frente a la situación de precariedad económica de sus empleadores. Tal el caso, por ejemplo, de aquellos que pactaron directamente licencias sin goce de haber, es decir, que acordaron la suspensión sin que el pedido de esta hubiera transitado por el procedimiento previsto por el D.U. N° 038-2020. En relación con estas suspensiones directas no están procediendo las medidas paliativas contempladas por dicho decreto, las cuales vienen resultando de alcance exclusivo a los trabajadores comprendidos

⁴⁶ Alguna corriente de opinión deslizó la propuesta de "compensar" por la vía del otorgamiento de una "licencia sin goce de haber" o más derechamente, descontarle la remuneración del trabajador al momento de su reincorporación física al centro laboral.

en suspensiones seguidas ante la autoridad de trabajo. Pero sin duda el mayor de los riesgos que han corrido los trabajadores ha sido el de la pérdida del empleo, y esto se ha dado a través de formas diversas, como examinaremos más adelante.

X. Sobre la evaluación de las acciones gubernativas en relación con los riesgos laborales derivados del COVID-19 adoptadas por el Perú y otros países

- Carentes de sistemas de protección social institucionalizados que tuvieran alcance suficiente como para brindar cobertura a los trabajadores en suspensión temporal o con pérdida del empleo, corresponde examinar si el gobierno pudo evaluar e implementar otras medidas en aras de mitigar la ocurrencia de riesgos de tamaño entidad en cabeza del trabajador.
- En la primera etapa del decurso de la emergencia, se aprecia una actuación del gobierno por afianzar los ingresos del trabajador por medio de la exigencia del otorgamiento de la licencia con goce de haber compensable. Esta actuación gubernamental se evidencia todavía más a través de la posición que asumió el sector Trabajo y Promoción del Empleo -aun cuando lo hiciera a través de declaraciones antes que normativamente- en el sentido que en ese periodo no resultaba de aplicación la suspensión perfecta de labores, al menos por sustentada en los efectos del COVID-19. Digamos que su posición -a pesar intervención del creciente reclamo empresarial- se mantuvo en línea de diferir el riesgo o carga hacia el empleador.
- Recordemos que otros países tuvieron inclusive una posición más radical y expresa. Así, por ejemplo, lo acontecido en España y Argentina. En el primer caso, mediante Real Decreto Ley 9/2020, en relación a la protección del empleo, se dispuso que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparaban las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 Real Decreto Ley 8/2020, no podían entenderse, en ningún caso, como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

Inclusive, con el objeto de que se evitara la extinción de los contratos temporales por la llegada de su término, el art. 5 del Real Decreto Ley 9/2020, introdujo la figura de la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo e interini-

dad, por las causas previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto Ley 8/2020⁴⁷, siempre que estos contratos correspondieran a trabajadores considerados en los ERTE (expedientes de regulación temporal de empleo), los cuales tienen por objeto habilitar a los desempleados temporales al cobro del seguro de desempleo, para lo cual normalmente se exige requisitos de números de cotización aportados al sistema, pero que, de manera excepcional, no se han exigido en este contexto de la pandemia.

- En Argentina, el Gobierno expidió el Decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020 por el cual dispuso la prohibición del despido inmotivado (o injustificado, o sin causa, o arbitrario) y de los despidos y suspensiones dispuestas con invocación de la fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, por el plazo de 60 días desde su publicación. Cabe señalar que en ambos países existen regímenes de estabilidad laboral relativa o impropia, que solo en ciertos casos excepcionales prevén la reposición o reinstalación del trabajador, privilegiando la medida reparadora del pago de una indemnización. En ambos países, también, existe el seguro por desempleo.

De acuerdo a cómo se reguló esta prohibición del despido y de la suspensión contractual en Argentina, quedaba claro que su ocurrencia importaba su ineficacia, dada la ilicitud de su objeto; al devenir nulo el acto del despido, este no producía ni la suspensión ni el cese pretendidos, y, en consecuencia, correspondía la readmisión del trabajador y el pago de las remuneraciones devengadas, a menos que el trabajador optara por el pago de una indemnización de monto agravado.

- En el Perú, el trabajador no solo ha corrido el riesgo de ser comprendido en procedimientos de suspensión perfecta, conforme lo hemos anotado, también ha venido afrontando el riesgo del cese del vínculo contractual. Según los datos del mercado formal de trabajo por cuenta ajena del sector privado, dos de cada tres trabajadores están sujetos a contratación temporal, los cuales suelen ser renovados con periodicidad, por lo general, trimestral.⁴⁸ Por eso,

47 Las causas a las que se refiere el RD-Ley 9/2020 son aquellas que tienen su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria.

48 Este informe ha sido elaborado a partir de la data obtenida en la Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza realizada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática

estallada la emergencia sanitaria, sin que hubiera que tramitar un cese colectivo invocando un caso fortuito o de fuerza mayor, los empleadores simplemente dejaron vencer el plazo contractual de los contratos temporales que han venido culminando, sin renovarlos. Así, según el Tablero de control de seguimiento del empleo formal, elaborado por el MTPE, “en lo que va del periodo de emergencia (16 de marzo al 14 de junio), a nivel nacional se registró la salida de 587,0 mil trabajadores en el sector privado formal, así como la entrada de 327,5 mil generando en neto una reducción de 259,5 mil trabajadores de la planilla electrónica.” Como resulta apreciable, un grueso de trabajadores quedó fuera del mercado laboral, corriendo el mayor de los riesgos, y dependiendo del tiempo de su trayectoria laboral pudieron acceder a los fondos de la compensación por tiempo de servicios que hubieran tenido depositados. Podría haberse dispuesto, como en España, que, al menos respecto de aquellos trabajadores comprendidos en procedimientos de suspensión perfecta de labores, el plazo contractual quedara suspendido y que se reanudara concluida la interrupción de su transcurso. Otros que corrieron similar suerte fueron los trabajadores sujetos a contratación a tiempo parcial, a quienes no les alcanza la protección contra el despido arbitrario y fueron cesados, sin mayores derechos laborales en su liquidación como para mitigar la situación de desempleo en tiempos especialmente difíciles. Queda evidenciada entonces la dimensión del riesgo que ha corrido un significativo número de trabajadores, dentro del marco formal del mercado laboral, pero en situaciones precarias de protección legal, ahondado en su impacto negativo por la escasa cobertura de la protección social que no ha alcanzado a muchos de ellos.

- En Brasil, por ejemplo, con la finalidad de disuadir en lo posible a que no se materializara despidos, la ley también impuso algunas restricciones, como la Medida Provisional 944/2020, que determinó que las empresas que recibieran el crédito especial para pagos de salarios a empleados no podían despedirlos hasta 60 días a partir del final del programa de ayuda, bajo pena de vencimiento anticipado de la deuda. Asimismo, se dispuso que en los casos de suspensión contractual, el trabajador tendría derecho a recibir el denominado Beneficio de Emergencia para la Preservación del Empleo y de la Renta, y se condicionó a las empresas de mayores ingresos a que pudieran suspender

(INEI) y es de acceso público en el portal web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo [actualizado 15 Jun 2020; citado 15 Jun 2020]. Disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/437106/Informe_Anuual_del_Empleo_2018.pdf

el contrato de trabajo solo si pagaban una ayuda compensatoria mensual por un monto equivalente al 30% del salario, durante el período de suspensión temporal del trabajo acordado.

- En Chile, que ya contaba con un seguro de cesantía, en plena emergencia sanitaria, se promulgó la Ley 21.227 - Ley de Protección del Empleo, que significó la afectación del Fondo de Seguro de Cesantía para permitir que trabajadores y empleadores pudieran suspender la actividad laboral –antes que materializar un cese- y que durante este período pudieran cobrar prestaciones con cargo al seguro; igualmente, la norma abre paso a la posibilidad de que se pueda plantear una reducción de la jornada laboral, y que parte de la remuneración que el trabajador dejara de percibir, sea pagada también con cargo al Fondo de Seguro de Cesantía. Esta importante norma ha sido objeto a su vez de modificaciones recientes –a través de la Ley 21.232, que, entre algunas disposiciones resaltantes, estableció que sólo se podrá poner término a la relación laboral por la causal de necesidades de la empresa respecto de los trabajadores no afectos a los beneficios de esa Ley. Del mismo modo, se incorporó un artículo sobre la prohibición de repartir dividendos, prescribiéndose que todas aquellas sociedades anónimas que se acogieran a la Ley de Protección al Empleo no podrán hacer distribución de utilidades. Como se puede apreciar, se trata de una intervención estatal destinada a mitigar los riesgos del trabajador derivados de una suspensión temporal o una reducción de la jornada.
- En Uruguay, el seguro de desempleo cubre habitualmente la contingencia del desempleo forzoso y la suspensión temporal del contrato de trabajo, comprendiendo a todos los trabajadores de la actividad privada. A raíz de la pandemia del coronavirus, el Ministerio de Trabajo emitió varias resoluciones que han significado la inclusión de situaciones no amparadas anteriormente, como los casos de suspensión parcial (6 días como mínimo), así como también cuando se da una reducción parcial de las horas trabajadas (50 % de la jornada como mínimo).

XI. Conclusiones

- La ajenidad del riesgo del trabajador de los avatares del contrato de trabajo se funda y verifica en el momento mismo del establecimiento de un vínculo

laboral, y es una lógica consecuencia de su también originaria ajenidad respecto de los frutos del negocio, cuya titularidad corresponde al empleador.

- El concepto de ajenidad en los riesgos no solo nos sirve para caracterizar a una relación como laboral, sino también para apreciar su actuación en concretos trances por los que esta atraviesa y el reparto de los riesgos que se produce como consecuencia, ayudando a denotar el sesgo tuitivo del trabajador que informa al Derecho Laboral.
- Dentro del contexto de un vínculo laboral, adoptamos la nomenclatura de “riesgos”, para signar a los avatares o vicisitudes de mayor entidad por el que este atraviesa y que generan un impacto desfavorable al trabajador, tales como los de la suspensión contractual sin pago, una significativa reducción remunerativa y, en particular, el de la pérdida del empleo.
- Desde una mirada demasiado extensa, podría concebirse a la ajenidad como una garantía de indemnidad prácticamente destinada a aislar al trabajador no solo de los riesgos del ejercicio de la actividad empresarial, sino también de cualquiera de los avatares que la afecten. Esta percepción resulta exorbitante pues deja de lado la incidencia de motivos externos e inclusive aquellos atribuibles o imputables al empleador, para los cuales el ordenamiento jurídico ha diseñado medidas reparadoras o indemnizatorias.
- El elemento de la “seguridad”, trasladada su acepción en el ámbito laboral, a la subsistencia incólume de la propia relación de trabajo y las condiciones acordadas para su ejecución, parece ser un factor de conexión entre la ajenidad de los riesgos y el principio de continuidad, que, en la mayoría de sus manifestaciones, apunta en igual dirección.
- Las instituciones o categorías jurídicas creadas desde el derecho civil para regular los efectos jurídicos de los avatares de una relación contractual, cuando tienen arribo en el ámbito laboral, terminan impregnándose de la lógica tuitiva que anima a la disciplina del derecho del trabajo. Tal lo que ocurre con el caso fortuito o la fuerza mayor, en tanto causas o razones destinadas primordialmente a exonerar de responsabilidad a la parte o las partes que no ejecutan las obligaciones acordadas entre ellas o dispuestas por ley, por razones extrañas a ellas.
- El derecho del trabajo, al contemplar la aplicación del rol eximente de la responsabilidad del empleador -que importan el caso fortuito o la fuerza mayor- suele complementarlo con otras medidas que matizan y mediatizan su

sola traslación desde el derecho civil, bajo una premisa de igualdad entre los contratantes, al no ser esto último predicable en el ámbito laboral.

- El derecho del trabajo, o más propiamente la legislación laboral, suele someter a la verificación y análisis, normalmente de la autoridad administrativa de trabajo, la configuración del caso fortuito o de la fuerza mayor, alegados por el empleador, en aquellas situaciones contingentes generadoras de los mayores riesgos de afectación para el trabajador. Esta intervención administrativa, según cada legislación nacional, puede tener contornos más o menos intensos, pero apuntan a garantizar un uso debido de estas instituciones, a la par que a encontrar salidas para mitigar el impacto producido en la esfera patrimonial del trabajador.
- La legislación laboral peruana contempla los supuestos del caso fortuito o de la fuerza mayor para sustentar la petición, por parte del empleador, de la suspensión perfecta de labores o de la propia extinción de los contratos de trabajo. El procedimiento instaurado al respecto, además de prever la revisión del nexo causal entre los hechos alegados y la necesidad de la interrupción o del cese contractual, dispone que las partes intenten en lo posible llegar a acuerdos para su evitación; no corresponde el pago de ninguna indemnización por estas razones y el trabajador cuenta apenas con los fondos que tuviera depositados en su cuenta de compensación por tiempo de servicios.
- En vista de que el caso fortuito o fuerza mayor terminan por exonerar de responsabilidad al empleador, y dejan desprovisto de ingresos a un trabajador en los supuestos de suspensión temporal contractual o de cese del vínculo o de reducción significativa del salario, muchos países diseñan sistemas de protección social para atenuar estos riesgos del trabajador.
- En nuestra región latinoamericana apenas seis países cuentan con un seguro de desempleo, y en otros, se ha establecido como medida reparadora -cuando el despido obedece a otras razones que sean imputables al empleador- el pago de una indemnización, normalmente tarifada en razón del tiempo de servicios prestados al empleador, con diferentes coberturas y limitaciones.
- Con ocasión de la pandemia del COVID-19, en general, todos los sistemas de protección social de los países latinoamericanos han sido obligados a extender al máximo posible su cobertura, haciéndose palpable en muchos de ellos -como en el caso peruano- su precariedad e insuficiencia estructurales. En el Perú no existe un seguro de desempleo o algún sistema intermediado para mitigar las contingencias de una suspensión perfecta de labores, y en el

caso del cese, solo quien pudiera contar con fondos de su CTS, normalmente insuficientes.

- Los países en América Latina han adoptado diversas medidas de contingencia para afrontar el impacto del COVID-19 en los empleos y la correlativa merma o pérdida de ingresos por parte de los trabajadores. En esa dirección, con distinta orientación de política económica y social, algunos países han cargado con mayor o menor peso la protección a los trabajadores frente a estos graves riesgos que lo han afectado significativamente.
- En el Perú, a diferencia de otros países de la región, no se ha apreciado un marcado acento protector, de parte del gobierno hacia el trabajador dependiente formal –en términos de paliar estos riesgos mayores-, más allá, sí, de su preocupación por resguardarlo de las contingencias sanitarias que pudieran afectar a su salud. Miles de trabajadores han quedado desprotegidos, al no haberles sido renovados sus contratos temporales o de tiempo parcial; a cuyo contingente se suman los trabajadores comprendidos en suspensiones perfectas de labores, sea estas acordadas directamente a través de la figura de la licencia sin goce de haber o se hayan dado a resultas de un procedimiento seguido ante la autoridad de trabajo, en el marco del D.U. N° 038-2020.
- El gobierno se ha limitado apenas a liberar excepcionalmente al trabajador de las restricciones legales para el acceso de estos a sus fondos destinados a cubrir otras contingencias: retiro de sumas de dinero de los fondos intangibles de la CTS y de sus cuentas individuales de AFP. En suma, consideramos que, de acuerdo con el escenario mostrado, los riesgos derivados de la pandemia del COVID-19 en el plano laboral de nuestro país han recaído principalmente en el trabajador.