Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Homenaje a Julio Gamero Requena

Laborem

N.º 23/2020

CONTENIDO

LA PANDEMIA, EL DERECHO DEL TRABAJO Y LAS RELACIONES LABORALES

- **PAUL CAVALIÉ CABRERA:** A vueltas con la ajenidad de los riesgos laborales en el Perú: apuntes en tiempos del Covid-19
- **KATHERINE JOHANNA DURAND BUSTAMANTE:** Trabajo decente en tiempos de crisis por el Covid-19
- **VALERIA GALINDO VALER Y RENATO MEJÍA MADRID:** Trabajo doméstico no remunerado en tiempos de Covid-19
- **KATY NORIEGA GÓNGORA:** Modificación de los elementos esenciales del contrato de trabajo en el marco del Covid-19
- **WILLMAN MELÉNDEZ:** La autorización para un ius variandi radical por emergencia
- **MARÍA GABRIELA PAATS NICORA / CÉSAR AUGUSTO FERNÁNDEZ MATA:** Estabilidad laboral en el contexto de la pandemia de la Covid-19: los casos de Paraguay y Perú
- **LILY KU YANASUPO:** Debilidades institucionales para la protección del empleo en el Perú: contratación temporal e inspección del trabajo
- **MANUEL GONZALO DE LAMA LAURA:** Algunos apuntes en relación con la labor de la inspección del trabajo durante el estado de emergencia por el Covid-19
- **MARIA KATIA GARCIA LANDABURU:** Efectos del Covid-19 en las cadenas de producción de las empresas multinacionales: el caso de la industria de la confección
- **CLAUDIA DENISSE CERMEÑO DURAND:** Créditos laborales y empresas en concurso
- **FERNANDO CUADROS LUQUE:** Análisis del impacto económico de las principales medidas laborales durante los primeros cuatro meses de la pandemia del Covid-19 en Perú y propuestas alternativas

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

- **ESTELA OSPINA / FANNY BAUTISTA / ANDREA SÁNCHEZ Y NATALY POLANCO:** Jornadas atípicas en la minería y la Covid 19
- **ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA:** "La nueva convivencia social en el trabajo": El derecho a la intimidad y la vigilancia de la salud de los trabajadores en tiempos del Covid-19
- **MA. SOLEDAD JOFRÉ BUSTOS / RICARDO BARONA BETANCOURT / FIORELLA P. PEYRONE VILLACORTA:** Seguridad y salud en el trabajo

SEGURIDAD SOCIAL

- **LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ:** Situación actual y necesidad de reforma del sistema de pensiones en el Perú en el contexto latinoamericano

TENDENCIAS: JORNADA, TRABAJO A DISTANCIA Y DESCONEXIÓN DIGITAL

- **BRUNO SANDE / JADDY LADRÓN DE GUEVARA LANDA / JAVIER SUÁREZ:** Regulación del Tiempo de Trabajo y los desafíos para Latinoamérica: Perú, República Dominicana y Uruguay
- **WILLY MONZON ZEVALLOS:** El impacto del teletrabajo en el hogar a partir del Covid-19
- **CÉSAR PUNTRIANO ROSAS:** La desconexión digital: alcances y regulación en el Perú

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Revista Laborem
Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Homenaje a Julio Gamero Requena

Director
Luis Mendoza Legoas

Consejo Editorial
Miguel Canessa Montejo
Ana Cecilia Crisanto Castañeda
Wilfredo Sanguineti 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 23 de la revista *Laborem* ve la luz en medio de la crisis originada en una pandemia global al que se añade un clima de indignación social en nuestro país ante el devenir de una política degradada. Se trata de dos procesos de complejísimo impacto y significación en las relaciones del trabajo de nuestro país.

Esta edición de la revista propone, en ese contexto, un número cuya temática principal está dedicada al impacto de la pandemia del Covid-19 en el Derecho del Trabajo y en las relaciones laborales. Dieciocho ensayos brindan plurales perspectivas sobre la problemática multinivel que vivimos todavía mientras se escriben estas líneas.

Estas lecturas, planteadas por autores y autoras, testimonian el proceso de reflexión que atraviesa actualmente lo laboral en el Perú y en nuestra región. En ellas, se abordan importantes cuestiones sobre instituciones clásicas del laboralismo como la ajenidad de riesgos, los derechos fundamentales en el trabajo, el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, las facultades patronales, las transformaciones productivas, la crisis de empresa y la fiscalización laboral; pero también se atiende a realidades actuales, como la mundialización de la economía y las relaciones de trabajo (lo que, precisamente, corresponde al ámbito geográfico de impacto de la pandemia), el trabajo prestado a distancia y el uso de tecnologías en la ejecución del contrato de trabajo y la organización de lo laboral.

La lectura jurídica de los cambios puestos en marcha normativa o fácticamente por la pandemia está, así, representada en esta revista con estudios que integran una reflexión transversal: ¿Qué cambios se han registrado y qué puede esperarse en el actual escenario hasta una (esperada) realidad post-pandemia?

Además, dentro de la temática principal, se añade un balance económico de las medidas laborales dadas en el Perú durante el primer cuatrimestre de la crisis del Covid-19. Este estudio ha sido efectuado por Fernando Cuadros Luque y nos brinda una documentada apreciación que cierra este segmento.

De otro lado, en el rubro de seguridad y salud en el trabajo, se presentan estudios sobre la situación y desafíos de las jornadas en la minería durante el Covid-19, el deber de prevención y su tensión con derechos fundamentales de los trabajadores y un estudio comparativo sobre las normas dadas sobre seguridad y salud en el trabajo en Chile, Colombia y Perú.

En cuanto a la seguridad social, Leopoldo Gamarra escribe sobre la situación actual y la necesidad de reformar el sistema de pensiones de Perú, dentro del contexto de lo que acontece en Latinoamérica.

Finalmente, el segmento sobre *tendencias* completa a nuestra revista con artículos que abordan al tema del tiempo de trabajo y la desconexión digital. En primer término, se presenta un estudio trinacional que compara la situación en Perú, República Dominicana y Uruguay, así como las contribuciones locales de Willy Monzón y César Puntriano.

Cabe mencionar que los estudios comparativos fueron coordinados por la delegación Peruana de Jóvenes Juristas -subsección americana- de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – SIDTySS, junto con abogados y abogadas laboralistas de la región (Chile, Colombia, Paraguay, República Dominicana y Uruguay). Este aporte ofrece valiosa información y análisis proveniente de fuentes especializadas.

Estos esfuerzos comparativos, tan valiosos en tiempos como el presente, deben ser fomentados y *Laborem* se precia de contar con estas colaboraciones que nos devuelven a la necesidad de afrontar este desafío global tomando debida nota de las previsiones y reformas que se han ensayado en realidades nacionales cercanas a la nuestra.

Por último, sirva este número para brindar una sentida dedicatoria desde el laboralismo peruano al profesor Julio Gamero Requena, quien tanto hizo por promover y contribuir a una reflexión seria y documentada, y con un profundo sentido humanista, sobre las instituciones del trabajo en nuestro país. Como espacio académico, la SPDTSS no puede sino honrar su memoria con una contribución que aborde al trabajo como objeto de estudio, reconociendo siempre que es un fenómeno humano y la necesidad de tutela de quien lo presta.

Guillermo Boza Pró
Presidente SPDTSS

Luis Mendoza Legoas
Director de *Laborem*

Homenaje a Julio Gamero Requena

CONTENIDO

Editorial 3

LA PANDEMIA, EL DERECHO DEL TRABAJO Y LAS RELACIONES LABORALES

Paul Cavalié Cabrera: A vueltas con la ajenidad de los riesgos laborales en el Perú: apuntes en tiempos del COVID-19 15

I. Presentación 15

II. Sobre la ajenidad de los riesgos de parte del trabajador 16

III. Sobre la ajenidad del riesgo en relación con las vicisitudes del contrato de trabajo 18

IV. Sobre el principio de continuidad y la ajenidad de los riesgos 22

V. Sobre el caso fortuito o la fuerza mayor y su actuación en el ámbito laboral 24

VI. Sobre el caso fortuito y la fuerza mayor en nuestro ordenamiento jurídico nacional 29

VII. Sobre el traslado de la asunción de los riesgos a la protección social 31

VIII. Sobre el COVID-19 y la apreciación de la asunción de los riesgos del trabajo en el Perú 32

IX. Sobre la valoración de los riesgos asumidos por los diferentes actores del mundo laboral 37

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 40

XI. Conclusiones 43

Katherine Johanna Durand Bustamante: Trabajo decente en tiempos de crisis por el covid-19 47

I. Introducción 48

II. Trabajo decente y la universalización de derechos laborales fundamentales 48

III. Trabajo decente en el 2008 y la crisis financiera 51

IV. Covid-19: Una crisis del tipo desastre 52
V. Escenario postcrisis: Una oportunidad de resiliencia 53
VI. El trabajo decente como herramienta de resiliencia 54
1. La propuesta de la OIT: Principios del trabajo decente en el contexto del Covid-19 55
2. Reflexiones sobre medidas relativas al trabajo decente como herramienta de resiliencia en el contexto del Covid-19 56
VII. Conclusión 59

Valeria Galindo Valer y Renato Mejía Madrid: Trabajo doméstico no remunerado en tiempos de Covid-19 61
1. Introducción 61
2. Causas de la tensión entre el trabajo y la vida familiar 62
2.1. El modelo de reparto social de trabajo: El hombre proveedor 62
2.2. La inequitativa distribución del trabajo doméstico 64
2.3. Condiciones de incorporación de la mujer al mercado de trabajo 66
3. Impacto de la crisis en el empleo y los hogares 70
4. ¿Y ahora qué? Oportunidades para políticas públicas e iniciativas privadas 73
5. Conclusión 78

Katy Noriega Góngora: Modificación de los elementos esenciales del contrato de trabajo en el marco del Covid-19 79
I. Introducción 79
II. Presupuestos conceptuales 81
III. Problemática preexistente 84
IV. Escenario actual – COVID19 85
V. Apuntes finales 89

Willman Meléndez: La autorización para un *ius variandi* radical por emergencia .. 91
I. Introducción 91
II. La institución del *ius variandi* 92
III. Concepción de *"ius variandi* radical" 93
IV. El *"ius variandi"* regulado en el Decreto de Urgencia 29-2020: *"ius variandi* radical de emergencia" 96

María Gabriela Paats Nicora / César Augusto Fernández Mata: Estabilidad laboral en el contexto de la pandemia de la Covid-19: los casos de Paraguay y Perú 103
I. Introducción 103
II. La estabilidad laboral en el contexto de la pandemia de la Covid-19: Legislaciones distintas con mismos paradigmas laborales 104
a) Estabilidad 104
b) Medidas con incidencia en la estabilidad laboral 106
c) Suspensión de las relaciones de trabajo 107
d) Terminación de las Relaciones de Trabajo 110
III. Consideraciones finales 112

Lily Ku Yanasupo: Debilidades institucionales para la protección del empleo en el Perú: contratación temporal e inspección del trabajo 113
1. A modo de introducción 114
2. La naturaleza de la contratación laboral temporal y el principio de causalidad 115
3. Reformas laborales de la década de 1990: su impacto en la estabilidad en el empleo y en los derechos labores colectivos 118
4. Debilidades institucionales de la inspección del trabajo 120
5. A modo de conclusión 123
6. Referencias Bibliográficas 123

Manuel Gonzalo De Lama Laura: Algunos apuntes en relación con la labor de la inspección del trabajo durante el estado de emergencia por el Covid-19 125
1. La labor de la Inspección del Trabajo y la continuidad de sus funciones durante el estado de emergencia: ¿actividad esencial? 126
2. Las infracciones administrativas previstas con ocasión del estado de emergencia 130
3. Sobre la facultad inspectiva del cierre temporal 133
4. La habilitación de la suspensión perfecta de labores y su relación con la Inspección del Trabajo 134
5. La labor de la Inspección del Trabajo durante la reanudación progresiva de las actividades productivas 137

Maria Katia Garcia Landaburu: Efectos del Covid-19 en las cadenas de producción de las empresas multinacionales: el caso de la industria de la confección 139

I. Efectos de la crisis ocasionada por el covid-19 en las empresas multinacionales 141

II. Las cadenas de producción de la industria de la confección frente al Covid-19 144

1. Características del sector 144

2. Riesgos que afrontan las cadenas de producción del sector a consecuencia del Covid-19 147

3. Medidas iniciales adoptadas por las empresas multinacionales del sector ante la crisis 152

4. COVID-19: Acción en la industria mundial de la confección 154

III. Conclusiones 158

IV. Bibliografía 159

Claudia Denisse Cermeño Durand: Créditos laborales y empresas en concurso 161

I. Introducción 161

II. Los créditos laborales en el sistema concursal 163

1. El privilegio de los créditos laborales 164

2. Reconocimiento del crédito laboral 172

3. Derechos que concede el crédito laboral 178

III. Los créditos laborales en el PARC 179

1. Características generales del PARC 179

2. Los acreedores laborales en el PARC 180

3. ¿Desprotección normativa? 181

IV. Reflexiones finales 183

Fernando Cuadros Luque: Análisis del impacto económico de las principales medidas laborales durante los primeros cuatro meses de la pandemia del Covid-19 en Perú y propuestas alternativas 185

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Estela Ospina / Fanny Bautista / Andrea Sánchez y Nataly Polanco: Jornadas atípicas en la minería y la Covid 19 201
Introducción 202
1. Jornada atípicas en la minería 203
1.1. Antecedentes 204
1.2. Cambios a propósito de la Covid 19 206
2. Legalidad de las jornadas atípicas por Covid 19 en la minería 226
3. Conclusiones y propuestas: 234
Bibliografía 237

André Jorge Cossio Peralta: "La nueva convivencia social en el trabajo": El derecho a la intimidad y la vigilancia de la salud de los trabajadores en tiempos del Covid-19 243
Introducción 243
I. El plan de reanudación de actividades y los planes de vigilancia, prevención y control de Covid-19 en el Trabajo 245
II. El deber de prevención del empleador reforzado 248
III. La compleja relación entre la intimidad personal del trabajador y la prevención y control de Covid-19 en el lugar de trabajo 251
IV. Hacia la "Nueva Convivencia Social en el Trabajo" 256
Reflexión final 259
Bibliografía 260

Ma. Soledad Jofré Bustos / Ricardo Barona Betancourt / Fiorella P. Peyrone Villacorta: Seguridad y salud en el trabajo 263

SEGURIDAD SOCIAL

Leopoldo Gamarra Vílchez: Situación actual y necesidad de reforma del sistema de pensiones en el Perú en el contexto latinoamericano 273
1. Introducción 274
2. El contexto latinoamericano: el *péndulo* de la privatización de los 90 a la reversión al sector público en los 2000 274

2.1. La reforma total con la reversión del sistema privado al público..... 275
2.2. La reforma parcial con cambios en el sistema privado de pensiones 277
3. La reforma necesaria y estructural del sistema de pensiones en el Perú 279
3.1. La realidad del sistema de seguro de pensiones 279
3.2. Causas del fracaso del modelo del seguro contributivo de pensiones... 283
3.3. Propuesta de reforma: crear un sistema multipilar de pensiones..... 287
4. A modo de conclusión 291
5. Referencia bibliográfica 292

TENDENCIAS: JORNADA, TRABAJO A DISTANCIA Y DESCONEXIÓN DIGITAL

Bruno Sande / Jaddy Ladrón de Guevara Landa / Javier Suárez: Regulación del Tiempo de Trabajo y los desafíos para Latinoamérica: Perú, República Dominicana y Uruguay..... 297
I. Introducción 298
II. Antecedentes de la regulación del tiempo de trabajo en Latinoamérica 298
1. Perú 298
2. República Dominicana..... 300
3 Uruguay..... 304
III. ¿Cómo se está regulando las jornadas de trabajo en contexto Covid-19?.... 307
1. Perú 307
2 República Dominicana..... 309
3 Uruguay..... 311
IV. Conclusiones..... 313
V. Desafíos de la regulación del tiempo de trabajo 314

Willy Monzon Zevallos: El impacto del teletrabajo en el hogar a partir del Covid-19..... 317
1. Introducción 318
2. La tecnología como herramienta de descentralización productiva 318
3. El teletrabajo y el hogar como centro de trabajo 320
4. El impacto del teletrabajo en el hogar..... 323
5. El tiempo de trabajo en el hogar..... 326

6. El control del teletrabajo 329
7. Conclusiones..... 331
8. Bibliografía 332

César Puntriano Rosas: La desconexión digital: alcances y regulación en el Perú 335
1. La ordenación del tiempo de trabajo: de la jornada máxima a la desconexión digital..... 335
2. Nociones conceptuales sobre la desconexión digital y debate sobre la necesidad de su regulación..... 340
3. La regulación comparada de la desconexión digital..... 344
4. Alcances de la normativa vigente en el Perú..... 348
5. Conclusiones..... 356
6. Bibliografía 357

Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Laborem

N.º 23/2020

LA PANDEMIA, EL DERECHO DEL TRABAJO Y LAS RELACIONES LABORALES

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

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.

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 jurídica[2]. 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 riesgos[3]. 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 Mora[9] 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

- 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 claúsulas resolutivas 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 Penalva[12], 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 definitoriamente 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 irresarcibles, 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 civil[15]; 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 civil[16].
- 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 Ramón 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 ajenidad 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.° del Decreto Legislativo N.° 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 definición[31] 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 Nº 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/mtpe-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 normativas[44].

- 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 tamaña 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 8/2020[47], 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_Anual_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.

TRABAJO DECENTE EN TIEMPOS DE CRISIS POR EL COVID-19

Katherine Johanna Durand Bustamante*

"La reconstrucción de una sociedad desgarrada dista mucho de ser una tarea sencilla. Muy a menudo, la mayor dificultad reside en restaurar en la población el sentido de la oportunidad, de la dignidad y de la esperanza".
Política de las Naciones Unidas sobre la creación de empleo, la generación de ingresos y la reintegración en la sociedad después de un conflicto
La generación de empleo de calidad es decisiva para construir sostenibilidad y paz.

El trabajo humano y digno, concebido como uno que reúne derechos de contenido indisensable para enunciar tales caracteres, atraviesa dificultades en escenarios como el presente. Por ello, estudios que vuelvan a lo esencial del concepto del trabajo decente resultan oportunos y necesarios. Así, el artículo presentado por la autora introduce una reflexión sobre el trabajo decente en la presente crisis y el escenario posterior.**

Sumario: I. Introducción. **II.** Trabajo decente y la universalización de derechos laborales fundamentales. **III.** Trabajo decente en el 2008 y la crisis financiera. **IV.** COVID-19: Una crisis del tipo desastre. **V.** Escenario postcrisis: una oportunidad de resiliencia. 1. La propuesta de la OIT: Principios del trabajo decente en el contexto del COVID-19. 2. Reflexiones sobre medidas relativas al trabajo decente como herramienta de resiliencia en el contexto del COVID-19. **VI.** Conclusión.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Segunda Especialidad por la misma universidad y Maestría en Políticas Públicas, con especialidad en Justicia Social y Derechos Humanos por Central European University (Hungría/Estados Unidos.)

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

I. Introducción

El trabajo decente es un reconocimiento de la humanidad por encima de la posición de trabajadores. Busca lograr condiciones en las que el trabajo sea un medio seguro y acorde para desarrollar las capacidades y el bienestar de las personas. Con empleos de calidad para todos, la población convive en paz. Este, sin embargo, es un sueño aun (bastante) utópico.

El COVID-19 nos ha remecido como sociedad a nivel global forzándonos a evaluar la política pública que tenemos sobre la mesa y si ésta realmente gira en torno a lo que es mejor para las personas. Una vez más, la realidad nos expone a revisar las instituciones que tenemos y la forma en que éstas pueden ayudarnos a reconstruir y seguir.

Este ensayo examina la construcción del concepto de trabajo decente, cómo este desde sus inicios se constituyó en un término dinámico ligado a contextos de crisis y brinda algunas reflexiones sobre su importancia en el contexto actual. Hoy en día ese dinamismo es vital para canalizar esa concepción "idealista" del trabajo en una herramienta de resiliencia.

II. Trabajo decente y la universalización de derechos laborales fundamentales

El origen de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se remite a una situación de postcrisis, año 1919 tras el fin de la primera guerra mundial y la suscripción del Tratado de Versalles. En 1944, cuando la segunda guerra mundial estaba llegando a su término, se adoptó la Recomendación OIT No. 71, sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), la que como su nombre indica, fue el primer instrumento que, en materia de relaciones laborales, abordó las necesidades de empleo en el escenario de postguerra[1].

Hacia fines de la década de los noventa, ante el fenómeno de la globalización y el avance del comercio mundial impulsados tras el término de la Guerra Fría, se requerían esfuerzos para evitar la mercantilización del trabajo que olvida el componente más elemental de la fuerza del trabajo que es el humano y, como tal, el respeto de su dignidad[2]. De allí la necesidad de pensar en un articulado de

1 Principalmente, las necesidades de empleo que tenían los prisioneros de guerra, los soldados que regresaban de la guerra y las personas que habían sido deportadas durante la guerra.

2 A nivel regional, un ejemplo concreto fue la constitución del MERCOSUR el 26 de marzo de 1991,

disposiciones laborales mínimas que pudiesen ser útiles a nivel global, sentados sobre las bases de una civilización democrática.

La OIT era la llamada a actuar por su competencia en materia de trabajo y por los valores que propugna por lo que, reconociendo la importancia de la globalización de los mercados, debía encontrar el espacio para reforzar la necesidad de la también importancia global de los derechos.

Las iniciativas en la búsqueda por "normas laborales fundamentales" se concretó en la *Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo* de la OIT aprobada en junio de 1998. Esta Declaración fue la culminación de un largo debate en la OIT sobre la dimensión social del comercio internacional, lo que antes había sido enmarcado dentro de la llamada "cláusula social"[3].

En esta Declaración se reconocieron los principios y derechos fundamentales en el trabajo mencionando en ella cuatro grupos de derechos: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y, d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Esta regulación laboral mínima indispensable se aplica aun cuando un país no haya ratificado los Convenios OIT relativos a los mismos[4], logrando ser recogidos en otros instrumentos sobre la economía como los lineamientos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Pero esto no fue suficiente. La globalización generó diversas transformaciones peyorativas en las relaciones laborales como la precarización y alza de las tasas de desempleo, la flexibilización en el mercado de trabajo (tendencia a la inestabilidad y altas tasas de rotación), la tendencia a la desprotección laboral en la normatividad y el debilitamiento del sindicalismo y las negociaciones colectivas, entre otros[5].

---

vinculando a Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay en una zona de libre comercio y de un arancel común externo para, como bloque, relacionarse con el resto del mundo. En estos inicios, el tema social no estuvo presente.

3 RODRIGUEZ MANCINI, Jorge (2004). "Los derechos fundamentales en el ámbito internacional." *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. Buenos Aires: Astrea, pp. 299-309, 300, citando a VON POTOBSKY, Geraldo, *Tendencias del derecho del trabajo (Crónica internacional), TSS, 1998-758.*

4 Cabe señalar que esta idea no fue exenta de críticas como el hecho de que su formación constituía una suerte de aceptación por la OIT de reducir su prédica a unos pocos Convenios.

5 CURI PORTOCARRERO, Percy (2016). *El Trabajo Decente. Hacia la construcción de una definición operativa a partir de sus fundamentos*. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho del Trabajo y

La desigualdad social y la situación precaria laboral[6] en muchos países que seguía primando por la globalización y el valor mayor de las mercancías sobre las personas, obligó a pensar en un paso cualitativo (relacionado a la idea de un empleo de calidad) que estableciera no solo "un mínimo civilizatorio en materia laboral, sino un estándar de adecuación de la normativa estatal y colectiva sobre las relaciones de trabajo."[7]

Un año después en 1999, el director de la OIT propuso en la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el *Programa de Trabajo Decente*. Este programa ampliaba las primeras normas laborales fundamentales, introduciendo el término de trabajo decente definiéndolo como el "trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social" y que debe orientarse hacia los cuatro objetivos estratégicos de la OIT que son: a) la promoción de los derechos laborales; b) la promoción del empleo; c) la protección social contra las situaciones de vulnerabilidad; y, d) el fomento del diálogo social.

El concepto fue desde entonces desarrollado dinámicamente, desde la original concepción con alto contenido ético, pasando por mayor precisión sobre qué es un empleo de calidad, los derechos laborales involucrados incluyendo la protección social, la libertad sindical, y la democratización de las relaciones laborales[8]. El dinamismo reflejado desde su formulación constituye un factor clave para su aplicación en tiempos de crisis.

En efecto, la noción de trabajo decente "admite diferentes estadios y etapas"[9] por lo que puede usarse en todos los países, emergentes, en vías de desarrollo o en los más industrializados, por cuanto busca no solo constituirse en una propuesta de lo que debería lograrse, sino también en una medida de diagnóstico que permite evaluar la situación actual empleando para ello ciertos indicadores que

de la Seguridad Social. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

6 Consideraciones sobre trabajo precario en: PERELLÓ GÓMEZ, Nancy (2014). "Trabajo decente y trabajo precario. Caso Venezuela." *Revista Gaceta Laboral.* Zulia, volumen 20, número 3, pp. 181-197.

7 BAYLOS GRAU, Antonio (2016). "Sobre el Trabajo Decente: La Formación Del Concepto". *Derecho & Sociedad Asociación Civil*. Lima, número 46, pp. 15-24, 20.

8 ESPINOZA, Malva (2003). *Trabajo decente y protección social.* Oficina Internacional del Trabajo / Central Unitaria de Trabajadores de Chile. Santiago. Consulta: 18 de mayo de 2020. http://www.escuelasindical.org/blog/wp-content/uploads/2006/11/trabajo-decente-oit.pdf

9 BAYLOS GRAU, Antonio (2016). óp. cit., pp. 22.

permiten la generación de datos tan necesarios para el análisis de políticas públicas y su comparación nacional e internacional[10].

III. TRABAJO DECENTE EN EL 2008 Y LA CRISIS FINANCIERA

Quizás la crisis global más conocida y reciente previa al COVID-19 fue la crisis financiera del año 2008. Los Estados Unidos[11] y el continente europeo[12] sufrieron especialmente las consecuencias de esta; y, sin embargo, muchas de esas naciones años más tarde lograron restablecer sus economías. Una crisis como esta, centrada en el impacto a la economía tendría irremediablemente su conexión con el mercado de trabajo.

El contexto evidenció la necesidad de reconocer oficialmente el trabajo decente. Por ello, en junio de 2008, la OIT adoptó la *Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa*, que constituye la tercera declaración importante de políticas y principios adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo (después de la *Declaración de Filadelfia* de 1944 y la *Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo* de 1998). Esta Declaración se centra en la globalización y reconoce el concepto de trabajo decente desarrollado por la OIT en 1999:

> El trabajo decente sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres.[13]

Alineados con la primigenia definición de 1999, el *Programa de Trabajo Decente* se compuso de cuatro pilares estratégicos: a) Normas y derechos laborales en

10 Los indicadores no han estado exentos de críticas por ser considerados no precisos desde una óptica econométrica. Sin embargo, no es finalidad de este ensayo entrar a este debate.

11 STIGLITZ, Joseph (2009). "Crisis mundial, protección social y empleo". Revista Internacional del Trabajo. Volumen 128, número 1-2 (junio), pp. 1-15.

12 SARFATI, Hedva (2013). "Reflexiones sobre el tratamiento de la crisis del empleo en Europa". Revista Internacional del Trabajo. Volumen 132, número 1, pp. 163-177.

13 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Trabajo decente*. Consulta: 18 de mayo de 2020. https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm

el trabajo; b) Creación de empleo y desarrollo empresarial; c) Protección social; y, d) Promoción del diálogo social (tripartismo). Estos cuatro objetivos se declaran inseparables, interrelacionados y de refuerzo mutuo.

Los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) de la ONU incluyó el concepto la noción de trabajo decente sin mayor protagonismo pues figuró como una de las metas del objetivo de erradicar la pobreza extrema y el hambre. El término adquirió una importancia significativa cuando en 2015 se agregó finalmente como un objetivo específico (Número 8) entre los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), "promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas"[14], el cual además se encuentra conectado interconectado con otros objetivos.

IV. COVID-19: Una crisis del tipo desastre

A nivel internacional se manejan diversos términos para describir una "crisis". Uno de ellos comprende el concepto de desastre. Un desastre es una seria interrupción en el funcionamiento de una sociedad que ocasiona una gran cantidad de muertes al igual que pérdidas e impactos de diverso tipo como materiales o económicos y que exceden la capacidad de la sociedad afectada para hacer frente a la situación mediante el uso de sus propios recursos[15]. Los desastres pueden surgir de riesgos naturales biológicos como el caso del COVID-19; y, pueden tratarse de una emergencia de evolución lenta o de una súbita como la de esta pandemia.

El COVID-19 tiene consecuencias directas sobre la situación sanitaria de los países; sin embargo, su aparición ha puesto en evidencia otros factores de fragilidad[16] que exponen a que la crisis se agudice. Así, si bien el COVID-19 es un factor exógeno (pues es una pandemia que incide sobre la salud), en nuestro

14 PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO – PNUD (2015). *Transformar nuestro mundo: La agenda 2030 para el desarrollo sostenible*. Consulta: 22 de mayo de 2020. https://www.undp.org/content/dam/argentina/Publications/Agenda2030/PNUDArgent-DossierODS.pdf

15 UNITED NATIONS INTERNATIONAL STRATEGY FOR DISASTER REDUCTION – UNISDR – ESTRATEGIA INTERNACIONAL PARA LA REDUCCIÓN DE DESASTRES DE LAS NACIONES UNIDAS (2009). Terminología sobre Reducción del Riesgo de Desastres. Consulta: 23 de mayo de 2020.

16 JÜTERSONKE, Oliver; KOBAYASHI, Kazushige y otros (2015). *Employment and Decent Work in Fragile Settings: A Compass to Orient the World of Work*. Centre on Conflict, Development and Peacebuilding (CCDP) Graduate Institute of International and Development Studies. Ginebra. Consulta: 10 de mayo de 2020.

país hay una serie de factores endógenos que complican el escenario, tales como, instituciones públicas ineficientes, desigualdades socioeconómicas y marginación.

Estos factores de fragilidad son una realidad e impiden acceder al trabajo decente. Quizá su máxima expresión sea el trabajo rural, en donde las situaciones de fragilidad como servicios básicos precarios, degradación ambiental y la consecuente inseguridad alimenticia e inexistencia del Estado[17], son preexistentes a la pandemia y se agudizan con la misma.

Ciertamente, el mayor desarrollo de la doctrina se realiza a partir de la idea de crisis como conflicto bélico o armado; no obstante, muchos de esos parámetros son útiles para analizar en contextos de desastres biológicos como el COVID-19.

V. Escenario postcrisis: Una oportunidad de resiliencia

Si bien es aun temprano para indicar que estamos en la etapa postcrisis, a estas alturas está ya claro que el COVID-19 provocará en el 2020 la mayor crisis económica que, en el caso de América Latina y el Caribe en su conjunto, ha experimentado en toda su historia, con una contracción estimada del PIB regional del 5,3%[18]. Esto lejos de asustarnos, debe llamarnos a pensar en qué viene después de superada la peor parte.

En un escenario de postcrisis es vital que en la sociedad afectada se realice un mapeo que permita efectuar un diagnóstico de la situación actual. Se requiere identificar todos aquellos aspectos y poblaciones que han sufrido, a distintos niveles e intensidad, el impacto y/o las consecuencias negativas de la crisis, a fin de obtener la data necesaria para el planeamiento de recuperación y con ello determinar la necesidad de apoyo en materia de políticas, desarrollo institucional y capacidad de afrontamiento en diversas etapas.

Un aspecto probable por encontrar es, por ejemplo, mayor disponibilidad de las capacidades humanas y la mano de obra calificada[19] ya sea por pérdida total o parcial de sus empleos o de sus ingresos producto de reducciones salariales

17 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2017). *Empleo y trabajo decente en situaciones de fragilidad, conflicto y desastre.* Ginebra. Consulta: 10 de mayo de 2020.

18 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE Y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2020), "El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)", Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe, No. 22 (LC/TS.2020/46), Santiago.

19 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2017). Loc. cit.

o licencias sin contraprestación; sin embargo, se trata de trabajadores que muy posiblemente no tendrán representación organizada o esta será muy débil como consecuencia de la afectación social o económica. Detectar esta situación podrá dar paso a sumar esfuerzos para reforzar la cohesión social que, de hecho, puede aumentar en el período inmediatamente posterior a una crisis, porque las organizaciones civiles y las estructuras sociales existentes suelen buscar ayudar a las personas y recuperarse. La cohesión social a nivel comunitario sienta las bases para replicar tal modelo en las relaciones laborales.

De la misma manera, todos los problemas que se identifiquen tras la crisis pueden ser leídos buscando una oportunidad de resiliencia. El concepto de resiliencia ha cobrado gran importancia en los últimos años ya que propone la oportunidad de transformación ante un episodio negativo. En contexto de crisis, se puede definir a la resiliencia como la capacidad del sistema o sociedad que vive la crisis, para resistir, absorber, adaptarse y recuperarse de sus efectos de manera oportuna y eficaz, lo que incluye la preservación y la restauración de sus estructuras y funciones básicas[20], que comprende el apoyo al desarrollo económico y social buscando la reducción de las situaciones de vulnerabilidad.

VI. El trabajo decente como herramienta de resiliencia

El fortalecimiento de la resiliencia consiste en planificar a largo plazo, incorporar una cultura de intercambio, aprendizaje y pruebas, adoptar un enfoque más integrado a la gestión de los riesgos y tener en consideración las partes más débiles de todo el sistema[21].

La adopción de un enfoque de resiliencia en el mundo del trabajo requiere la participación de los actores de los sectores público y privado, en particular del gobierno, las organizaciones de trabajadores, las empresas, la sociedad civil y los agentes de desarrollo económico local.

En junio de 2017, la OIT aprobó la Recomendación No. 205 que proporciona orientaciones sobre las medidas que se puedan adoptar para generar empleo y trabajo decente para la prevención, recuperación, paz y resiliencia ante las situaciones de crisis provocadas por los conflictos y los desastres. Esta Recomendación

20 UNITED NATIONS INTERNATIONAL STRATEGY FOR DISASTER REDUCTION – UNISDR – ESTRATEGIA INTERNACIONAL PARA LA REDUCCIÓN DE DESASTRES DE LAS NACIONES UNIDAS (2009). Loc. cit.

21 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2017). Loc. cit.

sustituyó a la Recomendación No. 71 sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), constituyéndose en el único marco normativo internacional vigente que ofrece orientación para consolidar la paz y la resiliencia mediante el empleo y el trabajo decente[22] en contexto de crisis. La Recomendación no ha sido aprobada por el Perú, pero sus lineamientos suman en las consideraciones a seguir tras un escenario de crisis como el actual.

1. La propuesta de la OIT: Principios del trabajo decente en el contexto del COVID-19

En medio de la crisis, la OIT ha propuesto la existencia de pilares fundamentales en la lucha contra el COVID-19, los mismos que pueden alinearse en correspondencia con los objetivos estratégicos del *Programa de Trabajo Decente*, como resumimos en el cuadro siguiente:

Objetivos estratégicos		**Respuesta específica ante el COVID-19[23]**
Objetivo	**Definición**	
Promoción y aplicación de derechos laborales en el trabajo	Se refiere a los principios y derechos fundamentales que deben estructurar el mundo del trabajo y que, transversalmente, se necesitan para cumplir los otros objetivos. En particular, se reconoce la especial importancia de la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva.	
Creación de empleo y desarrollo empresarial	El trabajo decente requiere un entorno sostenible y económico en el que las personas puedan ser productivas no solo para el beneficio de los empleadores, sino también para su realización personal y el bienestar común. Además, las empresas y la sociedad deberían perseguir el crecimiento económico junto con el progreso social.	Estimular la economía y el empleo a través de una política fiscal activa, una flexible política monetaria y préstamos y ayuda financiera a sectores específicos, incluido el sector de la salud.
		Apoyar a las empresas, el empleo y los ingresos mediante la extensión de la protección social a toda la población, la aplicación de medidas de mantenimiento del empleo y el ofrecimiento a las empresas de ayuda financiera/fiscal y otros medios de alivio.

22 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y OFICINA DE ACTIVIDADES PARA LOS TRABAJADORES - ACTRAV (2018). *Recomendación núm. 205 sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia: ¿Qué papel desempeñan los sindicatos? – Reseña de políticas de OIT ACTRAV*. Ginebra. Consulta: 10 de mayo de 2020. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_654167.pdf

23 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2020). *Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el mundo del trabajo. Tercera edición. Estimaciones actualizadas y análisis*. Consulta: 23 de mayo de 2020. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_743154.pdf

Objetivos estratégicos		Respuesta específica ante el COVID-19[23]
Objetivo	**Definición**	
Seguridad social y protección laboral	El trabajo decente exige seguridad social, sueldo mínimo y condiciones de trabajo saludables y seguras para todos.	Proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo reforzando las medidas de seguridad y salud en el trabajo, adaptando las modalidades de trabajo (por ejemplo, con el teletrabajo o trabajo remoto en el caso peruano), previniendo la discriminación y la exclusión, proporcionando acceso a la salud a todos y ampliando el recurso a una licencia remunerada.
Promoción del diálogo social (tripartismo)	Se refiere al diálogo social como pilar indispensable para garantizar un trabajo decente. A través de él, las leyes, políticas y regulaciones laborales pueden adaptarse e implementarse a diversas realidades y países.	Buscar soluciones mediante el diálogo social a través del fortalecimiento de la capacidad y la resiliencia de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, el fortalecimiento de la capacidad de los gobiernos y el fortalecimiento del diálogo social[26], la negociación colectiva y las instituciones y mecanismos de las relaciones laborales.

Tabla 1 Principios del trabajo decente y respuestas ante el COVID-19. Elaboración propia.

Evidentemente, bajo el rol de garante de las relaciones laborales, la OIT interviene haciendo referencia a principios y derechos fundamentales; sin embargo, se necesita dar mayor contenido y reflexiones a los diferentes aspectos que resultan importantes para el análisis de la promoción del trabajo decente.

2. Reflexiones sobre medidas relativas al trabajo decente como herramienta de resiliencia en el contexto del COVID-19

La pregunta entonces es fundamental, ¿cómo puede el trabajo decente servir como instrumento de resiliencia en la crisis ocasionada por el COVID 19? Primero, debe tomarse en cuenta que los conflictos y el trabajo se refuerzan mutuamente[25]. Así como la falta de trabajo (desempleo) o las malas condiciones de este pueden sumar como desestabilizadores de la situación; contrariamente, el trabajo decente puede ayudar a la consolidación de la justicia social.

Segundo, la política pública debe incluir un planeamiento que tome en cuenta: (i) una etapa de estabilización, en el que busque estabilizar la generación de in-

24 Sobre la importancia de fortalecer a los interlocutores sociales para mayor efectividad del diálogo social: SERVAIS, Jean-Michel (2004). "Política de trabajo decente y mundialización. Reflexiones sobre un planteamiento jurídico renovado". Revista Internacional del Trabajo. Volumen 123, número 1-2, pp. 215-238.

25 PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2015). *Human Development Report 2015 – Work for Human Development.* Nueva York. Consulta: 23 de mayo de 2020.

gresos y el acceso a las necesidades sociales básicas; (ii) una etapa de reintegración, en el que se realicen los esfuerzos necesarios para la recuperación económica que permita la creación de oportunidades de empleo, institucionalidad y con ello la reintegración; y, (iii) una etapa de transición, que apunte a la creación de trabajo decente y sostenible[26].

Quizá el reto más grande en el caso peruano, como en muchos países en vías de desarrollo, pase por sentar las bases para una transición de una economía predominante informal, mermada aún más por la crisis, a una formal. En ese contexto, significativa importancia representa el establecer políticas para el desarrollo productivo y sostenible las micro y pequeñas empresas que constituyen uno de los motores centrales de la economía.

Tercero, transversalmente, dado que las crisis golpean siempre con mayor dureza a las personas vulnerables y marginadas, para lograr la justicia social empleando el trabajo decente es necesario que estos grupos de la sociedad sean identificados, escuchados y atendidos. Esto es consecuencia de cualquier Estado que reconozca el derecho de igualdad y la democracia.

El crecimiento económico y la anhelada reducción de la pobreza luego de una crisis exige que no se pierda de vista los casos de discriminación, acoso, violencia, trabajo infantil, trabajo forzoso, las condiciones de trabajo intolerable[27] y cualquier situación que menoscabe la dignidad del trabajador, especialmente en cuanto corresponde a las mujeres, los adolescentes, las personas con habilidades especiales o discapacidad, los adultos mayores, trabajadores migrantes, entre otros. Este momento puede ser crucial para trabajar en la promoción de empleos productivos que empoderen a estas poblaciones[28], así como en los cambios que sean necesarios para una promoción del trabajo decente que permita su inclusión sostenible.

Cuarto, resulta útil identificar ciertas atribuciones en función a los diversos actores de la sociedad; sin perjuicio de que la planificación incluya a su vez sus respectivos plazos de supervisión y evaluación de la política pública.

26 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2009). *Policy for Post-Conflict Employment Creation, Income Generation and Reintegration. Política de las Naciones Unidas sobre la creación de empleo, la generación de ingresos y la reintegración en la sociedad después de un conflicto*. Ginebra. Consulta: 15 de mayo de 2020.

27 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2017). Loc. cit.

28 PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2015). *Panorama general: Informe sobre Desarrollo Humano 2015 – Trabajo al servicio del desarrollo humano*. Nueva York. Consulta: 23 de mayo de 2020.

- *Autoridades gubernamentales a nivel nacional*. Las opciones de política alineada con el trabajo decente requieren que en el escenario postcrisis, se establezcan y administren servicios sociales básicos[29] para toda la población. Además, de analizar cuáles y de qué forma las políticas implementadas durante la crisis pueden seguir funcionando en el escenario posterior (relativas, por ejemplo, a la protección de los trabajadores en el lugar de trabajo, a la actividad económica y la demanda de mano de obra, y al apoyo al empleo y al mantenimiento de los ingresos)[30].

  Los diversos sectores que conforman el gobierno pueden procesar información conjunta y sistematizarla para identificar qué procesos físicos, económicos y/o empresariales deben priorizarse y qué combinación de intervenciones puede necesitarse[31]. Este análisis debe ir de la mano de la concertación social para legitimar el proceso que busca ser integrador[32].

- *Participación de las organizaciones sindicales*. Reviste de especial trascendencia que las organizaciones sindicales se adapten al nuevo contexto y desarrollen su capacidad para encontrar espacios de fortalecimiento de mecanismos democráticos en la toma de decisiones sobre todos los aspectos que los vinculen a ellos y a quienes representan.

- *Participación de las organizaciones de empresarios.* La organización de las empresas es indispensable para la creación y el desarrollo sostenible de estas, porque generan empleos y con ello ingresos, pero también porque ellas deben seguir operativas para el suministro de los bienes y servicios necesarios para la reactivación económica y el funcionamiento del país.

- *Organizaciones de derechos humanos nacionales e internacionales*. Deben buscar apoyar los procesos de transformación y fortalecimiento de los agentes sociales y las instituciones, para que la forma de actuación de aquellos pase de una ayuda humanitaria a una colaboración centrada en la recuperación y el desarrollo[33], esto es, enfocar la ayuda como una inversión[34]. La OIT ingresa

29 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2017). Loc. cit.
30 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE Y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2020). Loc. cit.
31 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2017). Loc. cit.
32 PERELLÓ GÓMEZ, Nancy (2014). "Trabajo decente y trabajo precario. Caso Venezuela." *Revista Gaceta Laboral.* Zulia, volumen 20, número 3, pp. 181-197.
33 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2017). Loc. cit.
34 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016). *Empleo para la Paz y la Resiliencia – Programa Mundial de Referencia.* Ginebra. Consulta: 20 de mayo de 2020.

en este grupo por lo que, como organismo tripartito que propugna el trabajo decente, debe colaborar con el desarrollo del diálogo social en el entorno frágil[35], así como con la cooperación técnica de su experiencia global.

- *Acción de las autoridades regionales y locales*. Indispensable que las autoridades locales, cercanas a la realidad de cada comuna, puedan intervenir de manera posterior a la crisis para hacer más efectivas las medidas[36], interviniendo con programas comunitarios específicos o focalizados. Por ejemplo, a través de alianzas con redes empresariales sostenibles o generando oportunidades de formación profesional para generar un impacto en el corto plazo y alcanzar credibilidad.
- *La sociedad civil.* Un necesario llamado de sensibilización de la ciudadanía sobre todo aquello que menoscaba los derechos de las personas, se constituye en un elemento importante en el camino hacia el trabajo decente en una crisis, pues conocen de primera mano las necesidades existentes y pueden denunciar las irregularidad, circunstancias o problemas que les afectan en los entornos laborales.

Quinto, va creciendo la idea de que es posible que, a corto y mediano plazo no podamos hablar aun de un mundo laboral postcrisis, sino de un mundo laboral con pandemia permanente[37]. Todas las cuestiones mencionadas deben entonces replantearse bajo esta óptica en donde la seguridad y salud en el trabajo cobra una importancia fundamental para las bases de las relaciones laborales.

El esfuerzo de conducir una política de reconstrucción y resiliencia desde el trabajo decente requiere sin duda de un enfoque multisectorial y bastante, por decir lo menos, ambicioso.

VII. Conclusión

El trabajo decente entiende al trabajo como fuente de dignidad humana, buscando el crecimiento económico, pero garantizando empleos sostenibles y una

35 OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016). *Informe V (1) Empleo y trabajo decente para la paz y la resiliencia. Revisión de la Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), 1944 (núm. 71).* Ginebra. Consulta: 18 de mayo de 2020.

36 GASSER, Martin; SALZANO, Carmela y otros (2004). *Desarrollo económico local en situaciones de post-crisis: Guía operacional*. Ginebra. Consulta 20 de mayo de 2020.

37 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE Y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2020). Loc. cit.

sociedad inclusiva. El concepto que calificamos de idealista en las primeras líneas encierra mucho más que un contenido eminentemente ético, y se convierte en una herramienta de contenido dinámico que permite analizar los diversos escenarios para buscar diversos ejes a considerar en un escenario de reconstrucción después de una crisis.

Toda crisis otorga una oportunidad de transformación. El COVID-19 no es la excepción. Superada la dolorosa realidad de pérdidas humanas, así como los daños económicos, sociales, culturales y políticos, esta crisis ofrece también la posibilidad de cambio. Reflexiones en torno al trabajo decente para fijar la política pública postcrisis en materia de las relaciones de trabajo, se muestra como un esfuerzo importante para contribuir a romper los ciclos de fragilidad y alcanzar la consolidación de la paz en la forma más amplia de la palabra, una sociedad que encuentra con el trabajo digno su real bienestar.

Estos párrafos han buscado sumar un tanto a ese fin de analizar el trabajo decente como una herramienta de resiliencia para el futuro que nos toca afrontar. Al final de cuentas, muchos tenemos la misma meta, reconstruir de la mejor manera que podamos encontrar.

TRABAJO DOMÉSTICO NO REMUNERADO EN TIEMPOS DE COVID-19

Valeria Galindo Valer* y
Renato Mejía Madrid**

En este artículo, Valeria Galindo y Renato Mejía abordan el compleja realidad del trabajo doméstico no remunerado desde su desregulación en el ordenamiento jurídico nacional, pasando revista de problemas vinculados al mundo del trabajo que esto genera, todavía más en el contexto de la crisis existente.***

Sumario: I. Introducción. **II.** Causas de la tensión entre el trabajo y la vida familiar. **III.** Impacto de la crisis en el empleo y los hogares. **IV.** ¿Y ahora qué? Oportunidades para políticas públicas e iniciativas privadas. **V.** Conclusión.

1. Introducción

Los trabajadores, y en particular las trabajadoras, enfrentan enormes tensiones para conciliar trabajo y vida familiar; y si bien la tensión entre el trabajo y la vida familiar no es un problema nuevo, lo cierto es que la progresiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, sin la correspondiente distribución equitativa del trabajo doméstico no remunerado (TDNR) entre hombres y mujeres, lo ha hecho más visible en las últimas décadas; y en particular en estos últimos meses en los que, a fin de prevenir y controlar el contagio del COVID-19, diversos gobiernos alrededor el mundo han tomado medidas de confinamiento, con lo

* Abogada. Socia en EY.
** Abogado.Socio en Vinatea & Toyama.
*** Sumilla hecha por los editores de Laborem núm. 23.

que en algunas familias la implementación del trabajo a distancia ha convertido a su hogar en el lugar de trabajo, en muchas la implementación de la educación a distancia ha convertido su hogar en el centro educativo, y en otras el cuidado de un familiar infante, anciano, con discapacidad o enfermo con posibilidades limitadas de acceder a servicios públicos o privados de cuidado; intensificando y evidenciando el TDNR entre sus miembros.

Esta tensión entre el trabajo y la vida familiar suele ser resuelta en el seno de la familia, sin intervención del Estado o de los empleadores y los sindicatos, salvo contadas excepciones, insuficientes y de alcance limitado. Ello a pesar de que los beneficios que significa la incorporación de la mujer al mercado de trabajo para la economía nacional y las empresas y, más aún, de los beneficios que puede significar su decisiva participación en la resolución de dicha tensión.

2. Causas de la tensión entre el trabajo y la vida familiar

Son diversas las causas de la tensión entre el trabajo y la vida familiar. A la distribución inequitativa del TDNR entre hombres y mujeres se suman otras como el envejecimiento de una población que requiere más cuidado, los cambios en la estructura familiar al disminuir las familias numerosas e incrementarse las monoparentales, la flexibilidad laboral e informalidad, etcétera. En el presente trabajo nos centraremos en aquéllas que tienen directa incidencia en la inequitativa distribución del TDNR.

2.1. El modelo de reparto social de trabajo: El hombre proveedor

Todas las personas, a lo largo de nuestra vida, requerimos de la provisión de bienestar a través de la satisfacción de nuestras necesidades: alimentación, salud, educación, trabajo, vivienda, etc. La satisfacción de estas puede encontrarse a cargo del Estado, del mercado, de las familias, o de organizaciones sin ánimo de lucro, con mayor o menor participación de unos sobre otros en función del modelo de bienestar adoptado en cada país[1].

1 En el debate académico sobre la tipificación de los regímenes de bienestar, probablemente el enfoque más influyente sea el de Gosta Esping-Andersen. Cfr. ESPING-ANDERSEN, Gosta. The three worlds of welfare capitalism. Princeton: Princeton University, 1990. También: ESPING – ANDERSEN, Gosta. Social foundations of post-industrial economies. Londres: Oxford University, 1999. Considerando que las sociedades han ido construyendo el bienestar a través de la interacción

Lo cierto es que, con independencia del modelo de bienestar adoptado, las familias suelen tener un rol gravitante en el bienestar de las personas, y en particular de aquéllas que requieren mayor cuidado: infantes, niños, enfermos, personas con discapacidad o ancianos.

La distribución del TDNR vinculado a la provisión de dicho bienestar (preparación de alimentos, educación de los hijos, cuidado de las personas, cuidado del hogar, etc.) responde, en sociedades patriarcales como la nuestra, a un modelo de reparto social del trabajo en función del género, en el que el hombre asume el rol de "proveedor" realizando "trabajo productivo" o trabajo remunerado fuera del hogar, y la mujer realiza el "trabajo reproductivo" o TDNR dentro del hogar. Dicho trabajo es, además, socialmente minusvalorado por considerarse natural, inseparable y normal para las mujeres, al punto de hacerlo invisible y no considerarlo realmente un trabajo.

Este modelo se sostiene sobre diversos supuestos: que el hombre cuente con un trabajo estable y a tiempo completo; que la mujer permanezca la mayor parte del tiempo en la casa, concentrada en el cuidado de su familia y renunciando a la independencia económica; y que la familia sea biparental y con matrimonios estables.

Hoy, la realidad dista de los supuestos que soportan este modelo. sin embargo, el modelo de reparto del trabajo se ha mantenido prácticamente incólume, creciendo la participación de la mujer en el trabajo productivo sin que ello suponga necesariamente una mayor participación del hombre en el TDNR, o la intervención suficiente del Estado, los empleadores o los sindicatos, con la finalidad de replantear o sustituir dicho modelo.

---

entre el Estado, el mercado y la familia, Esping-Andersen propone la identificación de tres tipos de regímenes de bienestar para los países desarrollados: el liberal o residual, que asocia un alto grado de mercantilización del bienestar con residualismo público y un papel marginal de las familias, al ser el individuo el principal responsable de su bienestar; el conservador o corporativo, que asocia un fuerte grado de familiarismo con un papel marginal del mercado y un rol subsidiario del Estado en la provisión de bienestar; y el socialdemócrata, que asocia una fuerte creación de instituciones públicas con un alto grado de desmercantilización y de desfamiliarización, manteniendo el mercado y las familias un papel marginal en la provisión de bienestar. En países en desarrollo como los latinoamericanos se debate el rol que cumple la economía informal en la provisión de bienestar y cómo la inclusión de dicho eje caracteriza los modelos de bienestar en dichos países. Cfr. DEL VALLE, Alejando. Informalidad y modelos de bienestar en América Latina. En: Política y Sociedad. No. 3. Volumen XLVII. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2010; y UBASART-GONZÁLEZ, Gemma y MINTEGUIAGA, Analía. Esping – Andersen en América Latina: El estudio de los regímenes de bienestar. En: Política y Gobierno. No. 1. Volumen 24. Ciudad de México: Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2017.

2.2.La inequitativa distribución del trabajo doméstico

La medición del uso de tiempo permite conocer la cantidad de tiempo que los hombres y las mujeres destinan a la realización de distintos tipos de actividades como el trabajo remunerado, el TDNR, el trabajo comunitario, el tiempo libre y las actividades personales; y comprobar la persistencia del modelo social de reparto de trabajo.

La distribución del tiempo y su dedicación a un tipo de actividad u otro, guardan relación con la posición que los individuos ocupan en la sociedad, el papel que se espera que desempeñen y las distintas situaciones y condiciones sociales en que los individuos se encuentran, siendo el género un elemento fundamental de las mismas. Por eso, los hombres y las mujeres tienen distribuciones de los tiempos diferentes y desiguales; sus dedicaciones a unos tiempos y a las actividades relacionadas con los mismos varían[2].

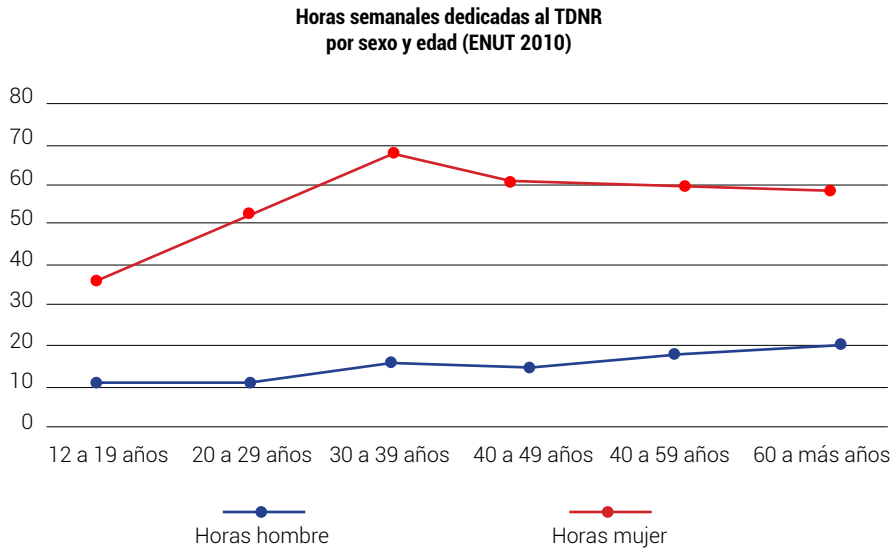
En efecto, de acuerdo con la Encuesta Nacional del Uso del Tiempo de 2010 (ENUT 2010), los hombres dedican más tiempo al trabajo remunerado (50:38 horas semanales contra 36:25 horas semanales que dedican las mujeres), y menos tiempo al TDNR (15:35 horas semanales contra 39:28 horas semanales que dedican las mujeres).

Así, las mujeres dedican casi tres veces más horas a la semana al TDNR, en comparación con los hombres. A detalle, las mujeres dedican más tiempo en el cuidado de niños (2.1 veces más tiempo), de adultos enfermos y discapacitados (1.9 más tiempo); la preparación de alimentos (3.4 más tiempo), y la limpieza del hogar (1.9 más tiempo). Los hombres solamente superan el tiempo de dedicación a actividades de reparación, construcción y mantenimiento de la vivienda (1.7 más veces), actividades que suelen ser eventuales dentro del TDNR.

Esa distribución inequitativa del trabajo acompaña a las mujeres desde temprana edad y durante toda su vida, marcando su trayectoria de vida personal y profesional.

2 ABRIL, Paco; Alfons ROMERO y Vicent BORRAS. Los hombres y sus tiempos: hegemonía, negociación y resistencia. Barcelona: Ajuntament de Barcelona, 2009; p.10.

Gráfico 1: Horas semanales dedicadas al TDNR por sexo y edad.

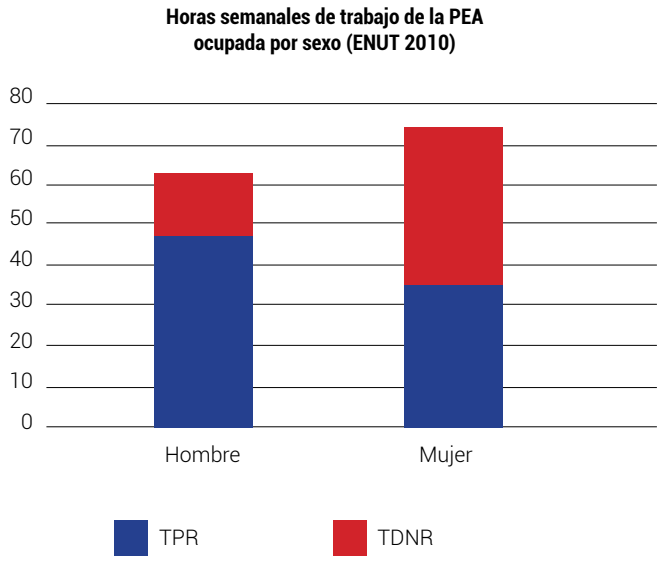


Así, en los rangos de edad que coinciden con las etapas vitales más productivas para el mercado de trabajo, las mujeres ven incrementado su tiempo de dedicación al TDNR, disminuyendo sus posibilidades de dedicar tiempo al trabajo remunerado; mientras el tiempo dedicado por el hombre al TDNR permanece casi constante en su edad productiva.

La situación no varía significativamente si las mujeres se incorporan al mercado de trabajo. Así, las mujeres desocupadas dedican 45:07 horas a la semana al TDNR, contra 37:06 horas que dedican las mujeres ocupadas; mientras que los hombres desocupados dedican 17:27 horas al TDNR, contra 16:16 horas que dedican los hombres ocupados.

Por ello, las mujeres realizan jornadas de trabajo más extensas que los hombres: si a las horas dedicadas por hombres y mujeres al trabajo remunerado, se suman las dedicadas al TDNR, las mujeres trabajan más horas que los hombres y tienen menos tiempo para su propia educación, salud, sindicación u ocio.

Grafico 2: Horas semanales de trabajo de la PEA ocupada.



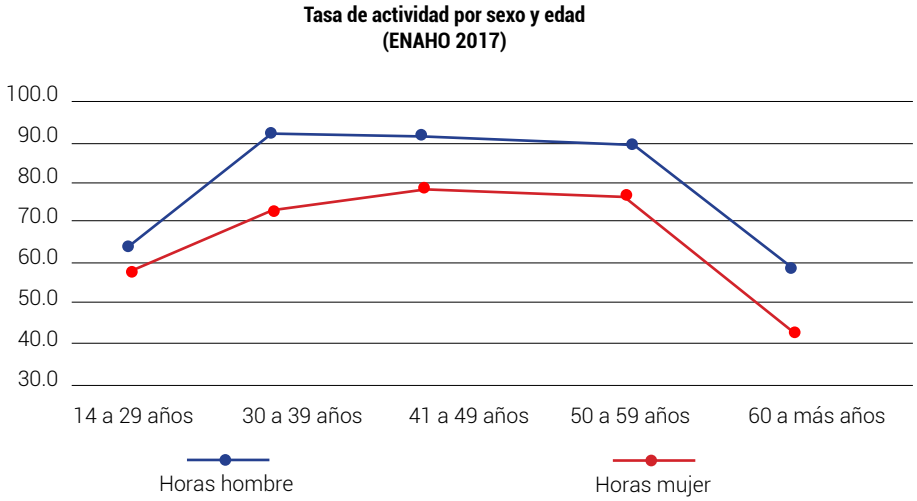
2.3.Condiciones de incorporación de la mujer al mercado de trabajo

Ante la insuficiencia de políticas o iniciativas privadas orientadas a la modificación del modelo de reparto del trabajo en función del género, la gestión y realización del TDNR se hace invisible, y la solución a la tensión entre el trabajo y la vida familiar se traslada a la negociación privada en las familias, recayendo mayoritariamente la responsabilidad en las mujeres, limitando sus posibilidades de incorporarse libremente al mercado de trabajo.

De acuerdo con los resultados de la Encuesta Nacional de Hogares de 2017 (ENAHO 2017), mientras a nivel nacional la población en edad de trabajar (PET) se distribuye por géneros de manera paritaria (50.9% mujeres, 49.0% hombres), la población económicamente activa (PEA, población en edad de trabajar que se encuentra trabajando o buscando trabajo) es mayoritariamente masculina (53.5%). La tasa de actividad, que relaciona ambas (cuántos en edad de trabajar trabajan o buscan trabajo), es 76.3% en el caso de hombres y 64.0% en el caso de mujeres.

Por grupos de edad, la diferencia entre las tasas de actividad pasa de 4.2 puntos porcentuales en el grupo de edad de 14 a 29 años a 19 puntos porcentuales en el grupo de edad de 30 a 39, manteniéndose un promedio de 16.5 puntos porcentuales de diferencia hasta el final de la vida activa.

Gráfico 3: Tasa de actividad (%) por sexo y edad.



Así, la inactividad es predominantemente femenina: el 61.2% de la población inactiva (no trabajan, no buscan trabajo ni desean trabajar) es mujer, y el motivo principal de inactividad es los quehaceres del hogar (73.3%, frente a 17.2% cuyo motivo es los estudios); mientras tanto en el caso de los hombres, el principal motivo de inactividad son los estudios (47.0%, frente a 21.3% cuyo motivo es los quehaceres del hogar). Un dato que evidenciar es que, entre las mujeres de la PEA femenina de 15 a 29 años 41.1% tiene hijos, y entre de 30 a 39 años 81.6% lo tiene, que es precisamente el grupo de edad en el que la brecha de inactividad entre hombres y mujeres prácticamente se quintuplica.

Y entre la PEA ocupada (población económicamente activa que se encuentra trabajando), 53.8% son hombres y 46.2% son mujeres.

En la disyuntiva en la que se encuentran las mujeres en dicha negociación entre incorporarse al mercado de trabajo o continuar encargándose del TDNR, estas recurren a diversas estrategias, como la contratación de servicios privados de cuidado o trabajadores domésticos (soluciones limitadas a familias que cuentas con los recursos suficientes para contratarlos), el apoyo de sus familias (en estos dos primeros casos, el cuidado es prestado usualmente por otras mujeres), el aplazamiento de la maternidad o la decisión de tener menos o no tener hijos.

Así, la responsabilidad mayoritaria de las mujeres en el TDNR tiene consecuencias en su itinerario de vida personal, e incorporadas en el mercado de trabajo también en su trayectoria laboral.

Las mujeres que trabajan se concentran en determinadas actividades económicas: en el sector servicios (39.5% entre servicios personales y no personales), en el sector extractivo (25.1%) y en el sector comercio (24.8%). Hay sectores claramente feminizados (servicios personales, comercio, hogares) como masculinizados (minería, construcción, transportes y comunicaciones).

De igual manera hay ocupaciones feminizadas, predominante o mayoritariamente ocupadas por mujeres (trabajadores del hogar, 96%; trabajadores de los servicios y vendedores de los comercios y mercados, 64.2%; ocupaciones elementales, 57.2%), como masculinizadas (operadores de maquinaria industrial, ensambladores y conductores de transporte, 96.6%; administración pública, fuerzas militares y policiales y personal directivo, 78.7%; trabajadores de la construcción, edificación, productos artesanales, electricidad y las telecomunicaciones, 71%).

Así, las mujeres se incorporan en el mercado de trabajo en sectores y ocupaciones en las que se replican y extienden los roles que le son socialmente asignados: "Al analizar los sectores, ramas y empleos a los que acceden las mujeres, se demuestra que ellas tienden a concentrarse en ciertas áreas como el comercio y los servicios comunales, sociales y personales, que son mayoría en ocupaciones como la docencia, la enfermería y trabajo doméstico, y que están sobrerrepresentadas en categorías relacionadas con el autoempleo, el trabajo familiar no remunerado y el servicio doméstico"[3].

A dicha segregación horizontal de las mujeres que trabajan (en función de actividades económicas y ocupación en las que se insertan en el mercado de trabajo), se suma una segregación vertical (en función de la jerarquía en la que se insertan en una organización laboral). En nuestro país, la mujer ocupa minoritariamente posiciones de jerarquía en las empresas[4]. La dificultad para ascender en una línea de carrera respondería a un modelo de organización laboral "masculina" que exige largas jornadas laborales y ubicuidad, disociando la vida familiar de la laboral[5].

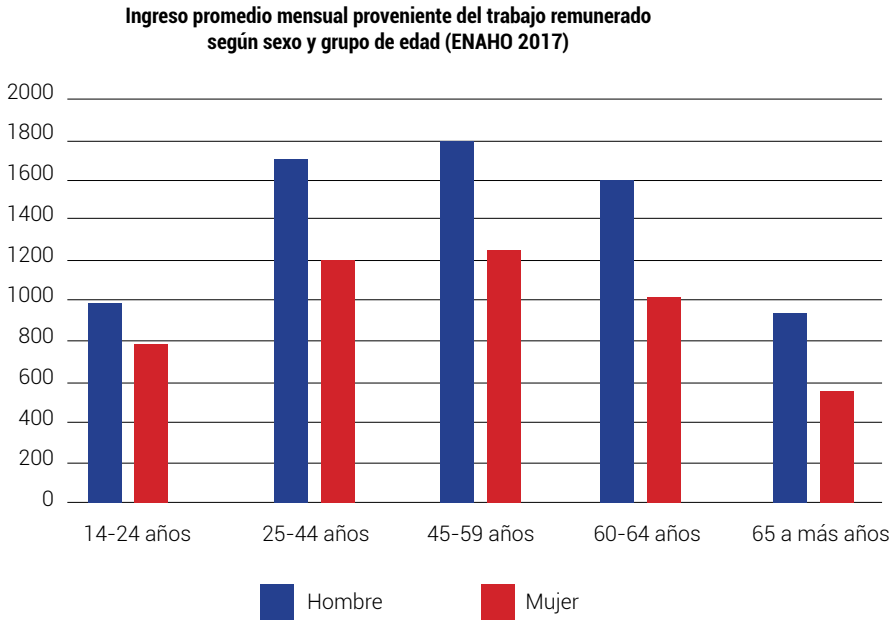
3 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). Trabajo y familia. Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social. Santiago: Oficina Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2009; p. 75.

4 KOGAN, Liuba, Rosa María FUCHS y Patricia LAY. Discriminación sexual y racial en el ámbito empresarial. En: SANBORN, Cynthia. La discriminación en el Perú: balance y desafíos. Lima: Universidad del Pacífico, 2012; p. 278. A partir de datos publicados en: CAVANAGH, Jonathan. Peru: The Top 10,000 companies 2009. Lima: Top Publications, 2009; y sobre la muestra recogida en dicha publicación, las autoras señalan que en la gran empresa apenas el 6.44% de gerentes generales son mujeres, porcentaje que sube a 15.86% en la mediana empresa y a 21.18% en la pequeña empresa.

5 "Diversos argumentos se han esgrimido para explicar por qué es difícil para las mujeres escalar a

Y en general, las mujeres perciben el 70.8% de ingresos que perciben los hombres; un promedio general mensual de S/.1,107.30 contra un promedio general mensual de S/.1,565.60. La brecha se mantiene, con una tendencia incremental, a lo largo de toda la trayectoria laboral.

Gráfico 4: Ingreso promedio mensual proveniente del trabajo remunerado según sexo y grupo de edad.



las posiciones más altas en el ámbito empresarial y a medida en que las empresas son de mayor tamaño. Parte de la respuesta estriba en que dichas corporaciones son imaginadas como instituciones masculinas con culturas organizacionales del tipo gladiador, donde se sostienen batallas por el éxito personal sustentadas en un exacerbado narcicismo, lo que lleva al divorcio entre la intimidad familiar y el desempeño laboral: largas jornadas laborales y ubicuidad: 'anytime, anywhere model' (...). Desde esta perspectiva, mujeres excepcionalmente calificadas se verían tentadas a dejar el ámbito laboral para poder consolidar una familia ya que no podrían competir en iguales condiciones con los varones a raíz del nacimiento de los hijos y cuando – además- el cónyuge gana lo suficiente para asegurar una adecuada calidad de vida familiar, lo que las hace relativizar el esfuerzo de dichas batallas". KOGAN, Liuba, Rosa María FUCHS y Patricia LAY. Sistemas abiertos o encubiertos de discriminación en el entorno laboral de pequeñas, medianas y grandes empresas en Lima Metropolitana. Documento de discusión 11/08. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2011; p. s/n. En: http://repositorio.up.edu.pe/handle/11354/368 Revisado el 28 de junio de 2020. De las mismas autoras, cfr. también: No, pero sí. Discriminación en empresas de Lima metropolitana. Lima: Universidad del Pacífico, 2013.

Y sumada a dicha brecha, mientras durante su trayectoria laboral los hombres pueden ver incrementados sus ingresos hasta en 86.9% a lo largo de su vida laboral, las mujeres solo pueden verlos incrementados hasta en 57.6%.

El modelo de reparto de trabajo entre hombres y mujeres se proyecta en el mercado de trabajo a través de patrones de segregación en función al género y la desvalorización del trabajo femenino, y genera inequidades fundadas en un orden de género que atraviesa y estructura las relaciones sociales. Ese orden de género define atributos y trayectorias más o menos esperables para hombres y mujeres y otorga valor a algunos atributos en desmedro de otros, dando lugar a relaciones sociales de género en el mundo del trabajo[6]. La igualdad de oportunidades de las mujeres se ve pues afectada a lo largo de su vida, desde sus posibilidades de inserción en el mercado de trabajo, pasando por las condiciones de este en caso logre insertarse, hasta su jubilación, cuyas condiciones reproducirán las de su vida activa[7].

3. Impacto de la crisis en el empleo y los hogares

De acuerdo con información disponible de la Encuesta Permanente de Empleo aplicada a Lima Metropolitana para el trimestre móvil marzo-abril-mayo de 2020, las medidas de restricción han tenido un impacto grave en el mercado de trabajo y, por tanto, en el empleo. Dado que las medidas han sido tomadas a nivel nacional, los resultados pueden darnos una idea del probable impacto en dicho nivel.

Uno de los primeros datos que llama poderosamente la atención es la disminución de la PEA, a 37.2% de la PET tomando en cuenta el trimestre móvil de marzo a mayo de 2020, los primeros meses en que se aplicaron las medidas de restricción. Respecto del mismo trimestre del año anterior, la disminución comparando número total de personas ha sido de 43.8%, afectando más a mujeres (una disminución de 45.7%, 3.6 puntos porcentuales más que a los hombres), jóvenes (una disminución de 47.2%, al menos 4.1 puntos porcentuales adicionales al grupo de edad entre 14 y 24 años frente a otros grupos de edad) y personas con menor nivel de formación (una disminución de 52.1% entre personas con

6 RODRÍGUEZ, María José. Políticas públicas que contribuyan a la equidad de género: reconocer el problema para decidir cómo abordarlo. En: Revista de Trabajo. Año IV. No. 6, 2008. Buenos Aires: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2008; pp. 74 y 75.

7 ARZA, Camila. Pension reforms and gender equality in Latin America. Ginebra: UNRISD, 2012.

nivel de formación primaria o menor; al menos 4.2 puntos porcentuales adicionales frente a personas con nivel de formación mayor, llegando la diferencia a 18.6 puntos porcentuales respecto de personas con nivel de formación superior).

Si bien el nivel de ocupación es de 86.9%, incluso con ese nivel de ocupación la disminución de la PEA ocupada comparando número total de personas respecto del mismo trimestre del año anterior ha sido de 47.6%, impactando casi igual a hombres y mujeres (una disminución de 47.3% en hombres contra una de 48.1% en mujeres), y más a jóvenes (una disminución de 51.7%, al menos 4 puntos porcentuales adicionales al grupo de edad entre 14 y 24 años frente a otros grupos de edad) y personas con menor nivel de formación (una disminución de 54.9% entre personas con nivel de formación primaria o menor; al menos 3.2 puntos porcentuales adicionales frente a personas con nivel de formación mayor, llegando la diferencia a 17.3 puntos porcentuales respecto de personas con nivel de formación superior).

Lo que los datos anteriores evidencian no solamente es una crítica caída del nivel de ocupación, sino también que el tránsito de la PEA ha sido masivo no a la desocupación sino a la inactividad; es decir, personas que han perdido el empleo y que no están buscando uno, debido a la continuidad de las medidas de restricción y probablemente también a una crisis de expectativas. Si bien la crisis impacta de manera transversal a todas las personas con independencia de su sexo, edad y nivel de formación, es evidente que impacta a unos grupos más que a otros.

Ya dentro del hogar, las medidas de restricción, y en particular el aislamiento social obligatorio, han enfrentado a las familias con la responsabilidad del TFNR, incrementando la misma debido al cierre temporal de centros educativos y de cuidado, y las limitaciones de atención de los servicios de salud públicos y privados orientados a la atención de enfermos de COVID-19.

De acuerdo con los resultados de la Encuesta de Percepciones y Actitudes de Mujeres y Hombres frente al Aislamiento Social Obligatorio a consecuencia del COVID-19 (EPAMH)[8], más del 70% de personas invierte más tiempo en el TDNR (tanto a quehaceres domésticos como al cuidado de personas) en comparación a su situación previa al aislamiento social obligatorio.

8 Encuesta realizada por el Ministerio de la Mujer y Promociones Vulnerables con el apoyo de IPSOS Perú, a mujeres y hombres de 18 y más años de todos los niveles socioeconómicos residentes en el Perú Urbano, entre el 8 y 10 de mayo de 2020. En: https://www.mimp.gob.pe/files/Encuesta_sobre_percepciones_y_actitudes_COVID-19.pdf . Revisado el 20 de junio de 2020.

Si bien tanto mujeres como hombres perciben que invierten más tiempo a los quehaceres domésticos, en promedio las mujeres incrementaron 4.1 horas y los hombres 3.6 horas; si se toma en cuenta como base los resultados de la ENUT 2010, este incremento de inversión de tiempo de los hombres al TDNR no ha supuesto una disminución de la brecha de dedicación entre hombres y mujeres al mismo.

A detalle, los quehaceres domésticos del que se han encargado las mujeres en mayor proporción que los hombres son preparar y cocinar alimentos (84% frente a 43% de los hombres), limpiar la casa (77% frente a 55% de los hombres) y lavar y planchar la ropa (48% frente a 22% de los hombres). Por su parte, los hombres se han encargado en mayor proporción que las mujeres a mejorar, mantener y reparar la casa (47% frente a 14% de las mujeres) y comprar productos de primera necesidad (61% frente a 53% de las mujeres). Ello refleja que, a pesar de la percepción de los hombres de estar más involucrados en los quehaceres domésticos, en esa mayor inversión de tiempo se mantiene el modelo de reparto social de trabajo.

Respecto de las labores de cuidado, en promedio las mujeres incrementaron 4.9 horas diarias y los hombres en promedio 4.1 horas diarias a las mismas. Si bien el incremento es más equitativo que en el caso de los quehaceres del hogar, nuevamente si se toma en cuenta como base los resultados de la ENUT 2010, este incremento de inversión de tiempo de los hombres al TDNR no ha supuesto una disminución de la brecha de dedicación entre hombres y mujeres al mismo.

Tanto mujeres como hombres perciben que atienden por igual labores de cuidado de personas de la familia, salvo en el caso del cuidado y atención de niñas, niños y adolescentes, en cuyo caso las mujeres se han encargado del mismo en mayor proporción que los hombres (51% frente al 37% de los hombres).

Por otro lado, más hombres que mujeres perciben que tienen más tiempo libre (68% frente a 51%).

Finalmente, si bien el 65% de personas considera que la responsabilidad del TDNR no debe recaer únicamente en las mujeres, 21% de hombres considera lo contrario (contra 13% de mujeres), llegando dicho porcentaje a 27% en el caso de hombres mayores de 40 años.

Vistos estos datos, ahora que el gobierno levanta progresivamente las medidas de restricción, las actividades económicas se irán reactivando y, con ello, es esperable que la inactividad disminuya y más personas, hombres y mujeres, se vuelquen al mercado de trabajo en busca de empleo.

Si dentro de lo crítica que es la situación actual para muchas familias y empresas viéramos una oportunidad, esta puede ser una oportunidad para lograr la reinserción de las personas en un marco que promueva la igualdad en el mercado de trabajo y en el hogar.

4. ¿Y ahora qué? Oportunidades para políticas públicas e iniciativas privadas

El Estado peruano ha asumido compromisos jurídicos (como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo, o el Convenio 156 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares) y políticos (como la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing o Los Objetivos de Desarrollo del Milenio) para integrar la perspectiva de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en políticas laborales y de empleo, los que deben orientar futuras políticas en la materia, y cuenta con información estadística para identificar las desigualdades fundadas en el género y dar dirección a las políticas que tengan por propósito eliminar dichas desigualdades.

La solución a la tensión entre el trabajo y la vida familiar es un problema social, por los impactos negativos que la ausencia de solución puede tener en la economía nacional, en la productividad de las empresas y en la sociedad; y no privativo de las familias (y, por tanto, de las mujeres). Los compromisos jurídicos y políticos asumidos por el Estado deben reflejarse en un marco regulatorio y políticas concretas, estratégicas y articuladas, orientadas a eliminar las restricciones a la igualdad de oportunidades de las mujeres en el mercado de trabajo y valorar su contribución al mercado de trabajo, replanteando o sustituyendo el modelo de reparto entre hombre y mujeres.

Los cambios en el empleo y los hogares no han cambiado la percepción de las personas en las posibilidades de las mujeres respecto de su vida personal y trayectoria laboral. Los resultados de la EPAMH reflejan que el 47% de personas percibe que las mujeres tendrán más dificultades que los hombres para mantener o conseguir trabajo. El porcentaje se eleva a 76% respecto de mujeres embarazadas y con hijos. Asimismo, 68% de personas percibe que las mujeres dejarán de trabajar porque tendrán que quedarse en casa para realizar los quehaceres del hogar y el cuidado de los miembros de la familia.

Esto acredita que el modelo social de reparto de trabajo se encuentra fuertemente arraigado en nuestra sociedad, y reta al Estado y a los particulares a asu-

mir iniciativas suficientes para garantizar la incorporación o permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo resolviendo la tensión entre el trabajo y la vida familiar a través del replanteamiento o sustitución del modelo de reparto de trabajo entre hombres y mujeres, incorporación que reportará beneficios para la economía nacional, las empresas y las familias.

Así, desde el Estado resulta necesaria la promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo a través de la vinculación de la oferta y demanda de trabajo a través de servicios de colocación, de la implementación de servicios de formación y capacitación, de la implementación de incentivos para la contratación de mujeres, y de la efectividad del mandato de no discriminación por motivos de sexo, en particular a través de la fiscalización del cumplimiento de la prohibición de ofertas de empleo discriminatorias y de la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por trabajos de igual valor.

Si bien esta es una tarea necesaria, no será suficiente si no va acompañada de medidas orientadas a una distribución equitativa del TDNR.

La legislación de seguridad social fue diseñada reconociendo a las mujeres prestaciones en salud y en pensiones en su condición de derechohabientes o sobrevivientes; es decir, derivadas de la condición de asegurado o afiliado de su esposo, en tanto trabajador[9]. Estas regulaciones presentan limitaciones en tanto su aplicación, y por tanto el acceso a los derechos que regulan, depende de la inserción en el mercado de trabajo formal. Y si la mujer accede a los mismos directamente por su propia inserción en el mercado de trabajo formal, no reconocen responsabilidades compartidas dentro de la familia, reforzando el modelo de reparto de trabajo y prejuicios contra las mujeres en los procesos de selección y en el desarrollo de su trayectoria laboral, sustentadas en el supuesto del "mayor costo laboral" de la contratación laboral de las mujeres.

9 "Los regímenes de pensiones en Latinoamérica fueron originalmente diseñados siguiendo el modelo Bismarckiano adoptado en gran parte de europa continental. este modelo vincula la protección a la vejez con el empleo y la familia. está basado en el modelo de familia nuclear en el que el proveedor (típicamente hombre) provee ingresos para el mantenimiento del hogar durante su vida activa, y obtiene una pensión a su jubilación. En esta estructura familiar, las mujeres que realizan trabajo doméstico no remunerado acceden a la protección social a través del derecho de sus esposos, sea una pensión para el esposo mientras éste viva, o una pensión de sobrevivencia en caso de viudez. Las pensiones de sobrevivencia están basadas en la idea de la dependencia del hombre sustentador. esto es porque algunos regímenes de pensiones suelen otorgar pensiones de sobrevivencia a las viudas, pero no a los viudos, y algunos incluso cancelan el derecho a dicho beneficio si la viuda contrae matrimonio". ARZA, Camila. Op. cit. Traducción libre.

Así en materia de regulación, la legislación laboral se ha centrado en demandas de conciliación muy específicas, relacionadas con la protección de la maternidad, y con ello de la salud de la madre y del niño por nacer y durante sus primeras semanas de vida, incluido un período de lactancia; así como la protección frente a actos discriminatorios que tengan como motivo dicha condición.

La madre trabajadora gestante tiene derecho a 90 días de licencia por maternidad subsidiados por la seguridad social, a la protección contra el despido durante la gestación y hasta 90 días después del parto, y a un permiso posterior de una hora diaria por lactancia subsidiado por la seguridad social, hasta que el hijo cumpla un año; derechos que pueden ampliarse en caso de parto múltiple o del nacimiento de un niño con discapacidad.

Así, desde el marco regulatorio, es necesario un enfoque en las responsabilidades familiares más allá de la protección de la maternidad, incorporando licencias de paternidad para que el padre participe en el cuidado y atención de los hijos recién nacidos, o en general licencias de cuidado que tengan como beneficiario no solamente a la madre y se extiendan al padre, y que no se restrinjan únicamente al cuidado y atención de los hijos sino de personas con discapacidad, enfermas o accidentadas, o ancianos; así como la proscripción y sanción de la discriminación asociada a las responsabilidades familiares.

Un avance en ese sentido es el reconocimiento de una licencia remunerada por adopción de 30 días para padre o madre (Ley 27409, aunque con una regla de atribución de la licencia a la mujer en caso de concurrencia de cónyuges), una licencia remunerada por paternidad de 10 días calendario consecutivos con ocasión del nacimiento del hijo, que puede ampliarse a 20 días en caso de nacimiento prematuro o parto múltiple, o 30 días en caso de enfermedad congénita terminal o discapacidad severa del recién nacido o complicaciones graves en la salud de la madre (Ley 29409) y licencia remunerada de 7 días a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran un accidente grave (Ley 30012).

Asimismo, temporalmente y durante la Emergencia Sanitaria, a pedido del trabajador, el empleador debe otorgar facilidades (trabajo remoto; licencia con goce, permisos pagados o reducción de jornada compensables con trabajo posterior por las horas no trabajadas; reorganización de su horario de trabajo; implementación de trabajo por turnos, o cualquier otra facilidad) para atender a familiares directos (padre, madre, hijo, cónyuge o conviviente) contagiados con COVID-19 o de grupo de riesgo, si es su único sostén y encargado de su cuidado (Decreto Legislativo 1499).

Sin embargo, estas licencias pueden resultar insuficientes, y al ser pagadas por el empleador y no financiadas por la seguridad social, acotan su efectividad a una negociación entre el empleador y el trabajador, trasladada al hogar si se trata de que la tome el hombre o la mujer; asimismo, el traslado de la licencia de maternidad se limita al caso de muerte de la madre durante el parto o durante el periodo de licencia. Una posibilidad que evaluar es que garantizada la salud de la madre y el recién nacido, ambos padres tengan la posibilidad de que la licencia sea trasladada de la madre al padre para el cuidado del recién nacido, además del financiamiento integral de las licencias de cuidado por el sistema de seguridad social en salud.

Por otro lado, las políticas de cuidado se limitan al cuidado de infantes y niños a través de programas focalizados a zonas de pobreza y extrema pobreza, como los programas Wawa Wasi y su sucesor Cuna Más a cargo del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, que prioriza acciones el ámbito rural y en menor medida en el urbano marginal, y padece de problemas como la precaria condición de empleo y bajo nivel de capacitación de las cuidadoras o facilitadoras[10].

Frente al alcance focalizado de dichas políticas, consideramos que la provisión o garantía de centros de cuidado con carácter universal por parte del Estado también son necesarias, de manera que la provisión de los servicios de cuidado no dependa únicamente de la capacidad económica de las familias, de su estructura familiar o de su inserción al empleo formal; así como la transformación del entendimiento del cuidado como una responsabilidad privada de las familias y las mujeres, y del modelo de reparto de trabajo entre hombres y mujeres[11].

Hay otros avances como el reconocimiento como lineamiento de las políticas públicas a la armonización de las responsabilidades familiares y laborales y su reconocimiento como derecho (Ley 28983), la inclusión de una cuenta satélite de trabajo no remunerado en las cuentas nacionales (Ley 29700), y la aplicación de encuestas de uso del tiempo, que da valor y visibiliza al trabajo doméstico y a su distribución dentro de las familias (Ley 29700).

10 JOSEPHSON, K., G. GUERRERO y C. CODDINGTON. Cómo apoyar al personal que trabaja en programas a gran escala dirigidos a la primera infancia: El caso del Servicio de Acompañamiento a Familias de Cuna Más en Perú. Washington D.C.: Results for Development, 2017.

11 Para una revisión de recomendaciones sobre políticas de corresponsabilidad. Cfr. OIT-PNUD. Trabajo decente y cuidado compartido. Hacia una propuesta de parentalidad. Santiago: Organización Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013.

Por otra parte, y respecto a la posibilidad de toma de iniciativas privadas, os empleadores y sindicatos tampoco son ajenos a la solución de esta problemática. Considerando que el contenido de la prestación de servicios, la remuneración y la línea de carrera se determinan en el contrato de trabajo, la situación de la mujer en el mercado de trabajo sugiere que los patrones de segregación son reforzados por las políticas de contratación, retribución y línea de carrera de los empleadores.

Así, resulta necesario que los empleadores evalúen la implementación de prácticas en las empresas que apoyen a trabajadores hombres y mujeres en la conciliación del trabajo y la vida familiar, a través de medidas orientadas a flexibilizar el tiempo y lugar de trabajo y fomentar la corresponsabilidad en el trabajo doméstico (como jornadas y horarios flexibles, trabajo a domicilio, organización del trabajo en función a resultados antes que a tiempo, descansos coincidentes con los de los hijos o la familia); medidas orientadas a ayudar en el cuidado de las personas y reducir el trabajo doméstico (licencias, servicios de búsqueda de personal o servicios de cuidado accesibles, implementación de servicios de cuidado, promoción de la salud reproductiva); y medidas orientadas a la superación de la segregación de género (contratación de mujeres en actividades y ocupaciones no tradicionales, capacitación laboral durante la jornada de trabajo, y acceso de mujeres a cargos directivos)[12].

La implementación de estas prácticas puede fomentar además la corresponsabilidad en el trabajo doméstico en la medida que sean aplicadas tanto a favor de trabajadores hombres como de trabajadoras mujeres; pues sin corresponsabilidad no hay igualdad que se pueda alcanzar a través de estas prácticas o las políticas previamente propuestas.

Adecuadamente planificadas, adoptadas y medidas, dichas prácticas pueden ser un "buen negocio" al generar mayor rentabilidad para aquellos empleadores que las aplican, incrementando el nivel de compromiso y productividad de sus trabajadores.

Del lado de los sindicatos, la adopción de medidas de solución de la tensión entre el trabajo y la vida familiar tiene un espacio ideal en el ejercicio de la negociación colectiva. Sin embargo, esta no es una materia que se incorpore en los pliegos de reclamos de las organizaciones sindicales y que por tanto sea parte del contenido de la negociación, al ser percibido como un problema extralaboral

12 En este sentido, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo aprobó y publicó una Guía de buenas prácticas en materia de conciliación del trabajo y la vida familiar. resolución Ministerial 048-2004-TR.

y por tanto ajeno a la negociación colectiva. Incluir materias como estas en sus planes de acción, puede incentivar la mayor actividad sindical de las trabajadoras mujeres, desde su afiliación hasta su participación y empoderamiento al interior de las organizaciones sindicales, e incrementar la legitimidad de los sindicatos frente a los trabajadores a través del logro de impactos visibles en la vida de los trabajadores.

5. Conclusión

La crisis de empleo generada por la pandemia y las medidas de restricción tomadas por los gobiernos para prevenir y controlar el contagio del COVID-19 han intensificado y evidenciando el TDNR en las familias y entre los miembros de estas.

Sin políticas o servicios públicos, o iniciativas privadas, orientadas a la modificación del modelo de reparto social del trabajo en función del género (políticas para promover una mejor distribución del trabajo doméstico entre hombre y mujeres, y entre la familia, las empresas y el Estado; reglas en el centro de trabajo que permitan conciliar la vida familiar y la vida laboral; servicios públicos o redes privadas diseñados para asistir a hombres y mujeres en el TDNR, en particular en el cuidado de personas), la tensión entre el trabajo y la vida familiar debe resolverse con mayores dificultades en el seno de las familias, recayendo mayoritariamente la responsabilidad en las mujeres, e impidiéndoles incorporarse libremente al mercado de trabajo y una vez incorporadas en el mismo a ser tratadas en igualdad y en condiciones que le permitan una movilidad ascendente en términos de ingresos, condiciones laborales y reconocimiento, perpetuándose patrones de segregación por género; situación que tiene el riesgo de volverse aun más crítica en un escenario posterior al de la crisis actual.

El problema de la tensión entre el trabajo y la vida social es un problema de la sociedad en conjunto y no privativo de las familias. Por tanto, resulta necesario identificar las desigualdades generadas a partir del modelo de reparto de trabajo entre hombre y mujeres y diseñar un nuevo contrato social en el cual el TDNR, y dentro de él los quehaceres del hogar y el cuidado de personas, sean asumidos en corresponsabilidad entre hombres y mujeres dentro de las familias, pero también del Estado y la sociedad en conjunto. Y el tránsito para superar la crisis actual, puede ser una buena oportunidad para implementar políticas y acciones concretas que ayuden a los trabajadores y a las familias a resolver dicha tensión.

MODIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL MARCO DEL COVID-19

Katy Noriega Góngora*

La autora propone un estudio crítico sobre la capacidad de la legislación laboral para ofrecer respuestas adecuadas a los desafíos que surgen por las consecuencias de la crisis del Covid-19, propugnando la viabilidad de un *ius variandi* excepcional y sujeto a controles posteriores.**

Sumario: I. Introducción. **II.** Presupuestos conceptuales. **III.** Problemática preexistente. **IV.** Escenario actual – COVID19. **V.** Apuntes finales.

I. Introducción

El contrato de trabajo, entendido como el instrumento ordenador de los términos de la relación laboral cuenta con un ineludible aspecto dinámico. Pese a su vocación de permanencia y perdurabilidad, regula vínculos jurídicos complejos: dos partes con obligaciones mutuas, vinculadas por una relación, en esencia, adaptable, perfectible.

* Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la misma casa de estudios y en Asesoramiento y Consultoría Jurídico laboral en la Universidad Carlos III de Madrid. Asociada Senior del Estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uria. Correo electrónico: katynoriega88@gmail.com

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

Sin embargo, en esta no participan agentes de igual poder[1] y, con el objetivo de propiciar equilibrio y brindar garantías, surge el derecho laboral, estableciendo límites a facultades no absolutas. Para lo que nos ocupará, la facultad del *ius variandi* del empleador, manifestación concreta del poder de dirección que ejerce en la relación laboral.

Aun con ello, el escenario nunca fue completamente claro pues subsistían áreas grises en las que el dilema sobre la modificación legítima de las condiciones de trabajo se hacía presente.

A este espinoso asunto inconcluso, se le ha sumado una nueva problemática: la pandemia, una enfermedad epidémica extendida a lo largo y ancho del mundo, que ha obligado a declarar una emergencia sanitaria globalizada, al cierre de la economía y el confinamiento domiciliario. Coincidiremos todos en que se trata de un escenario que, salvo entendidos en la materia y profetas, no hubiésemos podido prever, por lo menos no con esta magnitud.

Y esto ha supuesto un reto monumental para la legislación que, por regla general, recoge con posterioridad lo que ocurre en la realidad. Realidad que nos encontramos conociendo abruptamente y que además tiene una capacidad de modificarse tan vertiginosa, que sentimos, hoy más que siempre, que la ley llega tarde a intentar ponerle el traje.

Estos acontecimientos extraordinarios e imprevisibles han devenido en medidas gubernamentales irresistibles (al tratarse de un mandato imperativo). Frente a ellas, muchas empresas se han visto en la necesidad de suspender actividades en su totalidad o variarlas de forma radical, para permitir la subsistencia de puestos de empleo y de su propia fuente, es decir, la misma empresa.

Si no nos ha impactado directamente o a nuestro círculo cercano (lo que resulta bastante improbable), los medios de comunicación y redes sociales nos exhiben un panorama laboral crítico: variación de condiciones de trabajo, suspensiones con y sin goce, y despidos, ejecutados por los empleadores amparándose en que las obligaciones de ambas partes de la relación de trabajo se han visto afectadas en su cumplimiento regular por causas no imputables a ninguna de ellas. En resumidas cuentas, que no existirían otras soluciones.

1 Nos referimos al empleador como el titular del capital y al trabajador precario, no altamente especializado ni escaso, como regla general, Como resulta evidente, el poder de modificación de condiciones de trabajo reposa, en esencia, sobre el agente más poderoso, pero limitado por los derechos de su contraparte, con respaldo Constitucional y referencia legal.

Con esto, surge la pregunta que intentaremos resolver: ¿la situación actual flexibiliza los límites a la facultad del empleador para modificar los elementos esenciales de la relación de trabajo?

II. Presupuestos conceptuales

Según lo establece el artículo 9[2] del Decreto Supremo N° 003-97-TR - TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL), todo empleador cuenta con la facultad de introducir modificaciones en la prestación de trabajo, originada en el poder de dirección, respetando ciertos límites. A esta facultad se le conoce como *ius variandi*.

Se señala también, en la misma disposición, que puede usarse para introducir modificaciones en aspectos vinculados a la jornada laboral, aplicando criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo. Ello, guarda coherencia con el procedimiento legalmente previsto para estos fines que, si bien admite la toma de decisión unilateral del empresario, fija pasos para ejercerla legítimamente y admite un control administrativo posterior.

Desafortunadamente, salvo por dicha excepción, nuestro ordenamiento vigente guarda silencio sobre aspectos de vital importancia[3] como: (i) ¿cuáles son los aspectos esenciales y no esenciales del contrato de trabajo, (ii) ¿qué es aquello que

2 "Artículo 9º.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo."

3 Sobre el particular, el Proyecto de Ley General de Trabajo, que se acerca a las dos décadas en lista de espera, prevé procedimientos para la modificación de condiciones de trabajo. Por un lado, en el artículo 104 y siguientes, desarrolla las condiciones para la modificación del lugar de trabajo con control administrativo. En otro extremo, el artículo 108 establece un procedimiento general para la modificación sustancial de condiciones de trabajo tomando como base el número de trabajadores afectados con la medida: colectivo – control administrativo e individual – control judicial. Por último, en el artículo 235 se pronuncia sobre las modificaciones de horario y jornada, fija un proceso de consulta previa a los trabajadores y posterior control administrativo.
Antes de este, solo tuvimos al Decreto Ley N° 25921 – Ley de Facultades del Empleador, que fue la primera norma en establecer las pautas que debía observar el empleador para incorporar cambios sustanciales a las condiciones de trabajo. Si bien, este tenía iniciativa para proponer a los trabajadores, solo se podía ejecutar por acuerdo y, a falta de este, decidía la Autoridad de Trabajo, tomando en cuenta las causas del pedido.

puede modificar el empleador unilateralmente, fuera de la jornada laboral?, (iii) ¿cuáles son los límites y quién los define o verifica?, (iv) ¿el trabajador tiene alguna posibilidad de hacer algo al respecto?

No se trata de un asunto menor en el que el derecho del trabajo (o nuestros legisladores) han fallado. Si la búsqueda del derecho en general y, en particular, del derecho laboral, es evitar o reducir el conflicto que se genera en contextos de tensión, la falta de regulación pertinente no hace sino crear uno mayor[4].

Frente a esta escasa precisión, cierto sector de la doctrina prefiere una interpretación amplia, que admite como únicos límites a los de la razonabilidad y las necesidades de la empresa (principalmente este último), para poder ejercer válidamente los cambios a elementos del contrato de trabajo; sean estos esenciales o no, pues la norma no lo precisa. El caso de la jornada de trabajo sería el único que, por tener proceso especial, debería cumplir con las disposiciones para hacerse efectivo; y el resto de las posibilidades o aspectos en los que operar cambios a la relación de trabajo, se manejaría con la pura y simple valoración del empresario[5].

En contrapartida, diversos autores reconocen también como límites a los de la razonabilidad y necesidades del centro de trabajo, pero no como únicos. Los derechos previstos en la Constitución, la ley (cuya precariedad sobre el tema, ya anotamos) y el propio contrato de trabajo, son también el marco dentro del que debe desplazarse esta facultad. El proceso legalmente previsto de la modificación de la jornada de trabajo sería solo un ejemplo de muchos otros aspectos esenciales (que no los hay regulados), en los que se podría permitir al empleador actuar por encima de lo previsto en el contrato.

Al final, lo único claro es que esta falta de regulación no ayuda a ninguna de las partes de este vínculo que debería ser estable pero flexible y termina convirtiéndolo en uno rígido y escasamente funcional en contextos excepcionales como el de la pandemia que nos ocupa.

Como punto de partida que nos ayude a circunscribir nuestra investigación, encontramos de suma utilidad la tipología ensayada por el doctor Arce, sobre los tipos de variaciones de las condiciones de trabajo[6]:

4 Cf. MONEREO, José Luis. *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo*. Madrid: Civitas, 1996, p.16 y ss.

5 Autores como Jorge Toyama señalan que esta consecuencia no es deseada. La aparente libertad en la que se manejaría el empleador es responsabilidad de una política de desregulación que genera absoluta inseguridad jurídica.

6 Cf. ARCE, Elmer. *Modificación de la prestación de trabajo. Un estudio sobre las modificaciones sustan-*

a) Variaciones no esenciales, que exhiben un *ius variandi* común. Son secundarias o accesorias y se requieren para adecuar la prestación a la actividad regular.

b) Variaciones esenciales con carácter permanente, que se refieren al *ius variandi* sustancial. Se trata de una transformación de la relación jurídica en otra distinta y versa sobre aspectos de mayo impacto para la relación de trabajo.

c) Variaciones esenciales temporales, que también se refieren al *ius variandi* sustancial pero que, a diferencia de las anteriores, tienen efectos transitorios. Al igual que en el supuesto precedente, se fundamento es técnico, organizativo o de producción.

d) Variaciones extraordinarias o de emergencia, que comprende al ejercicio de un *ius variandi* excepcional. Su condición no reposa en si modifica elementos esenciales o no esenciales, sino en que la necesidad de su recurso se funda en circunstancias imprevistas, externas a la voluntad y decisión de la empresa y que necesitan una respuesta inmediata y urgente.

Bajo el entendido de que las variaciones señaladas en el literal a) se refieren a una facultad natural e inobjetable del empleador, las dejaremos fuera de nuestro análisis.

No hemos pasado por alto que, hasta este momento, hemos hecho alusión a condiciones de trabajo esenciales y no esenciales, sin haberlas definido. Y, lo cierto, es que fue el aspecto más difícil de abordar en nuestra investigación, pues era el cimiento y no existían conclusiones obvias. Nuestro ordenamiento laboral no lo define con claridad y, si bien, las interpretaciones doctrinarias aportan en este cometido, no nos relevan de la inseguridad jurídica de su aplicación.

Al respecto, Toyama analiza y critica lo que sería nuestra única fuente normativa referencial para asumir lo que el legislador considera como "esencial" (y por eso especialmente sancionable) en el contrato de trabajo: los actos de hostilidad[7].

El artículo 30[8] de la LPCL contiene un listado taxativo de situaciones que suponen el ejercicio irregular de la facultad del empleador de variar las condicio-

ciales. Lima: Ius Et Veritas N° 34, 2007, p. 125.

7 Cf. TOYAMA, Jorge. *Modificación de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia*. Lima: Derecho & Sociedad N° 21, 2003, p. 179 y ss.

8 "Artículo 30º.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador; b) La reducción inmotivada de la remuneración o de

nes de trabajo, que pueden ser impugnables y que, por su especial gravedad, son equiparables a un despido (indirecto).

A modo de síntesis, los elementos esenciales de la relación de trabajo serían los vinculados a: (i) remuneración y categoría, (ii) lugar de trabajo, (iii) seguridad en la prestación que afecta la vida o salud y (iv) garantías de no discriminación.[9]

Por supuesto, no pretendemos resolver la problemática de definir lo que debe entenderse por elementos esenciales y no esenciales, abordada por reconocidos juristas de nuestro medio. Sería arriesgado afirmar que solo esos cuatro elementos son los aspectos esenciales en toda relación laboral. Además, reconocemos como insuficiente y arbitraria la propia clasificación elegida por la LPCL para definir los actos de hostilidad. Sin embargo, servirá de referencia para evaluar la problemática preexistente y actual en los puntos siguientes, al menos sobre estos elementos que sí consideramos sustanciales.

III. Problemática preexistente

Es claro que el empleador no puede ejercer arbitrariamente sus facultades de dirección e imponer cualquier modificación de las condiciones de trabajo sin estar expuesto a consecuencias. Sin embargo, la renuncia estatal a regular estos aspectos no le permite conocer con claridad sus límites y posibilidades: ¿qué es un cambio sustancial y qué no?, ¿cuándo mi fin es legítimo?, si lo tengo, ¿puedo efectuar cambios sustanciales de forma unilateral?, ¿mi única alternativa es por acuerdo aunque eso vuelva escasamente flexible la relación laboral?, ¿puedo modificar directamente cualquier aspecto menos el de jornada, para el que solo debo

la categoría; c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador; e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia; f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; g) Los actos contra la moral, el hostigamiento sexual y todos aquellos que constituyan actitudes deshonestas que afecten la dignidad del trabajador. El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso. (*) Los actos de hostigamiento sexual".

9 Quedan fuera otros aspectos como las variaciones a condiciones recogidas en el convenio colectivo, la modificación de la jornada de trabajo pese a tener un procedimiento especial, los cambios de funciones y los muchos ejemplos de discriminación que expresamente señalados en la Constitución o no, merecerían la misma tutela que los 5 ejemplos elegidos.

cumplir el procedimiento? No existe seguridad jurídica ni tampoco insumos para favorecer la competitividad.

Del otro lado, el trabajador es el agente más vulnerable de la relación laboral, frente al que se plantean decisiones empresariales que gozan de una presunción de legitimidad a la que no se puede resistir. Reclamar un atentado contra sus derechos implica confrontar al empleador con una denuncia de cese de actos de hostilidad y, como si eso no fuese suficiente, ¿qué hacer si la medida impuesta no tiene asidero alguno en la norma que regula dichos actos?

Denunciar ante la SUNAFIL sigue siendo una medida arriesgada que podría llegar tarde o nunca o que, de llegar, podría hacer peligrar su continuidad en el empleo. El control posterior judicial, del que tanto se habla, es costoso y merece un esfuerzo económico, de tiempo y anímico que no cualquiera está dispuesto a asumir. Lo peor de todo, no hay éxito que pueda garantizarse porque recién en juicio nos enteraremos si la modificación al contrato fue esencial o no y si carece de validez.

Lo descrito exhibe un escenario de riesgo, ahí donde el Estado quiso favorecer la solución privada. El análisis, por fuerza mayor, debe realizarse en cada caso pero, reiteramos, sin tener los insumos necesarios para predecir con cierto grado de certeza, su legitimidad. Ello nos lleva, en gran medida, a depender del riesgo que pueda tolerar el empleador al adoptar decisiones que modifiquen aspectos que concebimos como estructurales del contrato. En cualquier caso, los efectos serán soportados por el trabajador, quien a su vez, tendrá la carga de determinar el riesgo y la necesidad de recurrir a las vías de protección vigentes, de escasas garantías y parte de un sistema que promueve respuestas a muy largo plazo.

IV. Escenario actual – COVID19

Si antes resultaba forzoso otorgar al empleador una serie de mecanismos que le permitiesen adecuarse al contexto económico y a las exigencias de un mercado que pide cada vez mayor productividad y eficiencia[10], nos preguntamos qué se justifica en este contexto que excede a toda voluntad de crecimiento empresarial y que plantea un reto mayor: supervivencia.

10 RIVERO, Juan. *Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo*. Madrid: Revista Española de Derecho del Trabajo N° 80, 1996, p. 984.

Según hemos explicado, la falta de regulación podría entenderse de forma flexible o restringida. En el primer caso, estamos convencidos de que esta dimisión estatal, en favor de una supuestamente permitida intervención unilateral del empleador, solo limitado por criterios de razonabilidad y necesidades de la empresa, sin considerar el daño que podría originar a los trabajadores, constituiría una desprotección injustificable del lado más débil de la relación de trabajo[11]. Pero también, entendemos que, de la segunda manera, podría suponer el fracaso de las actividades empresariales (quiebras, cierres de centros de trabajo, huida al sector informal) o las propias relaciones de trabajo, favoreciendo las decisiones arbitrarias o sin sustento normativo expreso, de extinguir o modificar gravemente los vínculos laborales. El efecto de estas medidas recaería en los trabajadores de forma inmediata y se constituiría como un "riesgo asumido" a mediano o largo plazo para las empresas.

Enfocados en un escenario recrudecido por la pandemia pero, en particular, por las medidas de control dispuestas por el gobierno y que son de ineludible cumplimiento, aplicamos la tipología desarrollada en el punto II. ¿Estamos frente a una variación de carácter extraordinario o de emergencia?

En nuestra opinión, la definición calza perfectamente con la realidad de los últimos meses y, de seguro, por el corto – mediano plazo que sigue. Se trata de una situación inesperada, que obliga a variar las obligaciones regulares de ambas partes de la relación laboral, por condiciones externas a la voluntad de la empresa y que exigen una resolución impostergable. Entonces, el poder organizativo del empleador, este *ius variandi* excepcional, debería regirse por reglas de juego distintas de las que preexistían a la emergencia sanitaria.

Es claro que en este punto no pretendemos incluir a todas las realidades empresariales. Con independencia de que este evento de fuerza mayor recae sobre la totalidad de la población, no es posible sostener que todos se han visto afectados de la misma manera o que todos tuviesen nulos o escasos mecanismos de respuesta para afrontar este suceso. De igual modo, tampoco es posible sostener que toda decisión de modificar las condiciones del contrato de trabajo que adopte una empresa afectada, sin límite alguno, será avaladas por este escenario excepcional.

No se trata de plantear un espacio en el que se promueva el abuso del derecho, sino reconocer las particularidades de una situación que, de forma extraordinaria, debería tener reglas especiales.

11 Op. cit. TOYAMA, Jorge. P. 177.

Al respecto, Bayón explica que estas medidas no encuentran su fundamento jurídico en el contrato de trabajo o la ley, sino en la tutela de intereses superiores con trascendencia social[12]. En un escenario como el actual, en el que la vida, la salud, la estabilidad en el empleo, la remuneración y el propio derecho al trabajo vinculado a la continuidad de la producción de la empresa, están en juego, parece ser claro por qué la importancia de tratar diferente a una situación diferente.

Dicho esto, ¿el empleador debería estar facultado a obrar sin limitación alguna? No. Si bien, hemos indicado que depositar en el empresario una facultad más flexible de modificar unilateralmente elementos esenciales del contrato de trabajo (dada la situación transitoria de emergencia), somos de la opinión de que el legislador debería proponer el alcance y definir quiénes se encuentran en circunstancias de excepción, así como cuáles son los elementos intangibles, incluso en este espacio. Esto nos permitiría contar con un marco de acción que otorgase seguridad jurídica para las empresas al modificar condiciones del contrato de trabajo; pero que, a la vez y principalmente, impidiese la desprotección total de los trabajadores frente a la arbitrariedad del empresario.

Es el caso de una empresa de casinos que no ha operado a lo largo de esta cuarentena y su reactivación está planeada hasta la última fase, que ha agotado toda posibilidad de asumir la carga económica de mantener a personal operario en licencia con goce y que no ha conseguido firmar acuerdos de suspensión perfecta, ¿podría justificarse la disposición unilateral de la medida? Por otro lado, una empresa de peluquería cuyo reinicio acaba de ser aprobado pero que solo está permitida de operar a domicilio, ¿podría modificar unilateralmente las funciones de sus trabajadores para que lo realicen, teniendo en cuenta que todos eran personal contratado para atender presencialmente dentro del centro de trabajo? Una caja municipal en Piura, que tenía un horario de 8 horas diarias de 9:30 am a 6:30 pm, se encuentra imposibilitada de operar a tiempo completo por el toque de queda regional que ordena inamovilidad desde las 4 pm, ¿podría reducir la jornada y la remuneración proporcionalmente, a sabiendas de que no podrá recuperar el tiempo de trabajo en una oportunidad posterior? Finalmente, una empresa de producción de alimentos desarrolla como medida de seguridad y salud en el trabajo, la necesidad de reducir al mínimo posible los ingresos y salidas del personal al centro de trabajo para mantener un espacio de trabajo seguro. Se plantea la posibilidad de requerir a su personal que pernocte en sus instalaciones durante semana y solo

12 Cf. BAYÓN, Gaspar. *Manual de Derecho del Trabajo*. Octava edición. Volumen I. Madrid: Marcial Pons, 1972-1973, p. 403.

tomen un día de descanso semanal obligatorio, ¿podrían imponerlo como una modificación al contrato si cuentan con un sustento técnico que acredite que la sola disposición favorece el control del riesgo de contagio?

Posibilidades y preocupaciones como las descritas podrían narrarse ampliamente, con el riesgo de no abarcarlas todas. Entonces, no se trata de que la ley elabore un listado taxativo de supuestos pasibles de modificación ni tampoco un procedimiento de control administrativo previo, porque como se ha demostrado, esto puede ser insuficiente y hasta inflexible; sino que se prevean los criterios generales para que las empresas puedan evaluar informadamente sus medidas[13]. El control posterior administrativo y judicial también aportarían a un sistema eficiente, porque se podría elegir por acciones inmediatas, pero seguro. Por supuesto que el éxito de estas medidas *ex post* dependerá de la celeridad con la que se lleven a cabo[14].

Respecto de dichos criterios generales de evaluación, proponemos cuatro aspectos fundamentales a tener en cuenta y que creemos que debería formar parte del marco normativo aludido o, en su defecto, ser tomados en cuenta por los empleadores antes de decidir por una modificación de condición de trabajo sustancial excepcional[15]:

(i) Debe existir una causa imprevisible, no imputable a las partes ni a la actividad normal de la empresa, que justifique la toma de una decisión de esta naturaleza.

(ii) La causa debe ser objetiva y urgente, requiriendo una decisión inmediata.

(iii) El riesgo inminente contra derechos fundamentales de otras personas o, con reservas, contra la continuidad de la actividad productiva de la empresa, entendida como fuente generadora de empleo, debe ser tangible o verificable con posterioridad. No bastará con que las expectativas de crecimiento empresarial no se satisfagan porque la decisión no es una de carácter productivo.

(iv) Las medidas deben durar el tiempo más breve posible, permitiendo al empresario pensar otro tipo de decisiones que puedan garantizar el mismo efecto pero con menor afectación.

13 Esto se justifica en tanto se trata de modificaciones sustanciales que, por su propia esencia, sobrepasan la frontera contractual y, por lo tanto, requieren de un respaldo legal para su implementación.

14 La creación de vías procesales específicas y céleres para impugnar las decisiones empresariales adoptadas en este contexto, sería clave para hacerlo funcionar.

15 Cf. ARCE, Elmer. Op. cit. p. 129.

Nuestro panorama actual se encuentra bastante alejado de esta realidad, con una regulación diversificada, amorfa y desorganizada, que no comparte un espíritu común. Evaluamos que ello es resultado de cambios en la política laboral frente a la pandemia que ha asumido sobre la marcha la Autoridad de Trabajo. Sin embargo, a la fecha de elaboración del presente artículo, más de tres meses después declarada la Emergencia Sanitaria con vocación de relativa permanencia, resulta difícil de concebir el silencio del Estado cuando los lamentables efectos laborales de esta situación comienzan a salir a flote.

Reconocemos que se han emitido, entre idas y venidas, normas que favorecen el acuerdo sobre elementos esenciales del contrato de trabajo pero parecen obviar que la aptitud del convenio nunca fue negada y que no requerían de una disposición especial para reconocer su validez. En cambio, siguen ausentes las facilidades especiales para afrontar cambios estructurales inmediatos en las relaciones de trabajo que, aunque limitados, respondan a una situación frente a la que no solo podemos cerrar los ojos.

V. Apuntes finales

Estamos parados en un momento histórico de grandes desafíos para nuestras autoridades, empresas, trabajadores y las familias que están detrás. Si bien, el aspecto central sigue siendo preservar la salud, ha transcurrido tiempo suficiente como para exigir a nuestras autoridades el reconocimiento de situaciones completamente novedosas que obtengan soluciones a la medida.

El eterno conflicto entre la estabilidad en el empleo (que no solo incluye preservarlo sino que mantenerlo en las condiciones que se pactaron) y el riesgo de empresa (que ahora se refiere a la subsistencia y continuidad de la fuente) debe ser atendido con nuevas herramientas.

Desde nuestra propuesta, una de ellas implica reconocer y dotar de contenido al *ius variandi* excepcional. Esta posibilidad, puesta en manos de las empresas, con marcos que limiten e informen su acción y con controles posteriores eficientes, podría determinar la subsistencia de los intereses de ambas partes en la relación de trabajo, en condiciones no ideales pero transitorias.

La justificación recae en los intereses superiores del ordenamiento constitucional que se pretenden proteger por encontrarse en peligro: el derecho a la vida,

el interés social de la empresa, el derecho a la salud y otros de equivalente trascendencia, son invocables.

Sin embargo, ¿cuándo estamos frente a una urgencia impostergable?, ¿cuánto puede llegar a durar la emergencia?, ¿qué aspectos son infranqueables?, son algunas de las preguntas que debería resolver el legislador con base en información cierta sobre nuestra realidad actual y la proyección futura pero, principalmente, con soporte constitucional, descartando la imposición de plazos injustificables y requisitos que lejos de aportar, vuelven inviable el progreso.

LA AUTORIZACIÓN PARA UN *IUS VARIANDI* RADICAL POR EMERGENCIA

Willman Meléndez*

En este artículo el autor analiza al *ius variandi* extraordinario como una categoría limitada necesariamente a los fines de prevención de contagios ante la pandemia.**

Sumario: I. Introducción. **II.** La institución del *ius variandi*. **III.** Concepción del *ius variandi* radical. **IV.** El "*ius variandi*" regulado en el Decreto de Urgencia 29-2020: "*ius variandi* radical de emergencia"

I. Introducción

Una norma puede generar múltiples posibilidades de lectura y desde luego, interpretación jurídica. De allí que se haya instaurado desde el nacimiento del Derecho una disciplina destinada a organizar y agrupar estos métodos.

La interpretación de las normas laborales es protagonista además de un fin pacificador [no solo lo son las que componen la libertad sindical], lo que no significa la existencia de un actuar errático conforme a una lectura estanca de alguna de las rutas hermenéuticas que la componen; por el contrario, la norma laboral al estar premunida de un rol tuitivo y heteronomía garante, siempre arrojará resultados coherentes con dicha lógica.

* 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.

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

Nótese que no se propone una sola lectura conforme a la naturaleza de la norma laboral, sino que se aceptan un conjunto de lecturas posibles, siendo precisos y exactos en negar la posibilidad de que alguna interpretación arroje resultados contrarios a su naturaleza y claro, sus roles.

Pues bien, como ya es conocido, el gobierno emitió una serie de reglas aplicables al contexto de la pandemia por COVID-19, muchas de ellas de trascendencia laboral. Un elemento de ese conjunto normativo es el Decreto de Urgencia 29-2020 que determinó medidas de aplicación unilateral por parte del empleador, variando la dinámica desarrollada en la legalidad, al eliminar las restricciones vigentes, a fin de ejercer, incluso, el "*ius variandi* radical" correspondiente a las variaciones sobre el tiempo de trabajo.

II. La institución del *ius variandi*:

La Corte Suprema ha conceptualizado esta institución, bajo una lectura principialista, mediante el cuarto considerando de la sentencia de casación recaída en el expediente 11144-2016-CUSCO:

> "(…) El ámbito natural en el que se desenvuelve el ***ius variandi*** normal o habitual, al que se refiere el artículo 9 LPCL, es el contrato de trabajo. Y dentro del contrato, el derecho de crédito del empleador se circunscribe exclusivamente al ámbito del trabajo convenido. Pues bien, partiendo de esta realidad, corresponde analizar la aplicación del principio de razonabilidad, como límite a la arbitrariedad del empresario. En otras palabras, lo que se quiere evitar es el uso abusivo, irracional o caprichoso del ius ***variandi*** normal o habitual por parte del empleador (…) ello significa que el empleador debe invocar razones objetivamente válidas para justificar su ejercicio (...) La razonabilidad de la decisión del empresario, entonces, debe respetar una causa objetiva, suficiente y coherente (…) De este modo, se pueden admitir variaciones de puestos dentro del centro de trabajo o cambios de labores dentro de la misma categoría, si existen otras causas objetivas, suficientes y coherentes (…)".

Podemos inferir las siguientes premisas expresadas en el razonamiento de los vocales supremos, muchas de las cuales son pacíficamente aceptadas por la academia:

i) Las fronteras de actuación de la institución del *"ius variandi"*, se restringen a los alcances del propio contrato de trabajo.[1]

ii) El *"ius variandi"* además se vincula por criterios de razonabilidad, los que se erigen en clave de limitación al poder de dirección que faculta al empleador a modificar el objeto del contrato de trabajo: las condiciones de la prestación de servicios contratada.

iii) El *"ius variandi"* no puede materializar un comportamiento abusivo del derecho, lo que comulga con la proscripción del artículo 103° constitucional.

iv) El *"ius variandi"* debe sustentarse en razones objetivas, es decir, si bien es una unilateral plasmación de facultades reconocidas al empleador como expresión de su poder de dirección, no puede ser caprichoso.

El extracto jurisprudencial citado me ha permitido desgajar en cuatro puntos –sin pretender dar por concluidos los caracteres de la figura– los parámetros que estructuran a esta institución y que resultan suficientes para entender su concepto.

III. Concepción de "*ius variandi* radical"

El *"ius variandi"* ejercido en los contornos antes indicados genera eficacia y validez jurídica; sin embargo, la extralimitación de sus fronteras de permisión, produce los efectos contrarios.

Parto del inequívoco entendimiento de que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, por lo tanto, la determinación de su objeto no se agota a su celebración, sino que, acompasado por el principio de "primacía de la realidad" va mutando, se va adecuando a sus fines: la prestación de servicios.

Sin embargo, lo dicho no puede entenderse, mucho menos utilizarse con fines maniqueos que conviertan a la prestación de servicios en una cuestión de existencia etérea y/o gaseosa.

1 Para algunos autores como ARCE ORTIZ, "la legislación laboral peruana debe ser sincera consigo misma, por lo que deberá reforzar todavía más los niveles de concreción o determinación de las condiciones que aparecen sobre todo en los contratos de trabajo. Debe imponer a las partes contractuales la obligación de determinar las condiciones de la prestación de servicios con la mayor rigurosidad posible." En: ARCE ORTIZ, Élmer. Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Palestra, Lima. 2008 pp.454-456.

De allí que la razonabilidad, la proscripción del abuso del derecho y el necesario sustento objetivo no sólo se entiendan como límites, sino incluso como garantías para el ejercicio del derecho del trabajo y la libertad de trabajo.

Así, de modo sencillo, se podría decir que existe una aplicación radical y proscrita de *"ius variandi"* cuando este no es habitual, es decir, cuando opera más allá de los contornos enunciados en el punto anterior.

Es menester mencionar que en cuanto a esta concepción la jurisprudencia ha sido errática, pues contrastan con la cita hecha de la sentencia de la Corte Suprema otros criterios en los que los jueces han entendido que el artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral otorga al empleador posibilidades de variación amplias que incluyen el tiempo de trabajo o la locación, es decir, variaciones no habituales o lo que es lo mismo, radicales. Por ello, la doctrina nacional se ha manifestado del siguiente modo:

> "Paralelamente, dado que la determinación de la prestación de trabajo en el contrato tiene una importancia devaluada en nuestra LPCL, el empleador normalmente reservará para sí un amplio poder para modificar unilateralmente el lugar, las funciones o el tiempo de trabajo. Los poderes empresariales de modificación unilateral del contrato son aumentados, de tal modo que el empleador en la mayoría de los casos puede variar, al margen de la decisión del trabajador, en qué lugar se trabaja, cumpliendo qué funciones y por cuánto tiempo. Es decir, la jurisprudencia peruana interpretando el artículo 9 LPCL reconoce un *ius variandi* amplio para el empleador, lo que permite a éste modificar sustancial y unilateralmente lo que antes pactó con el trabajador. Lo peligroso de esta situación es que el contrato de trabajo pierda relevancia y al ser desplazado, simplemente se aplique la decisión del empleador."[2]

Por lo que se viene diciendo, es claro inferir que no me encuentro de acuerdo con la lectura ampliada de las potestades para el "*ius variandi* radical" que se hace del artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Por el contrario, debo ratificar mi adhesión al sentido garantista en que la Corte Suprema, mediante la sentencia de casación recaída en el expediente 11144-2016- CUSCO, ha leído esta norma.

2 NEVES MUJICA, Javier y otros. "La flexibilidad laboral: Aspectos individuales". En: Código de Derecho Laboral. Volumen I: Régimen laboral de la actividad privada. Palestra. Lima. 2011. pp. 24-31.

Dicho lo anterior, se debe precisar que el ordenamiento general, es decir, sin consideración de la normativa de emergencia, sí permite el ejercicio de un supuesto de "*ius variandi* radical" aplicado a jornadas, horarios y turnos; pero no como expresión de la voluntad soberana y unilateral del empleador, sino como resultado de una negociación demarcada por un orden de prelación donde la organización sindical y la representación de trabajadores subordinan al trabajador individual.

El legislador, entonces, crea una nueva figura de garantía al anteponer al sujeto laboral colectivo sobre el individual para negociar el "*ius variandi* radical", procurando así que el pacto proveniente regule sus alcances, los que amparados además en las necesidades del centro de trabajo (exigencia de justificación objetiva y razonable) se entienden excepcionales. De este modo, virtualmente, se estaría generando una negociación en mayor equidad y premunida por los caracteres de un acuerdo colectivo.

Corresponde mencionar que de modo expreso el artículo 2° del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo ha facultado al empleador para modificar nociones conexas a la jornada, horario o turno; pero a la vez lo ha vinculado, en todos los casos, a respetar el procedimiento garante que se ha referido.

En tal sentido, son facultades reconocidas al empleador:

i) Establecer la jornada ordinaria de trabajo, diaria o semanal;

ii) establecer jornadas compensatorias de trabajo de tal forma que en algunos días la jornada ordinaria sea mayor y en otras menor de ocho horas, sin que en ningún caso la jornada ordinaria exceda en promedio de cuarenta y ocho horas por semana;

iii) reducir o ampliar el número de días de la jornada semanal de trabajo, encontrándose autorizado a prorratear las horas dentro de los restantes días de la semana, considerándose las horas prorrateadas como parte de la jornada ordinaria de trabajo, en cuyo caso ésta no podrá exceder en promedio de cuarenta y ocho horas semanales. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo;

iv) establecer, con la salvedad del Artículo 9 de la presente Ley, turnos de trabajo fijos o rotativos, los que pueden variar con el tiempo según las necesidadesdel centro de trabajo;

v) establecer y modificar horarios de trabajo.

La facultad iv) es la que resulta de directa aplicación al análisis del "*ius variandi* radical" nacido con el Decreto de Urgencia 29-2020; sin embargo, no es la única mediante la cual podría manifestarse, ya que como se mencionará *infra* su lectura teleológica puede generar otras alternativas.

Sin analizar aún la regulación de emergencia, más allá de la breve mención previa, debo anotar el procedimiento garante que para el ejercicio de dichas facultades ha de transitar el empleador:

i) El empleador, previamente a la adopción de alguna de las medidas señaladas, debe comunicar con ocho días de anticipación al sindicato, o a falta de éste a los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores afectados, la medida a adoptarse y los motivos que la sustentan;

ii) dentro de este plazo, el sindicato, o a falta de éste los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores afectados, pueden solicitar al empleador la realización de una reunión a fin de plantear una medida distinta a la propuesta, debiendo el empleador señalar la fecha y hora de la realización de la misma. A falta de acuerdo, el empleador está facultado a introducir la medida propuesta, sin perjuicio del derecho de los trabajadores a impugnar tal acto ante la Autoridad Administrativa de Trabajo;

iii) dentro de los diez días siguientes a la adopción de la medida, la parte laboral tiene el derecho de impugnar la medida ante la Autoridad Administrativa de Trabajo para que se pronuncie sobre la procedencia de la medida en un plazo no mayor de diez días hábiles, en base a los argumentos y evidencias que propongan las partes.

Principalmente, el procedimiento antes detallado, que como se ha indicado existe como garantía de los derechos de los trabajadores ante el ejercicio de un "*ius variandi* radical" ha sido omitido en la regulación de emergencia.

IV. El *"ius variandi"* regulado en el Decreto de Urgencia 29-2020: "*ius variandi* radical de emergencia"

Me parece conveniente mencionar la figura de la "Ética de mínima" en este punto y más aún desde la aplicación que hace de ella Cassagne al derecho administrativo y en análisis de las lesiones a la propiedad y a la estabilidad de los contratos.

Pues bien, al aplicar las ideas de Sagüés a la disciplina administrativa y en análisis del derecho de propiedad, Cassagne se sitúa en un Estado de Necesidad que genera la obligación, por las circunstancias, de legislar mediante leyes de emergencia; así, recurre a la "Ética de mínima" para en contraste con la "Ética de máxima" explicar los alcances de aquellas en el Estado de Derecho.

> "Esta doctrina, que se funda en que la necesidad puede generar derecho (*necessitas jus constituit*) admite su funcionamiento como remedio extraordinario y restrictivo dentro de la Constitución, oponiéndose a la llamada "Ética de máxima", que subordina el derecho y sus fines a la propia necesidad, como producto del poder de los gobernantes. Esta necesidad de Estado, sólo justificada en el poder, contraría los principios del derecho natural y constituye la negación del Estado de Derecho que es el principal basamento del orden constitucional en los países occidentales. La suerte de los derechos de propiedad y, consecuentemente, la estabilidad de los contratos, no pueden quedar sometidos a la decisión de los gobernantes de turno, sin respetarse los límites constitucionales y legales.
>
> Se impone entonces la denominada "ética de mínima" cuyo fundamento puede ubicarse — como se dijo antes— en el principio de subsistencia de la sociedad y del Estado."[3]

La "Ética de mínima", entonces debe ser puesta en práctica en el entendimiento y aplicación del Decreto de Urgencia 29-2020, lo que involucra que el derecho del trabajo y de modo concreto, el contrato de trabajo o aún más focalizada, la prestación de servicios, no puedan quedar sometidos a sus contenidos [del Decreto de Urgencia 29- 2020] sin respeto de los límites constitucionales y legales, siempre dentro de los hitos de la subsistencia de la sociedad y el Estado; negando por lo tanto una posible aplicación ausente de ponderación, donde los derechos constitucionales se someten únicamente a la necesidad.

Los artículos 25° y 26° del cuerpo normativo referido regulan:

> **"Artículo 25. Modificación de turnos y horarios de la jornada laboral**
> Autorízase a los empleadores del sector público y privado para que, durante el plazo de vigencia de la emergencia sanitaria, puedan modificar y establecer de manera escalonada los turnos y horarios de trabajo de sus trabajadores y servidores civiles como medida preventiva frente al riesgo de propagación del COVID-19, sin menoscabo del derecho al descanso semanal obligatorio."

3 CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. Palestra. Lima. 2010. pp. 539-540.

"Artículo 26. Medidas aplicables durante la vigencia del estado de emergencia nacional en el sector público y sector privado

26.1. Durante la vigencia de la declaratoria de estado de emergencia nacional efectuada mediante Decreto Supremo Nº 044-2020-PCM, los empleadores deben adoptar las medidas que resulten necesarias a fin de garantizar la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales regulados en el numeral 4.1 del artículo 4, en el numeral 8.3 del artículo 8 y en el numeral 9.3 del artículo 9 de dicha norma, y que resultan estrictamente necesarios para evitar la propagación del COVID-19.

26.2. En el caso de las actividades no comprendidas en el numeral precedente y, siempre que no se aplique el trabajo remoto, los empleadores otorgan una licencia con goce de haber a los trabajadores y servidores civiles, de acuerdo a lo siguiente:

a) En el caso del sector público, se aplica la compensación de horas posterior a la vigencia del Estado de Emergencia Nacional, salvo que el trabajador opte por otro mecanismo compensatorio.

b) En el caso del sector privado, se aplica lo que acuerden las partes. A falta de acuerdo, corresponde la compensación de horas posterior a la vigencia del Estado de Emergencia Nacional."

Se trata pues de un supuesto en que el empleador efectúa el ejercicio de su *ius variandi* en una concepción radical, pues permite variar la jornada de labores de sus trabajadores, lo que evidentemente supera los límites de razonabilidad, proscripción del abuso de derecho y ausencia de objetividad.

Sin embargo, el escenario coyuntural en que se desarrolla nos vincula a determinar cuáles son los elementos de la "ética de mínima" correspondiente, lo que permitirá entender el ámbito objetivo de aplicación de la norma en cita, ya que la razonabilidad, la proscripción del abuso de derecho y la objetividad deberán verse desde dicho prisma. Dicha "ética de mínima" se encuadrará en base al derecho al trabajo, pero sobre todo a la salud, la integridad y la vida que pasarán a conformar los mínimos indispensables de subsistencia social.

Una primera afirmación qué hacer es que la libertad con la que cuenta el empleador debe enmarcarse en los límites que el marco constitucional establece para la materia, y es en el ejercicio de la jornada de ocho horas, tal como señala el artículo 25 de la Constitución Política Peruana.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado con ocasión de la sentencia recaída en el expediente 4635-2004-AA/TC, lo siguiente:

> "De las disposiciones citadas, que constituyen el parámetro constitucional que debe emplearse para la configuración del derecho a la jornada laboral de ocho horas diarias, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se desprende que:
> a) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración.
> b) Es posible que bajo determinados supuestos se pueda trabajar más de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana. Este supuesto dependerá del tipo de trabajo que se realice.
> c) El establecimiento de la jornada laboral debe tener una limitación razonable.
> d) Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.
> e) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor; (por ejemplo, el artículo 4.º del Convenio N.º 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)"

Una segunda afirmación qué hacer es con respecto al objeto de la norma de emergencia que indica:

> "**Artículo 1. Objeto** El presente Decreto de Urgencia tiene por objeto establecer medidas extraordinarias, en materia económica y financiera, que promuevan el financiamiento de las micro y pequeñas empresas (MYPE), que se vean afectadas por el contexto internacional y local adverso, producto de la propagación del COVID-19 en el territorio nacional; así, como establecer medidas que permitan adoptar las acciones preventivas, de respuesta y de financiamiento, para reducir el riesgo de propagación y el impacto sanitario de la enfermedad causada por el citado virus."

Es decir, las medidas que se habilitan desde dicha norma excepcional, están orientadas -o sea, no pueden desvincularse- del fin u objetivo siguiente: reducir el riesgo de propagación y el impacto sanitario de la enfermedad causada por el virus del Covid-19.

Como se aprecia, la regla contenida en el artículo 1° antes citado, es una regla de fin: establece un claro fin de prevención y cuidado de la salud pública como bien jurídico de relevancia constitucional que legitima toda medida extraordinaria

y, dentro de ellas, las facultades extraordinarias otorgadas al empleador para alterar elementos esenciales del contrato como es la locación (el lugar de trabajo) y la modificación del horario.

Una tercera afirmación qué hacer se origina en cuanto a las medidas de prevención, en el contexto de la emergencia sanitaria, tales como el privilegio del trabajo remoto destinado a prevenir el riesgo de exposición de los trabajadores al contagio y sólo cuando la naturaleza de las actividades que ejecuta el trabajador para su empleador no lo permita, corresponderá ejecutar la prestación personal de servicios a través de la presencia física del trabajador en el centro de trabajo; pero adoptando todas las medidas de prevención, entre ellas la potestad del empleador -atribuida excepcionalmente durante la emergencia sanitaria- de modificar de manera excepcional y colectiva el (los) turno (s) de trabajo y el horario de trabajo como "(…) medida preventiva frente al riesgo de propagación del COVID-19, sin menoscabo del derecho al descanso semanal obligatorio."

Entonces, se puede afirmar que el empleador no está facultado para la modificación unilateral y colectiva del horario que permita incrementarlo (es decir añadir horas de trabajo), ni tampoco está autorizado para alterar la jornada, ni mucho menos para violar los límites de la jornada máxima (de 48 horas semanales).

En otras palabras, salvo la potestad excepcional que rige durante la emergencia sanitaria, de modificar unliteralmente los turnos y el horario de trabajo de tal forma de hacerlo escalonado u adoptando cualquier otra forma para prevenir los riesgos de contagios en el centro de trabajo y en la comunidad, el empleador -fuera del supuesto antes descrito- sigue vinculado por las normas contenidas en el Decreto Legislativo No. 854, en especial, respecto de los procedimientos de alteración de la jornada (dentro del límites de las 48 horas semanales respetando la Constitución).

Una cuarta afirmación proviene de la lectura concordada con el artículo 42° del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo que vincula a los empleadores a que dicha medida sea adoptada conforme a las normas de prevención y considerando las funciones otorgadas al Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo[4].

4 Reglamento de la LSST: "**Artículo 42**.- Son funciones del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo: a) Conocer los documentos e informes relativos a las condiciones de trabajo que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como los procedentes de la actividad del servicio de seguridad y salud en el trabajo. b) Aprobar el Reglamento Interno de Seguridad y Salud del empleador. c) Aprobar el Programa Anual de Seguridad y Salud en el Trabajo. d) Conocer y aprobar la

En suma, el ejercicio del "*ius variandi* radical" permitido por el Decreto de Urgencia 29- 2020 no puede contradecir los supuestos de subsistencia social y por ende debe ampararse en el respeto de:

i) Los límites establecidos en el artículo 25 de la Constitución Política Peruana;

ii) la teleología que el mismo cuerpo normativo declara: reducir el riesgo de propagación y el impacto sanitario de la enfermedad causada por el virus del COVID-19;

iii) la potestad excepcional que rige durante la emergencia sanitaria para modificar unliteralmente los turnos y el horario de trabajo de forma tal que se

Programación Anual del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo. e) Participar en la elaboración, aprobación, puesta en práctica y evaluación de las políticas, planes y programas de promoción de la seguridad y salud en el trabajo, de la prevención de accidentes y enfermedades ocupacionales. f) Aprobar el plan anual de capacitación de los trabajadores sobre seguridad y salud en el trabajo. g) Promover que todos los nuevos trabajadores reciban una adecuada formación, instrucción y orientación sobre prevención de riesgos. h) Vigilar el cumplimiento de la legislación, las normas internas y las especificaciones técnicas del trabajo relacionadas con la seguridad y salud en el lugar de trabajo; así como, el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo. i) Asegurar que los trabajadores conozcan los reglamentos, instrucciones, especificaciones técnicas de trabajo, avisos y demás materiales escritos o gráficos relativos a la prevención de los riesgos en el lugar de trabajo. j) Promover el compromiso, la colaboración y la participación activa de todos los trabajadores en la prevención de los riesgos del trabajo, mediante la comunicación eficaz, la participación de los trabajadores en la solución de los problemas de seguridad, la inducción, la capacitación, el entrenamiento, concursos, simulacros, entre otros. k) Realizar inspecciones periódicas en las áreas administrativas, áreas operativas, instalaciones, maquinaria y equipos, a fin de reforzar la gestión preventiva. l) Considerar las circunstancias e investigar las causas de todos los incidentes, accidentes y de las enfermedades ocupacionales que ocurran en el lugar de trabajo, emitiendo las recomendaciones respectivas para evitar la repetición de éstos. m) Verificar el cumplimiento y eficacia de sus recomendaciones para evitar la repetición de los accidentes y la ocurrencia de enfermedades profesionales. n) Hacer recomendaciones apropiadas para el mejoramiento de las condiciones y el medio ambiente de trabajo, velar porque se lleven a cabo las medidas adoptadas y examinar su eficiencia. o) Analizar y emitir informes de las estadísticas de los incidentes, accidentes y enfermedades ocupacionales ocurridas en el lugar de trabajo, cuyo registro y evaluación deben ser constantemente actualizados por la unidad orgánica de seguridad y salud en el trabajo del empleador. p) Colaborar con los servicios médicos y de primeros auxilios. q) Supervisar los servicios de seguridad y salud en el trabajo y la asistencia y asesoramiento al empleador y al trabajador. r) Reportar a la máxima autoridad del empleador la siguiente información: r.1) El accidente mortal o el incidente peligroso, de manera inmediata. r.2) La investigación de cada accidente mortal y medidas correctivas adoptadas dentro de los diez (10) días de ocurrido. r.3) Las estadísticas trimestrales de accidentes, incidentes y enfermedades ocupacionales. r.4) Las actividades trimestrales del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo. s) Llevar en el Libro de Actas el control del cumplimiento de los acuerdos. t) Reunirse mensualmente en forma ordinaria para analizar y evaluar el avance de los objetivos establecidos en el programa anual, y en forma extraordinaria para analizar accidentes que revistan gravedad o cuando las circunstancias lo exijan."

ordena escalonadamente u adoptando cualquier otra forma para prevenir los riesgos de contagios en el centro de trabajo y en la comunidad;

iv) la medida a adoptarse debe considerar las funciones otorgadas al Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Un ejercicio contrario generaría una lesión desproporcionada en los derechos que componen la esfera jurídico subjetiva del trabajador: el derecho al trabajo, la libertad de trabajo; pero principalmente, su vida, su integridad y su salud.

ESTABILIDAD LABORAL EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19: LOS CASOS DE PARAGUAY Y PERÚ

María Gabriela Paats Nicora*
César Augusto Fernández Mata**

Resumen: Se presentan aspectos generales concernientes a la estabilidad laboral en el Paraguay y Perú, en el contexto de la pandemia de la COVID-19.

Palabras clave: Estabilidad laboral - medidas laborales - suspensión - terminación.

Sumario: I. Introducción. **II.** La estabilidad laboral en el contexto de la pandemia de la COVID-19: Legislaciones distintas con mismos paradigmas laborales. **III.** Consideraciones finales.

I. Introducción

La propagación de la pandemia de la COVID-19 ha obligado a los países a adoptar diversas medidas con el propósito de restar y, eventualmente, controlar su rápida y masiva expansión. Se han dispuesto medidas de prevención, control, vigilancia y respuesta sanitaria, así como medidas de restricción de tránsito con excepciones (para servicios y bienes esenciales), confinamiento y cuarentena total

* Abogada por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Paraguay. gabipaats@gmail.com

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, y estudios de maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la misma casa de estudios. Asociado fundado de la Sección Peruana de Jóvenes Juristas. cesar.fernandez.mata@gmail.com

en determinados casos (como el de personas en grupos de riesgo), esto con el objeto de preservar la vida y la salud pública; aunque sin dejar de lado la necesidad que haya una progresiva reanudación de actividades y reactivación económica. Esto último se ha previsto sobre todo porque la propagación de la COVID-19 afecta las perspectivas de crecimiento de la económica, aunque como señala López Ahumada[1], ha ocasionado -en realidad- un colapso de los sistemas de relaciones económicas, laborales y sociales.

En ese contexto, similar para países como Paraguay y Perú, se han contemplado medidas laborales en relación con el derecho a la estabilidad laboral, las cuales revisamos en el presente trabajo, a efectos de verificar la orientación que se ha dado en cada caso, si se mantuvo la normativa vigente antes de la pandemia, o si, producto de esta, se implementaron reformas o emitieron nuevas disposiciones, cuáles fueron los recursos más utilizados.

II. La estabilidad laboral en el contexto de la pandemia de la COVID-19: Legislaciones distintas con mismos paradigmas laborales

En los casos de Paraguay y Perú, las medidas laborales se han enfocado en asegurar la permanencia en el empleo, evitando la ocurrencia de extinciones de contratos de trabajo. En ese sentido, el objeto de las medidas ha sido garantizar -sobre todo- una estabilidad laboral "de salida" en su dimensión individual, a la que nos referiremos a continuación.

a) Estabilidad

Paraguay

En Parguay, según la normativa vigente, existen 2 tipos de estabilidad: i) la estabilidad general que adquiere el trabajador una vez superado el periodo de prueba, que puede ser de 30, 60 o más días si se tratan de trabajadores altamente calificados, de acuerdo con el tipo de labor que se realice; y, ii) la estabilidad

1 LOPEZ AHUMADA, José Eduardo (2020). *Solidaridad y trabajo protegido desde una perspectiva global: la respuesta social ante la pandemia del coronavirus.* En: Revista Laborem N° 22 / 2020 - Tendencias en derecho sindical y debates sobre la negociación colectiva en el sector público. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), p. 260.

especial es la que adquiere el trabajador con más de 10 años de antigüedad[2], las trabajadoras embarazadas y los trabajadores con estabilidad sindical.

La diferencia entre ambas radica no solo en la antigüedad que tenga el trabajador, sino también, en la forma de terminación. Un trabajador con estabilidad general puede ser despedido injustificadamente, en cambio un trabajador con estabilidad especial (sea por antigüedad de 9 años y 6 meses, mujer trabajadora embarazada o trabajador sindical), necesariamente debe probar una justa causa de despido. Así, de conformidad con el artículo 81 del C.T. el despido no es directo, el empleador debe iniciar un juicio de justificación de causa de despido, para poder demostrar la justa causa que alega.

Perú

La estabilidad laboral es una de las principales instituciones del Derecho del Trabajo, teniendo sustento constitucional en el artículo 27 de la Carta Magna la cual el reconoce a esta una faceta de conservación del empleo: protección contra el despido arbitrario o no ser privado de un contrato de trabajo si es que no existe una causa justa. Aunado a esto, existe una preferencia por la contratación laboral por tiempo indeterminado, lo cual obedece a una lectura que parte de una base constitucional: el reconocimiento del derecho del trabajo y el principio de continuidad en el empleo, a partir del cual se entiende que el vínculo laboral dura tanto como la fuente que le dio origen, siempre que el trabajador cumpla adecuadamente con sus obligaciones laborales.

Sobre ello, tanto la doctrina[3] como el máximo intérprete de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional[4], se han encargado de explicar que la regla en toda relación laboral debiera ser que, al interior de toda empresa estas debieran de durar tanto como la empresa misma. Dicho de otro modo, si un proyecto empresarial tiene un ánimo de permanencia en el tiempo, los contratos de trabajo deberán ser indeterminados en el tiempo; hay por tanto una resistencia a admitir la recisión unilateral del contrato por voluntad del empleador. Como señala Villavicencio[5], esto se traduce en la estabilidad de entrada y salida, ambas necesarias para asegurar la estabilidad de trabajo.

2 De conformidad con el artículo 101 del C.T., también se infiere que gozan de esta estabilidad los trabajadores con 9 años y 6 meses de antigüedad.

3 SANGUINETI Raymond, Wilfredo (2008). *Los contratos de trabajo de duración determinada.* Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, p.16.

4 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1874-2002-AA/TC (F.J. 3).

5 VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo (2013). *El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado.* En: Revista Derecho PUCP N° 71, p. 310.

b) Medidas con incidencia en la estabilidad laboral

Paraguay

En Paraguay, se han emitido varias medidas orientadas a que se conserve el empleo. Destacan las siguientes: a) La Resolución 471/2020, que establece mecanismos de trabajo (trabajo a distancia); b) La Resolución 499/2020, sobre flexibilización respecto del cumplimiento de la obligación de comunicación de vacaciones, otorgando vacaciones remuneradas adelantadas; c) La Resolución 500/2020, que reglamenta los artículos 71 y 72 del C.T., los cuales establecen el procedimiento para solicitar la suspensión de los contratos de trabajo; d) La Resolución 539/2020, sobre la excepción de presentación de documentos para MIPYMES para la solicitud de suspensión; e) La Resolución 598/2020, que reglamenta el Teletrabajo; f) Resolución 600/2020, sobre remisión automática del Ministerio de Trabajo. Empleo y Seguridad Social (MTESS) al Instituto de Previsión Social (IPS), de la nómina de trabajadores comunicados en suspensión; y, g) Acta de verificación de la implementación de medidas preventivas ante el riesgo de expansión del Covid-19. Igualmente, relacionado a la seguridad social, el IPS reglamentó la operatividad de la liquidación y nomina final de beneficiarios de la compensación económica por suspensión de los contratos laborales, y del subsidio de reposo por la COVID-19.

Adicionalmente, durante la pandemia de la COVID-19, la autoridad administrativa del trabajo ha sugerido diversas alternativas a fin de paliar la situación de trabajo, mantener la estabilidad laboral y evitar los despidos. Las propuestas fueron el trabajo a distancia o home office; vacaciones remuneradas causadas y adelantadas; anticipo de salario y aguinaldo proporcional; pago del salario en especie hasta el 30 %; medidas de Seguridad y Salud Ocupacional; y, suspensión de contratos de trabajo con trato diferencial a pequeñas empresas.

Así también, en algunos casos se vio la necesidad de la reducción de la jornada y por tanto del salario atendiendo a las restricciones impuestas por el gobierno, la suspensión de la economía, el cierre de fronteras, etc. Sobre este punto, es necesario señalar que en el C.T. la reducción del salario es ilegal cuando se realiza sin consentimiento del trabajador. En dicho caso, se configura una modificación unilateral a las condiciones laborales, que es causal de terminación del contrato por voluntad del trabajador. Para estos casos, no se dictaron nuevas normas, sino que se establecieron recomendaciones como formalizar a través de una adenda al contrato de trabajo condiciones temporales tales como la reducción de la jornada y el pago del salario proporcional a la jornada trabajada, a fin de resguardar

la beneficio estabilidad general del trabajador, de forma tal que no afecte en sus condiciones.

Perú

En Perú también se han emitido medidas orientadas a que se conserve el empleo. Por ejemplo, a través del Decreto de Urgencia N° 026-2020, se estableció diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación de la COVID -19 en el territorio nacional, y que tienen incidencia en la estabilidad laboral, tales como la q habilitación a los empleadores del sector público y privado para que implementen el trabajo remoto, modificando el lugar de prestación de servicios de sus trabajadores, de tal manera que esta pueda continuar realizándose, esta vez fuera del lugar del centro de trabajo, ya sea en el hogar del trabajador o en el lugar en donde se encuentre realizando el aislamiento social obligatorio focalizado, establecido por el Decreto Supremo N° 156-2020-PCM.

Luego, mediante el Decreto de Urgencia Nº 038-2020 se autorizó a los empleadores a que, cuando no puedan implementar la modalidad de trabajo remoto o aplicar la licencia con goce de haber, sea por la naturaleza de sus actividades o por el nivel de afectación económica, podrá adoptar las medidas necesarias para mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, privilegiando el acuerdo con los trabajadores. Entre estas medidas, se encuentran las siguientes: i) otorgar el descanso vacacional adquirido y pendiente de goce; ii) acordar el adelanto del descanso vacacional a cuenta del periodo vacacional que se genere a futuro; iii) acordar la reducción de la jornada laboral diaria o semanal, con la reducción proporcional de la remuneración; iv) acordar la reducción de la remuneración, la cual debe guardar proporcionalidad con las causas que la motivan sin poder fijarse un monto inferior a la RMV; y, v) adoptar otras medidas reguladas por el marco legal vigente, siempre que permitan el cumplimiento del objetivo del Decreto de Urgencia Nº 038-2020.

c) Suspensión de las relaciones de trabajo

Paraguay

En Paraguay, la suspensión de las relaciones de trabajo ha sido la medida más utilizada en Paraguay. Así, solo en mayo de 2020 se reportaron 88,000 pedidos de suspensión de un total de 7,000 empresas, cuyo 79% son micros, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES). En ese orden, durante la pandemia de la COVID-19, ha sido la suspensión de los contratos de trabajo con el correspondiente

subsidio otorgado por el Estado, el puntapié para minimizar el impacto de la cuarentena en el empleo formal. Finalmente, tras la apertura de fases y habilitación de diversas actividades, se ha evidenciado un mejoramiento en los registros de ocupación, según datos oficiales[6].

Ahora bien, la regulación sobre la suspensión de las relaciones de trabajo ha sido ampliada ante la pandemia de la COVID-19: se emitió el reglamento de los artículos 71 y 72 del C.T. que regulan el procedimiento para la suspensión de los contratos de trabajo, desarrollando disposiciones sobre las causales, el trámite y las reglas que deben cumplir las partes en dicho procedimiento.

El C.T regula que la principal consecuencia de la suspensión es solo interrumpir, más no extinguir los derechos y obligaciones que emanan de los contratos. Se mantiene la estabilidad general. La suspensión puede afectar a la totalidad del plantel de colaboradores o solo a una parte. El plazo de suspensión puede ser de 30 (treinta) a 90 (noventa) días. Asimismo, el C.T. en su artículo 71. establece un listado de causales, destacando entre ellas: a) La falta o insuficiencia de materias primas o fuerza motriz para llevar adelante las tareas, siempre que no sea imputable al empleador; b) la imposibilidad temporal de continuar las labores, como consecuencia directa e inmediata de la muerte o incapacidad del empleador; c) la carencia de medios de pago y la imposibilidad de obtenerlos para la continuación normal de los trabajos, debidamente justificados por el empleador; d) el exceso de producción en una industria determinada, con relación a las condiciones económicas de la empresa y a la situación del mercado; e) la imposibilidad de proseguir los trabajos en una empresa o industria determinada, por no ser rentable la explotación; f) el caso fortuito o la fuerza mayor, cuando tenga como consecuencia necesaria, inmediata y directa la interrupción de las faenas; y; g) cualesquiera otras circunstancias previstas en el contrato de trabajo y reglamento interno o sobrevivientes que, a juicio de la autoridad del trabajo hagan necesaria la suspensión o reducción de los trabajos.

Durante la pandemia de la COVID-19, se dictaron las resoluciones administrativas N.° 500/2020 y N° 539/2020, por la cual se reglamenta las disposiciones de los artículos 71 y 72 del C.T, y establecen pautas y orientaciones de carácter técnico legal para establecer el marco regulatorio para la tramitación de los pedidos de suspensión de contrato, respectivamente.

6 ABC Color, Paraguay. *Desempleo bajó, pero aumentó la subocupación en segundo trimestre.* 21 de agosto de 2020. https://www.abc.com.py/nacionales/2020/08/21/desempleo-bajo-pero-aumento-la-subocupacion-en-segundo-trimestre/ Consultado el 12 de noviembre de 2020.

A su vez, en atención al artículo 46 de la Ley N° 6524/2020 el Gobierno nacional, dispuso el pago de una compensación económica, para las solicitudes de suspensión de contratos laborales afectados por la COVID-19 y del subsidio de reposo por COVID-19. El IPS, reglamentó por Resolución C.A: N.° 025-022/2020, que opere la liquidación y nómina de beneficiarios de dicha compensación económica. Dicho beneficio es aplicable a todos los trabajadores cotizantes activos, que a causa de la emergencia sanitaria por la COVID-19, vieron suspendidos temporalmente sus contratos.

La compensación económica consiste en el pago del 50% del salario mínimo legal vigente de forma mensual, por el tiempo que perdure la suspensión del contrato de trabajo. El pago se otorga de forma independiente a la resolución del Ministerio del trabajo que concede la suspensión.

Prácticamente y en su mayoría las suspensiones de contratos de trabajo fueron solicitadas invocando la causal f) *caso fortuito o fuerza mayor*, atendiendo que fue la causal que mayor se adecúo a la situación fáctica y posterior a ellos, al levantarse las restricciones impuestas por el Gobierno Nacional, las suspensiones que fueron extendidas invocaron las causales económicas, tales como las c) y e) del art. 71. A la fecha existen aún unos 30.000 trabajadores formales con contratos suspendidos, que reciben la compensación económica por parte de IPS.

Perú

En Perú, mediante el Decreto de Urgencia Nº 038-2020 se autorizó a los empleadores a aplicar, de manera excepcional, una medida de suspensión perfecta de labores, en caso no les sea posible implementar la modalidad de trabajo remoto u otorgar licencia con goce de haber, sea por la naturaleza de sus actividades o por el nivel de afectación económica, y hayan agotado previamente la posibilidad de adoptar las medidas para mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneración referidas en el literal b) precedente; ello con la finalidad de mitigar los efectos económicos causados a los empleadores del sector privado a consecuencia de las medidas restrictivas y de aislamiento social adoptadas en el contexto del COVID-19 y preservar el empleo de los trabajadores.

En este caso, ante la pandemia de la COVID-19, se optó por regular una suspensión perfecta de labores con reglas especiales, en lugar de que se aplique la ya regulada en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por el Decreto Supremo N° 003-97-TR (LPCL).

d) Terminación de las Relaciones de Trabajo

Paraguay

En Paraguay, desde el inicio de la cuarentena (marzo a agosto), se registraron alrededor de 6.000 denuncias por despidos injustificados Cabe indicar que, según datos proporcionados por el Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social, el 90% de estos despidos proviene de empleos informales (empleadores que tenían a sus colaboradores sin el seguro social obligatorio).

La regulación sobre terminación de las relaciones de trabajo no se ha modificado ante la pandemia de la COVID-19.

Adentrándonos en los que respecta a las terminaciones de las relaciones de trabajo, en esta época, las causas más aducidas fueron: el mutuo consentimiento, despido injustificado y en ciertos casos el cierre total de la empresa. Si bien, la premisa fue y es la de mantener al trabajador y los puestos de trabajo, en estos tiempos inciertos, con todos los esfuerzos, los patrones tuvieron que tomar decisiones drásticas, pero sin afectar tan abruptamente a sus dependientes.

Con relación a las causales de terminación, se encuentran establecidas en el art. 78 del C.T. Art. 78, y mencionamos las siguientes: *a)*(…) ; *b)* el mutuo consentimiento, formalizado en presencia de un escribano público o de un representante de la autoridad administrativa del trabajo, o del Secretario del Tribunal del Trabajo del Juzgado en lo Laboral de turno o de dos testigos del acto; *c)* la muerte del trabajador o la incapacidad física o mental del mismo que haga imposible el cumplimiento del contrato; *d)* el caso fortuito o la fuerza mayor que imposibilite permanentemente la continuación del contrato; *e)* el vencimiento del plazo o la terminación de la obra, en los contratos celebrados por plazo determinado o por obra; *f)* la muerte o incapacidad del empleador, siempre que tenga como consecuencia ineludible o forzosa la terminación de los trabajos; *g)* la quiebra del empleador o la liquidación judicial de la empresa, salvo el caso de que el síndico, de acuerdo con los procedimientos legales pertinentes, resuelva que deba continuar el negocio o explotación. Si continuase, el síndico puede, si las circunstancias lo requieren, solicitar la modificación del contrato. El rehabilitado deberá contratar con los mismos trabajadores o sindicato; *h)* el cierre total de la empresa, o la reducción definitiva de las faenas, previa comunicación por escrito a la autoridad administrativa del trabajo, la que dará participación sumaria a los trabajadores antes de dictar la resolución respectiva; *i)* el agotamiento de la materia objeto de una industria extractiva; *j)* el despido del trabajador por el empleador con causa

justificada conforme a lo dispuesto en este Código; *k)* el retiro del trabajador por causas justificadas con arreglo a la ley; *(…)* y *ll)* por las demás causas de extinción de los contratos, conforme a las disposiciones del derecho común, que sean aplicable al contrato de trabajo.

Para cada causal el C.T. establece las reglas a ser tenidas en cuenta para su invocación. Para los casos a), b) y e) el contrato termina sin responsabilidad para las partes. En el caso del inc. d) se establecen 2 opciones: 1) si la empresa estuviese asegurada, percibida la indemnización el empleador repondrá la industria o comercio en proporción al importe de la misma o 2) si no se resuelve asi, se indemnizará a los trabajadores.[7]

Para los casos f), g), e i) los trabajadores percibirán la indemnización en escala del artículo 79 del C.T. Para el caso del cierre total de la empresa, si el empleador estableciese en el término de un año otra semejante, por si o por interpósita persona queda obligado a admitir a los mismos trabajadores que anteriormente empleo, o en su defecto abonarles la indemnización prevista en el artículo 91 del C.T.[8]

Perú

En Perú, si bien se fijaron medidas con el objeto de que se preserven los empleos, graduales que tenían como medida última a la suspensión perfecta de labores, no hubo una modificación en cuando a las medidas de terminación de la relación de trabajo. En ese sentido, se tiene que se encontraban presentes las reglas contenidas en ordenamiento peruano, tales como las causales de extinción del

7 Art. 79 del C.T. Ocurridos los casos previstos en los incisos *a)*, *b)* y *e)* del artículo anterior, o la incapacidad física o mental del trabajador que haga imposible el cumplimiento del contrato, el contrato de trabajo se termina sin responsabilidad para ninguna de las partes.

En el caso del inciso *d)*, si la empresa estuviese asegurada, percibida la indemnización, el empleador repondrá la industria o comercio en proporción al importe de la misma.

Si no resolviese hacerlo así, indemnizará a los trabajadores en la forma siguiente: cumplido el período de prueba hasta cinco años de antigüedad, con un mes de salario; al que tuviese más de cinco a diez años de antigüedad, con dos meses de salarios, y al que contase con más de diez años de antigüedad, con tres meses de salarios.

8 Art. 91 del C.T. (MODIFICADO POR LEY Nº 496/1995, ART. 1º) En caso de despido sin justa causa dispuesto por el empleador, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a 15 salarios diarios por cada año de servicio o fracción superior a seis meses, calculado en la forma mencionada en el inciso *b)* del artículo siguiente.

En caso de muerte del trabajador sus herederos tendrán derecho a la indemnización mediante la sola acreditación del vínculo. Si el trabajador fuera soltero o viudo, queda equiparado al cónyuge supérstite, la concubina o el concubino que hubiera vivido públicamente con el trabajador, en aparente matrimonio durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento.

contrato de trabajo, reguladas en el artículo 16 de la LPCL: a) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural; b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador; c) La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad; d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador; e) La invalidez absoluta permanente; f) La jubilación; g) El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley; h) La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por dicha norma. En cuanto a esta última causal, se tiene que la propia LPCL regula en los artículos 46 al 48 la terminación de la relación de trabajo por causas objetivas –cese colectivo- por caso fortuito o fuerza mayor, por motivos económicos, tecnológicos, o estructurales, los cuales cuentan con requisitos específicos y criterios sobre entrega de la información pertinente; nómina de trabajadores afectados; acreditación de negociaciones directa; realidad, actualidad y suficiencia de la crisis; previa suspensión perfecta de labores, que la autoridad administrativa de trabajo ha ido desarrollando en los últimos años

III. Consideraciones finales

Las primeras medidas en el caso de ambos países no previeron que la crisis sanitaria y económica por la COVID-19 se prolongaría por más de 8 meses. En ese sentido, las alternativas propuestas tenían una vocación de permanencia de 1 a 2 meses, lo cual forzó a un cambio de ruta, respecto de las medidas y a prever habilitar la suspensión de las relaciones de trabajo.

En ese orden, resulta importante que se haya regulado la posibilidad de solicitar la suspensión, ya sea total o parcial, a fin de mantener y conservar el empleo, y además percibir una retribución, que por más que sea del 50%, en gran medida fue y es de ayuda para los trabajadores, en el caso de Paraguay. En todo caso, esto último podría observarse en el caso peruano, pues, la emisión de beneficios a las personas contempladas en suspensiones perfectas de labores ha estado sujeta a cambios, y durante los meses de marzo a mayo, no ha cubierto a dichos trabajadores.

En consecuencia, se puede concluir que no ha existido una solución efectiva para garantizar la estabilidad laboral durante la pandemia de la COVID-19, siendo esta institución afectada, pese a las medidas emitidas orientadas a la conservación del empleo. Esta por verse que sigue en los próximos meses, pues en ambos países, el marco de la emergencia sanitaria por la COVID-19 sigue vigente.

DEBILIDADES INSTITUCIONALES PARA LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO EN EL PERÚ: CONTRATACIÓN TEMPORAL E INSPECCIÓN DEL TRABAJO

Lily Ku Yanasupo*

El "principio de causalidad" aparece como uno de marcada centralidad para evaluar a nuestro sistema de relaciones de trabajo. En este artículo se presenta una visión crítica del régimen legal de los contratos a plazo determinado, dado su impacto en el ejercicio de derechos individuales y colectivos, y por el difícil combate de su uso fraudulento por el aparato administrativo estatal.**

Sumario: I. A modo de introducción. **II.** La naturaleza de la contratación laboral temporal y el principio de causalidad. **III.** Reformas laborales de la década de 1990: su impacto en la estabilidad en el empleo y en los derechos labores colectivos. **IV.** Debilidades institucionales de la inspección del trabajo. **V.** A modo de conclusión

* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional por la Universidad de Génova (Italia) y Diploma en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares (España). Actualmente trabaja como comisionada de la Defensoría del Pueblo del Perú. lku@pucp.pe, likuya@gmail.com.

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

1. A modo de introducción

La crisis sanitaria generada por el brote del COVID-19 que viene afectando al mundo en diferentes ámbitos, ha desnudado los graves problemas estructurales que padece el Perú en materia social, entre ellos, las décadas de precariedad laboral y las debilidades institucionales para hacer frente a la actual crisis del empleo.

La precariedad laboral en nuestro país no solo es un problema del sector informal, sino también del sector formal. Esto se debe -básicamente- al uso intensivo de la contratación temporal desnaturalizada, que es consecuencia: i) de las reformas laborales de inicios de los noventa que incrementaron los tipos de contrato a plazo fijo para fomentar empleo de baja calidad, y ii) de las debilidades institucionales de los mecanismos existentes para la protección de los derechos laborales, en específico de la inspección del trabajo.

En este artículo presento un breve análisis de cómo la precariedad laboral generada por el creciente uso de los contratos temporales, ha tenido repercusiones en la estabilidad en el empleo y en el bienestar de los trabajadores, afectaciones que hoy, en el marco de la crisis sanitaria, se agudizan aún más, propiciando que los trabajadores sean sometidos a mayores abusos laborales y se queden sin medios de subsistencia.

2. La naturaleza de la contratación laboral temporal y el principio de causalidad

La naturaleza del contrato temporal dentro del mercado laboral, no se encuentra restringida al enfoque economicista sobre la reducción de los costos del despido que este tipo de contrato representa. Los contratos temporales responden objetivamente a una necesidad empresarial vinculada a la naturaleza de las actividades, como es la aparición de labores ocasionales, eventuales o transitorias dentro del quehacer diario de la empresa; es decir, se trata de circunstancias imprevistas y excepcionales que no pueden ser asumidas por los trabajadores que realizan actividades permanentes. En ese sentido, estos contratos se rigen por un principio de causalidad.

El principio de causalidad, conforme a la jurisprudencia constitucional peruana, establece que la duración del vínculo laboral debe estar garantizado mientras subsista la fuente que le dio origen. Debido a la presunción de indeterminación del contrato laboral, la contratación temporal tiene un carácter excepcional y procede únicamente cuando su objeto es realizar "labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar". Dado este carácter excepcional, la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, e incluso sanciones cuando esta figura se emplea con simulación o fraude para evadir la contratación por tiempo indeterminado (Sentencia N° 1874-2002-AA/TC, fundamento 3).

Asimismo, de acuerdo a la presunción de indeterminación del contrato de trabajo, que se encuentra establecida en nuestra legislación laboral[1], ningún trabajador puede ser separado de su puesto de trabajo, que es su fuente de subsistencia, salvo que medie una causa justa para el despido. Esta interpretación no responde a simples cuestiones de "preferencia legislativa", sino que es acorde con el principio de razonabilidad. Pero, como toda presunción, ella no es absoluta e imposible de quebrar.

Primero, es posible desvirtuar la presunción de indeterminación del contrato laboral, si el empleador puede demostrar que en los hechos existe un contrato de trabajo temporal, es decir, demostrar que existe una relación causal. Segundo, un contrato a plazo indeterminado no asegura la permanencia absoluta del trabaja-

1 Conforme al artículo 4 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

dor ni lo blinda de un posible despido; pero, eso sí, el empleador debe demostrar que existió una causa justa para la disolución del vínculo laboral de acuerdo a nuestra legislación.

Conforme a lo anterior, no serían correctas aquellas interpretaciones que concluyen que dicha presunción de indeterminación consagra una supuesta "estabilidad laboral absoluta" y constituye un muro infranqueable para el despido, pues esto -además- no se corresponde con la realidad.

En ese sentido, podemos no estar de acuerdo con alguno de los supuestos contemplados por la ley como causa justa de despido o considerar que es necesario que esta prevea otros supuestos, con lo cual nos correspondería hacer algún tipo de presión legislativa para una reforma laboral; pero esto es distinto a ir en contra de la regla que exige que el despido deba responder a motivos razonables.

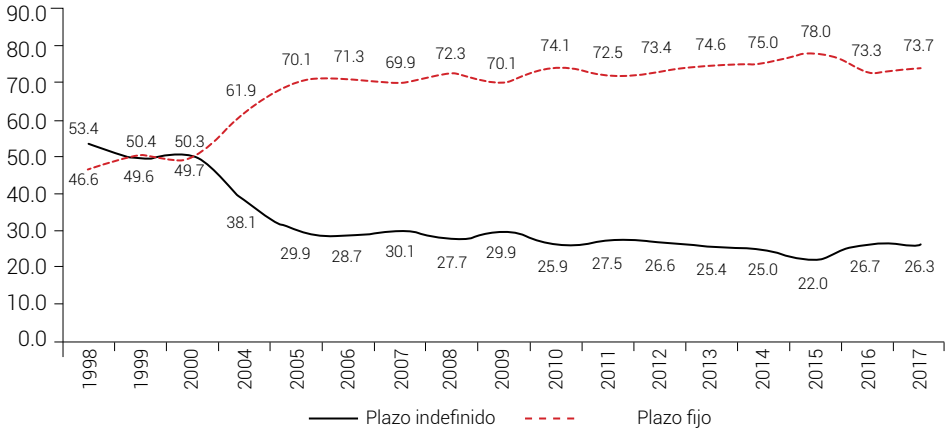
No obstante, el discurso de la flexibilización laboral suele plantear -bajo un enfoque empresarial- que el sistema de regulación de las relaciones laborales debe orientarse a la reducción de los costos del despido o a su "despenalización", proponiendo la eliminación de aquellas medidas protectoras que impidan que las empresas celebren con sus trabajadores el tipo de contrato que mejor les acomode, o que les impida despedir por cualquier motivo, incluso uno injusto, irrazonable y lesivo a los derechos fundamentales.

Como vemos, la contratación laboral temporal no es mala en sí misma. Este tipo de contratos cumple una finalidad en el mercado laboral, y por ello es necesario que tenga una regulación especial. El problema, en realidad, no es el uso de los contratos temporales, sino la desnaturalización de este tipo de contratos, es decir, su uso fraudulento o disimulado por parte de las empresas para evitar cumplir con las obligaciones derivadas de un contrato laboral a plazo indeterminado[2].

Por lo tanto, no habría inconveniente en que 7 de cada 10 relaciones laborales en el sector privado formal sean contratos temporales, siempre que estos correspondan a actividades temporales o transitorias, aunque esto pudiese tener repercusiones económicas en la evolución de la productividad. Pero, lo cierto es que en la práctica muchos de estos contratos temporales encubren la realización de actividades permanentes, es decir, son contratos desnaturalizados que no cumplen con el principio de causalidad.

2 Los supuestos de desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad se encuentran contemplados en el artículo 77 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Gráfico N° 1
Perú: PEA ocupada asalariada privada formal según tipo de contrato, 1998-2000 y 2004-2017 (%)



El gráfico muestra la distribución de la PEA ocupada asalariada privada formal según tipo de contratación.
Fuente: MTPS e INEI-Encuesta Especializada de Niveles de Empleo, III trimestre 1998-2000. INEI - Encuesta Nacional de Hogares sobre condiciones de vida y pobreza, 2004-2017.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

El uso creciente de contratos temporales para encubrir la realización de actividades permanentes, genera una alta rotación de trabajadores y la consecuente pérdida de estabilidad en los empleos, lo cual afecta el bienestar de estos y sus familias.

Frente a esta problemática, es necesario fortalecer las medidas protectoras de la estabilidad del empleo y de los derechos de los trabajadores, y esta es una labor que le corresponde al Estado a través -por ejemplo- de un eficiente sistema de fiscalización laboral. En efecto, la inspección laboral es un mecanismo que, de conformidad con la Organización Internacional del Trabajo, puede contribuir a evitar los costos derivados de los accidentes laborales, del abuso de los trabajadores y de los conflictos laborales, y por tanto estimular la productividad y el desarrollo económico[3].

3 Fuente: http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/labour-inspection/lang--es/index.htm.

3. Reformas laborales de la década de 1990: su impacto en la estabilidad en el empleo y en los derechos labores colectivos

Las reformas laborales de inicios de la década del noventa aumentaron las figuras para la contratación temporal[4], la que hasta ese momento estaba reservada a actividades estrictamente transitorias o temporales[5], dando lugar a una serie de modalidades que no justificaban su existencia en la naturaleza de las actividades.

Estas medidas significaron una transgresión al principio de causalidad que rige nuestro sistema laboral, pues solo buscaban reducir los costos de la terminación de la relación laboral para las empresas e incentivar la generación de puestos de trabajo de baja calidad[6]. Esto tuvo una incidencia directa en la estabilidad de los trabajadores, generando alta rotación de mano de obra, bajos niveles de capacitación laboral, menores salarios en promedio, afectación a la organización de los trabajadores y perjuicios directos a los regímenes de protección social en salud y pensiones (Cuadros y Sánchez 2007: 11).

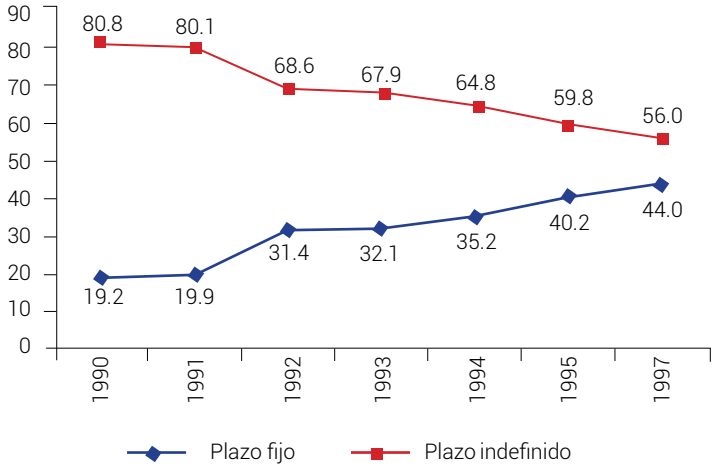
De acuerdo a un estudio denominado "Estabilidad laboral e indemnización: efectos de los costos de despido sobre el funcionamiento del mercado laboral peruano" (Saavedra y Maruyama 2000), se demuestra que es a partir de las mencionadas reformas laborales que la contratación a plazo fijo en Lima Metropolitana se más que duplicó, pasando de representar el 19,2% del empleo formal privado en el año 1990 a concentrar el 44% en el año 1997, como se puede apreciar a continuación:

4 La legislación laboral peruana contempla nueve modalidades para la contratación temporal, las cuales categoriza como contratos de naturaleza temporal (por inicio o lanzamiento de una nueva actividad, por necesidades del mercado y por reconversión empresarial), contratos de naturaleza accidental (ocasional, de suplencia y de emergencia), y contratos de obra o servicio (específico, intermitente y de temporada).

5 Tales como el contrato por necesidades del mercado y el contrato de suplencia.

6 Nos referimos a aquellas actividades permanentes de la empresa que la ley permitió que sean materia de un contrato temporal, tales como los contratos por inicio o incremento de actividad y por reconversión empresarial, figuras que se consideran parte de la "contratación temporal desvirtuada" que se introdujo en nuestra legislación a partir de las reformas laborales de los noventa (Arce 2006: 8).

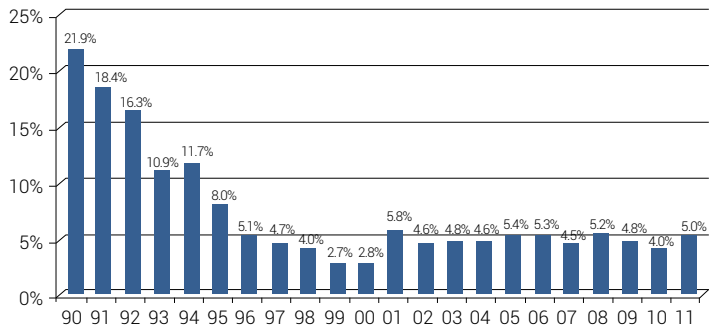
Gráfico N° 2
Lima Metropolitana: trabajadores formales del sector privado según tipo de contrato, 1990-1997 (%)



Fuente: MTPS, Encuesta de Hogares 1990-1995; e INEI, Encuesta de Hogares 1996-1997.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Tales reformas también tuvieron un fuerte impacto en lo que se refiere al ejercicio de los derechos labores colectivos, a la par que se intensificaba el uso de contratos a plazo fijo. Al respecto, Fernando Cuadros (2018: 12-13) señala que, según información estadística del INEI y del Ministerio de Trabajo, entre los años 1990 y 2000 la tasa de afiliación sindical se redujo drásticamente en Lima Metropolitana, pasando de 22% a 3%, como se puede ver en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 3
Lima Metropolitana: Evolución de la tasa de afiliación sindical 1990-2011

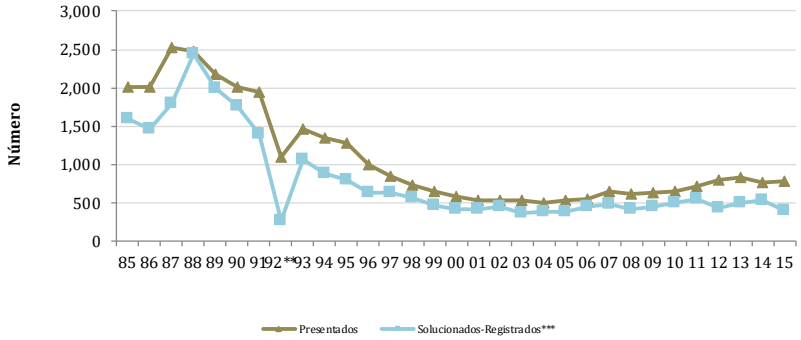


Fuente: Encuesta de Nivel de Empleo 1990-1995 (MTPE), Encuesta Nacional de Hogares 1996-2001 (MTPE/INEI) y Encuesta de Hogares Especializada en Niveles de Empleo 2002-2011 (MTPE). No existe información disponible para los años posteriores.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

En relación a los convenios colectivos registrados a nivel nacional, estos se redujeron a la cuarta parte, manteniendo a la fecha niveles bastante similares, como se aprecia a continuación:

Gráfico N° 4

Perú: Evolución de los pliegos de reclamos presentados y convenios colectivos registrados 1985 - 2015*



* La información de los años 2013, 2014 y 2015 incluye pliegos de reclamos presentados y convenios colectivos registrados de carácter supra regional (D.S. N.º 017-2012-TR)

** La información de 1992 corresponde a Lima Metropolitana.

*** Incluye pliegos de reclamos presentados en años anteriores y solucionados a la fecha.

Fuente: Oficina de Estadística, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Como podemos ver, el uso intensivo de la contratación temporal propiciada por una legislación que desconoció principios básicos del derecho laboral, es una realidad que sigue atentando contra los derechos a la estabilidad laboral, a la sindicación y negociación colectiva. Esto hace necesario que la inspección del trabajo desempeñe un rol fundamental para evitar la desnaturalización masiva de estos contratos por parte de las empresas.

4. Debilidades institucionales de la inspección del trabajo

De acuerdo con el Convenio 81 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Perú el 01 de febrero de 1960, el Estado tiene la obligación de implementar una autoridad central que tenga a su cargo la vigilancia y control de la inspección laboral, garantizando que los inspectores sean contratados en un número suficiente para ejercer las funciones del servicio de inspección, que tengan estabilidad laboral y autonomía en la ejecución de sus funciones, y que reciban formación adecuada, entre otras.

Sin embargo, es recién en el año 2013 que el Estado crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL[7], como autoridad central y ente rector del Sistema de Inspección del Trabajo, la cual asume las funciones de inspección en el ámbito nacional del ordenamiento jurídico sociolaboral y en seguridad y salud en el trabajo. Solo para el caso de las microempresas[8], dichas funciones quedaron reservadas a los Gobiernos Regionales.

Cabe señalar que hasta antes de la creación de dicho organismo, las funciones de la inspección del trabajo eran asumidas por las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo de los Gobiernos Regionales, lo cual generaba serios inconvenientes para garantizar el adecuado desarrollo de la fiscalización laboral en el país (principalmente, en cuanto a especialización y número suficiente de inspectores).

A pesar que a la fecha ya contamos con una autoridad central en materia de inspecciones, siguen existiendo limitaciones institucionales para el ejercicio de la fiscalización laboral. Al respecto, existen regiones que aún no cuentan con una oficina de la SUNAFIL[9], lo cual hace que en estos lugares las funciones de la inspección del trabajo sigan siendo asumidas por los Gobiernos Regionales, con las limitaciones ya señaladas[10].

Pero incluso en las regiones en donde ya existen estas intendencias, el número de inspectores de trabajo sigue siendo insuficiente para atender a los trabajadores dependientes que integran el mercado laboral formal e informal. Por ejemplo, a nivel de Lima Metropolitana y Lima Provincias existen 376 inspectores laborales[11] para fiscalizar a 162 mil empresas/entidades privadas formales y a sus 2 millones 57 mil trabajadores declarados en planilla[12], es decir, un inspector por cada 430 empresas, sin contar a los trabajadores del sector informal, las trabajadoras del hogar y los trabajadores del sector público bajo el régimen privado, que también se encuentran dentro de la competencia de la SUNAFIL.

7 Mediante la Ley Nº 29981, que también modifica la Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley Nº 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

8 Las microempresas son unidades de producción económica que no superan los 10 trabajadores y generan ventas anuales menores a las 150 UIT.

9 Estos son los casos de Apurímac, Amazonas, Huancavelica, Tacna y Ucayali. http://aplicativosweb5.sunafil.gob.pe/gissunafil/index.html.

10 De igual forma, cabe mencionar que la SUNAFIL tiene asignados inspectores labores en dichos Gobiernos Regionales.

11 Dato hasta abril de 2020. Fuente: Portal de Transparencia de la SUNAFIL.

12 Fuente: Planilla Electrónica, Anuario Estadístico 2018 del MTPE.

Estas debilidades institucionales de la fiscalización laboral en nuestro país, inciden en el incumplimiento de las normatividad laboral y el uso irregular de la contratación temporal por parte de las empresas. Esto, en parte, explicaría el por qué se aprecia un uso intensivo de este tipo de contrato, así como la consecuente afectación de los derechos y el bienestar de los trabajadores.

Fortalecer este servicio esencial, como es la inspección del trabajo, requiere de fuertes convicciones políticas sobre las importancia de proteger a la clase trabajadora frente a los abusos empresariales, más aún en sociedades como la nuestra, con altos índices de informalidad y desigualdad. Pero esta decisión política aún no se aprecia en el Perú.

Por eso, la crisis sanitaria que atraviesa hoy el mundo por la pandemia del COVID-19, viene golpeando con más fuerza a países como el nuestro, por las graves debilidades institucionales que padecemos en materia social desde hace tres décadas, tales como la falta de políticas eficientes para abordar la problemática de la precariedad laboral[13], lo cual afecta incluso al sector formal.

La precariedad laboral se viene agravando, y esto se demuestra en el hecho que entre el 16 de marzo y el 24 de mayo del año 2020, a nivel nacional, 436 mil personas salieron de sus puestos de trabajo en el sector privado formal, mientras que 195 mil personas ingresaron a un puesto de trabajo[14]. Esto significa una pérdida neta de 241 mil empleos en poco más de dos meses. Si tomamos en cuenta que 7 de cada 10 trabajadores formales privados tienen contratos temporales, es muy probable que la gran mayoría de empleos perdidos se deba a la no renovación de ese tipo de contratos.

Por tanto, dicha situación requiere una profunda reflexión y un cambio de dirección de las medidas estatales para proteger a la clase trabajadora, en especial, a aquellos sectores que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad, como son los trabajadores con contratos temporales desnaturalizados que en plena pandemia están siendo retirados de sus empleos. En el contexto en que nos encontramos, urge que el Estado adopte acciones eficaces para evitar que las personas se queden sin medios de subsistencia[15].

13 Cabe agregar que las medidas laborales establecidas por el Estado para afrontar la crisis sanitaria, también estarían generando precariedad en los trabajadores con contratos a plazo indeterminado, en tanto al 03.05.20 más de 20 mil empresas solicitaron la suspensión perfecta de labores de más de 200 mil trabajadores. Esto es igual a decir que dichos trabajadores se encuentra en licencia laboral sin goce de remuneraciones. Fuente: Plataforma virtual del MTPE.

14 Fuente: Planilla Electrónica, marzo - mayo 2020, MTPE.

15 Países que han prohibido los despidos como una medida de protección del empleo, son: Italia,

5. A modo de conclusión

Conforme a los aspectos desarrollados y a la información presentada en este artículo, se puede decir que el incremento en el uso de la contratación temporal desnaturalizada en nuestro país, se debe en buena cuenta a las reformas laborales de inicios de los noventa sobre los tipos de contratos temporales y a las deficiencias de la fiscalización laboral. Estas fallas normativas e institucionales de los mecanismos de protección del empleo, exigen un posicionamiento firme de la comunidad que presionen al Estado para que adopte cambios sustantivos.

Sin embargo, otro gran inconveniente que tenemos es que las organizaciones sindicales en el Perú -las pocas existentes- están debilitadas, y esto complica aún más que se pueda contrarrestar de forma efectiva una norma o política laboral perjudicial a la clase trabajadora, así como negociar en condiciones más o menos igualitarias con las empresas y/o entidades. Por eso, por ejemplo, la referencia a los "acuerdos de parte" en las medidas laborales dictadas por el Estado con motivo de la pandemia, es un absurdo.

Bajo tales condiciones, es de vital importancia que el Estado cumpla su rol tuitivo implementando una serie de reformas que propicien mejores condiciones de vida para los trabajadores. Asimismo, en el contexto de la crisis sanitaria, se deben dictar medidas estatales que prohíban y sancionen los abusos labores y despidos -tal como han hecho otras legislaciones a raíz de la pandemia-, en especial de aquellas empresas que están en mejor condición económica para afrontar dicha crisis. Es momento de velar por los derechos en serio.

6. Referencias Bibliográficas

Arce Ortiz, Elmer

2006 *Estabilidad Laboral y Contratos Temporales*. Cuaderno de Trabajo N° 1, Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP, pp. 5-66.

Cuadros Luque, Fernando

2018 *"Rigidez laboral" y contratación temporal en el Perú: entre el mito y la falacia*. En: Revista Análisis Laboral Nº 487, Lima: AELE, pp. 11-14.

Cuadros Luque, Fernando y Sánchez Reyes, Christian

España, El Salvador y Argentina.

2007 *La contratación temporal en el Perú: La informalidad escondida*. En: Revista Asesoría Laboral, Lima: Estudio Caballero Bustamante, pp. 11-17.

López Ahumada, J. Eduardo

2020 *Flexibilidad, protección laboral y seguridad social durante la pandemia global del Covid-19.* Documentos de Trabajo IELAT Nº 134, España: Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos - Universidad de Alcalá, pp. 4-58.

Saavedra Chanduví, Jaime y Maruyama Sasaki, Eduardo.

2000 *Estabilidad laboral e indemnización: efectos de los costos de despido sobre el funcionamiento del mercado laboral peruano*. Documento de Trabajo N° 28, Lima: Grupo de Análisis para el Desarrollo - GRADE, pp. 5-55.

ALGUNOS APUNTES EN RELACIÓN CON LA LABOR DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO DURANTE EL ESTADO DE EMERGENCIA POR EL COVID-19

Manuel Gonzalo De Lama Laura*

La fiscalización laboral, objeto de atención del profesor De Lama, tiene importantes funciones en las actuales circunstancias. De ello se pasa revista de funciones de determinación de infracciones administrativas y la supervisión de fenómenos.**

Sumario: 1. La labor de la Inspección del Trabajo y la continuidad de sus funciones durante el Estado de emergencia: ¿actividad esencial? **2.** Las infracciones administrativas previstas con ocasión del estado de emergencia. **3.** Sobre la facultad inspectiva del cierre temporal. **4.** La habilitación de la suspensión perfecta de labores y su relación con la Inspección del Trabajo. **5.** La labor de la Inspección del Trabajo durante la reanudación progresiva de las actividades productivas.

Desde que se conoció el primer caso de infección del Covid-19 en nuestro país, el Estado peruano ha adoptado una serie de disposiciones normativas y de gestión pública a fin de menguar, en lo posible, los efectos nocivos, en todo aspecto, que esta pandemia ha provocado a nivel mundial.

Ciertamente, estas medidas iban a provocar una serie de impactos sustanciales en el desarrollo normal de nuestras actividades, siendo la desencadenante

* Profesor universitario a nivel de pre y posgrado. Magíster en Derecho del Trabajo por la PUCP y Abogado por la Universidad de Piura. Cuenta con una Diploma en Estudios Avanzados en Derecho Social por la Fundación de la Universidad de Salamanca. Contacto: mdelama@pucp.pe

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

de todos ellos, la declaración del estado de emergencia nacional y la consecuente disposición del aislamiento social obligatorio (cuarentena). Ello, evidentemente, trajo consigo la emisión de una serie de normas en materia laboral, entre las que destacan, la implementación del denominado "trabajo remoto"; el otorgamiento (obligado) de una licencia con goce de haber (compensable) a todos aquellos trabajadores que no podían, por la naturaleza de sus labores, llevar a cabo el mencionado tipo de trabajo; y, la posibilidad de adoptar la suspensión perfecta de labores, de cumplirse algunos requisitos y supuestos.

En simultáneo, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MPTE) y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) emitieron algunas disposiciones que apuntaban a clarificar, por si alguien lo dudaba, que la Inspección del Trabajo seguía desarrollando su función durante el mencionado periodo de emergencia.

No es intención de este trabajo ingresar al análisis exhaustivo de las instituciones jurídico laborales que hemos puesto en relieve, sino mas bien, dirigir nuestra mirada a cómo la Inspección del Trabajo viene desarrollando su función, especialmente desde su normativa y la que le atañe, que resulta crucial y cardinal en estos momentos tan particulares y complicados para las relaciones sociales, y en particular para las laborales.

1. La labor de la Inspección del Trabajo y la continuidad de sus funciones durante el estado de emergencia: ¿actividad esencial?

Junto con la mencionada disposición de aislamiento social obligatorio, el Estado peruano consideró pertinente que ciertas actividades económicas se mantengan operativas en la medida que son consideradas "esenciales" o "mínimas", por mandato del Decreto Supremo Nº 044-2020-PCM.

Ciertamente, ello significó que un grupo de trabajadores que laboraban en aquellas empresas iban a continuar brindado sus actividades, de manera presencial, en la medida en que las mismas sean indispensables y siempre que aquellos no formen parte de los grupos de riesgo por edad y factores clínicos, según los lineamientos que sobre la materia había emitido el Sector Salud.

En ese marco, surgió, casi espontáneamente, una preocupación no solamente en aquellos trabajadores que se desempeñaban (o no) en tales actividades "esenciales" y que seguían prestando sus labores acudiendo a su centro de labores, durante esta "cuarentena", sino también en la ciudadanía en general: ¿cómo el Estado

podía saber y/o identificar que no se estaban violando estas disposiciones? La pregunta se caía de madura no solo por lo referido, sino también porque, evidentemente, los servidores públicos también habían interrumpido su labor cotidiana a causa de este estado de emergencia.

Fue entonces, que todos dirigieron su mirada al Sector Trabajo, y principalmente a la Inspección Laboral en su calidad de servicio público encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de la seguridad social y de exigir las responsabilidades administrativas que correspondan, tal como lo prevé el artículo 1 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo.

Al respecto, el Sector Trabajo emitió, con fecha 24/03/2020, el Decreto Supremo N° 010-2020-TR, mediante el cual se dispuso que la inspección del trabajo ejercía las funciones de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas sociolaborales durante el Estado de emergencia y emergencia sanitaria por la presencia del coronavirus (COVID-19), incorporando, inclusive, nuevas infracciones (muy graves), en el catálogo previsto en el Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (RLGIT), en el marco de dicho estado de emergencia.

En relación con estas últimas, brindaremos una especial referencia en el siguiente acápite. Por ahora, basta indicar que el Sector Trabajo confirmó que durante este periodo de emergencia, la Inspección del Trabajo no interrumpía el ejercicio de sus funciones principales. Sobre el particular, creemos que el Sector Trabajo acertó al ratificar ello, en la medida en que, aún en situaciones excepcionales como la que atravesamos, el Estado tiene que mantener operativos, sobre todo, las funciones destinadas a verificar el cumplimiento de sus normas generales y de las que haya emitido a propósito de esta coyuntura especial, las cuales, en situaciones como esta, podrían, inclusive, estar más expuestas a incumplimientos, ante la creencia (equivocada) de los sujetos inspeccionados de estar librados de acciones de fiscalización debido a la obligación de inmovilización social.

En ese orden de ideas, no resulta impertinente traer a colación la consideración que en su momento el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) expresó durante la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2011 (100° reunión), al referirse a la labor de la Inspección del Trabajo en un estado de cosas similar al que atravesamos:

> "(…) A los anteriores deben añadirse nuevos riesgos para la salud de los trabajadores, algunos de los cuales ya existían pero no se consideraba que fueran un riesgo

(por ejemplo, la radiación ultravioleta) 103, y la aparición de nuevas pandemias como la de la gripe aviar. **Los inspectores deberían abordar estas cuestiones nuevas de manera uniforme a través de la prevención y la aplicación de la ley,** una tarea que no resulta ni mucho menos sencilla." (Resaltado nuestro).

En el mismo orden de ideas, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y la OIT, en el contexto sanitario en el que se encuentra todo el mundo, ha indicado que, justamente, en el contexto de esta crisis, se hace evidente la importancia que tiene contar con instituciones laborales fortalecidas y de amplia cobertura como la formación para el trabajo, los servicios públicos de empleo, la seguridad social, **la administración e inspección del trabajo** y el registro social de hogares, entre otras[1].

Ahora bien, ciertamente la actuación de la Inspección del Trabajo, en este tipo de casos, no debería privilegiar, sin que ello signifique la paralización total de sus actividades, el desarrollo de actuaciones inspectivas que impliquen la presencia física del personal inspectivo en los centros de trabajo (menos aún de aquel personal que se encuentra en alguno de los grupos de riesgo para quienes corresponde implementarse el trabajo remoto correspondiente); y , en caso ello fuera sumamente necesario, la realización de aquellas debería estar acompañada de la provisión, al personal inspectivo, de las medidas de seguridad y salud respectivas. En este sentido se orienta el "Protocolo sobre el Ejercicio de la Función Inspectiva, frente a la Emergencia Sanitaria y Estado de emergencia para prevenir la propagación del Coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional" aprobado mediante Resolución de Superintendencia N° 74-2020-SUNAFIL, publicado, también, el 24/03/2020.

Sin perjuicio de lo indicado, casi una semana después de la emisión de las mencionadas normas del Sector Trabajo (el 30/03/2020), se publicó el Decreto Supremo Nº 053-2020-PCM, el cual exceptúo[2], expresamente, del horario de inmovilización social obligatoria a la inspección de trabajo, disposición que, además, ha servido para que, mediante Oficio N° 1359-2020-SERVIR-GDSRH, la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR)[3] haya concluido que la labor de

1 *Vid*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Organización Internacional del Trabajo (OIT), "El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)", *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe*, *N° 22* (LC/TS.2020/46), Santiago, 2020, p. 40

2 Esta excepción se reitera con el Decreto Supremo Nº 094-2020-PCM.

3 Al respecto, cabe recordar que SERVIR es el organismo técnico especializado encargado de la rectoría del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos del Estado, de conformidad con el

inspección de trabajo que lleva a cabo la SUNAFIL, a través de sus inspectores de trabajo, se debe desarrollar de forma presencial, al ser considerada como una actividad esencial durante el Estado de emergencia decretado, lo cual implica que aquella garantice que la prestación del servicio de inspección de trabajo durante el aislamiento social obligatorio, solo acudan de forma presencial los inspectores de trabajo estrictamente necesarios para tal fin, en salvaguarda de los derechos de los trabajadores.

En relación con esto último, solo un apunte final que consideramos relevante para analizar el particular: en rigor, la actividad de la Inspección del Trabajo no ha sido calificada, expresamente, como "esencial" por ninguna de las normas emitidas durante este periodo de cuarentena, no obstante ello, creemos que resulta indudable que no solamente ella, sino también, cualquier tipo de función pública de fiscalización y/o supervisión del cumplimiento de la normativa en general, a cargo de la Administración Pública, por su propia naturaleza, contiene en sí misma la suficiente importancia para negar su carácter "esencial" debido a que una norma que declara un Estado de emergencia explícitamente no le reconozca esta calidad, más aún en una situación de inmovilización social obligatoria, en la que muchos podrían entender que esta implica la paralización total de este tipo de servicios públicos, lo cual alentaría, en algunos administrados, el aprovechamiento irregular de esta coyuntura, procurando "usfructuar" lo que se pueda a partir de la inobservancia del ordenamiento jurídico general y especial.

Cuando se verifican este tipo de omisiones normativas, creemos, la lógica de la interpretación jurídica no puede (ni debe) enfatizar aquellas, si no, por el contrario, corresponde que la misma apunte a poner en relieve la función principal de la Administración Pública: actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas (tal como lo establece el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General), lo cual, en el caso de la Inspección del Trabajo, implica la vigilancia del cumplimiento del ordenamiento sociolaboral, cuyo fundamento, inclusive, proviene desde el Convenio 81 de la OIT y de la Cláusula de Estado Social reconocida en el artículo 43 de la Constitución[4], más aún en una situación en la que la orden de

Decreto legislativo Nº 1023.

4 *Cfr.* CAVALIE, Paul. "Balances y Perspectivas de la Inspección del Trabajo en el Perú". En: *Libro del VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad* Social. Lima, 2014, pp. 451-452.

aislamiento social, pueda ser malinterpretada por los administrados para sacar el máximo "provecho" de la misma.

2. Las infracciones administrativas previstas con ocasión del estado de emergencia

El referido Decreto Supremo N° 010-2020-TR, además de confirmar la continuación del ejercicio de la función inspectiva laboral, recogió dos infracciones muy graves de carácter excepcional y especial, en atención a las medidas para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional. Para tales efectos, se incorporó al RLGIT la Novena Disposición Final y Transitoria.

Específicamente, dicha norma prevé las siguientes infracciones:

a) Disponer, exigir o permitir el ingreso o la permanencia de personas para prestar servicios en los centros de trabajo cuya actividad no se encuentre exceptuada del Estado de emergencia declarado por Decreto Supremo N° 044-2020-PCM o para labores que no sean las estrictamente necesarias dentro del ámbito de la excepción.

b) Incumplir con la regulación aplicable al trabajo remoto para trabajadores/as considerados/as en el grupo de riesgo por los períodos de la emergencia nacional y sanitaria.

En relación con ello, queremos dejar anotadas las siguientes consideraciones: en primer lugar, destacar la pertinencia de prever la primera de tales infracciones, en la medida que el catálogo actual de infracciones recogidas en la LGIT, no recogería la situación plasmada por aquella, lo cual, implica que, de no haberse elaborado esta disposición, la Inspección del Trabajo no podría haber sancionado este tipo de incumplimientos laborales a la normativa de inmovilización social.

En segundo lugar, cabe llamar la atención en relación con la restante infracción, toda vez que, desde nuestro punto de vista, no estaría incluyendo el incumplimiento de la regulación especial que atañe a todos los trabajadores que no pueden realizar trabajo remoto. En efecto, como se sabe, el artículo 26 del Decreto de Urgencia N° 029-2020[5] dispuso que en el caso de todos aquellos trabajadores que no podía realizar trabajo remoto, correspondía el otorgamiento de una licencia con goce de haber compensable, dejando tácitamente sin efecto, lo previsto por el

5 Publicado en el Diario Oficial el Peruano el 20/03/2020.

artículo 20 del Decreto de Urgencia N° 026-2020[6] que limitaba, como beneficiarios de esta licencia, solo a los trabajadores considerados en el grupo de riesgo que no podían realizar trabajo remoto por la naturaleza de sus labores[7].

Al respecto, causa sorpresa que la tipificación de esta infracción, no incluya aquel caso de no otorgamiento de este tipo de licencia al trabajador que se encuentra fuera de este grupo y que no puede realizar trabajo remoto, sino también, que el Decreto Supremo N° 010-2020-TR se emitió posteriormente al Decreto de Urgencia N° 029-2020, es decir, aquella norma, pudo haber contemplado, como infracción, un incumplimiento previsto en esta última, lo cual no sucedió.

Ahora bien, sin perjuicio del vacío normativo referido, consideramos que este incumplimiento, no recogido expresamente por el Decreto Supremo N° 010-2020-TR, sí está previsto en el RLGIT; sin embargo, al parecer, no habría certeza absoluta respecto a cual infracción sería la aplicable en este caso. En efecto, podría sustentarse que, sí hubo otorgamiento de licencia, mas no de la remuneración correspondiente y que, por lo tanto, el empleador incurrió en la infracción prevista en el numeral 24.4 del artículo 24 del RLGIT[8], o que la infracción cometida sería la contenida en el numeral 25.6 del artículo 25 de la misma norma[9].

El asunto planteado no es baladí, dado que, la primera de las infracciones referidas es grave y la segunda muy grave, lo cual, ciertamente, tiene un impacto en el cálculo de la multa a imponer como sanción administrativa. Desde nuestro de punto de vista, creemos que la infracción cometida, en este caso, sería la

6 Publicado en la Edición Extraordinaria del Diario Oficial el Peruano del 15/03/2020.

7 Sobre el particular, cabe precisar que la licencia mencionada sigue vigente para dicho grupo de trabajadores (quienes no pueden realizar trabajo remoto por la naturaleza de sus labores), inclusive en el marco de la normativa que regula la suspensión perfecta de labores debido al estado de emergencia nacional, toda vez que esta última exige al empleador encontrarse en ciertas situaciones críticas y cumplir ciertos presupuestos y/o requisitos, a fin de adoptar esta medida, por lo que si este no se encuentra en alguna de estos casos y/o no cumple con las mencionadas exigencias, deberá seguir atendiendo a las reglas relativas al otorgamiento de la mencionada licencia con goce de haber, en favor de los trabajadores referidos.

8 **Artículo 24.- Infracciones graves en materia de relaciones laborales**
Son infracciones graves, los siguientes incumplimientos: (…)
24.4 No pagar u otorgar íntegra y oportunamente las remuneraciones y los beneficios laborales a los que tienen derecho los trabajadores por todo concepto, incluidos los establecidos por convenios colectivos, laudos arbitrales, así como la reducción de los mismos en fraude a la ley.

9 **Artículo 25.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales**
Son infracciones muy graves los siguientes incumplimientos: (…)
25.6 El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la jornada de trabajo, refrigerio, trabajo en sobretiempo, trabajo nocturno, descanso vacacional y otros descansos, licencias, permisos y el tiempo de trabajo en general.

recogida en el numeral 25.6 del artículo 25 del RLGIT, toda vez que, en nuestra opinión, el hecho de que el empleador se vea obligado a brindar la licencia, bajo esta coyuntura y en estos supuestos, se debe a una de las medidas imperativas que el Estado ha adoptado en el marco de la emergencia nacional, y si la misma, también por disposición del Estado, tiene que estar acompañada del pago de la remuneración, ello significa que ambos derechos están íntimamente unidos, siendo de esta manera inevitable su otorgamiento en conjunto. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que en caso de adoptarse una posición que sustente el concurso de infracciones, de igual forma, resultaría de aplicación la infracción prevista en el numeral 25.6 del artículo 25 del RLGIT, de conformidad con el artículo 48-A de la misma norma[10] y con el numeral 6 del artículo 248 del TUO-LPAG[11].

En tercer término, no es menos relevante que mediante el Decreto Supremo N° 010-2020-TR no se hayan recogido infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo a comprobarse durante este periodo de cuarentena, en la medida en que el Gobierno venía incidiendo y enfatizando el cumplimiento estricto de las medidas preventivas en materia sanitaria, a fin de evitar la propagación masiva de contagios, las cuales, evidentemente, tenían que ser cumplidas estrictamente por aquellos empresarios que brindaran actividades catalogadas como esenciales.

No obstante lo indicado, esta falta de regulación no tiene porqué significar, de ningún modo, que el empleador que no cumpla con tales disposiciones sanitarias no podría ser sancionado por la Inspección del Trabajo. En relación con ello, queda claro que en tal caso, el inspector tendría que dirigir su mirada a las infracciones que, en materia de seguridad y salud en el trabajo, recoge el RLGIT. De esta forma, serían aplicables en estos casos, y dependiendo de la situación particularmente advertida, las infracciones previstas en los numerales 27.8, 27.9, 27.16, 28.7 y 28.9 de los artículos 27 y 28 de la mencionada norma.

Finalmente, aunque no en relación con el Decreto Supremo N° 010-2020-TR, creemos que haría falta que se recoja en el RLGIT, la infracción que corresponda en el caso del incumplimiento del artículo 16 del Decreto Legislativo N°

10 **Artículo 48-A.- Concurso de infracciones**
Cuando una misma acción u omisión del empleador constituya más de una infracción prevista en el presente Reglamento, se aplica la sanción establecida para la infracción de mayor gravedad.

11 **Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (…)
6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

1499 (Dec. Leg.) el cual prevé algunas facilidades laborales para el trabajador que cuenta con familiares directos que cuentan con diagnóstico de COVID-19 o que son grupo de riesgo ante un posible contagio de COVID-19 y que en ambos casos no se encuentran hospitalizados. Entendemos que, en la medida en que estas disposiciones, están relacionadas y/o tienen un impacto y están vinculadas con en el tiempo de trabajo, habría que tipificarlas como muy graves.

3. Sobre la facultad inspectiva del cierre temporal

Mediante el Dec. Leg., el Poder Ejecutivo emitió una serie de medidas para garantizar y fiscalizar la protección de los derechos socio laborales de los/as trabajadores/ as en el marco de la emergencia sanitaria por el Covid–19; entre ellas, se reconoció al personal inspectivo la facultad de imponer la medida cautelar de cierre del área o establecimiento en caso se verifique que el empleador dispuso, exigió o permitió el ingreso o la permanencia de personas para prestar servicios en los centros de trabajo, cuya actividad no se encuentre exceptuada del Estado de emergencia declarado por Decreto Supremo N° 044-2020-PCM o para labores que no sean las estrictamente necesarias dentro del ámbito de la excepción.

Esta medida inspectiva, sigue la tendencia reciente del Estado de reconocer este tipo facultades al personal inspectivo, iniciada con el Decreto de Urgencia N° 044-2019 (DU), en la medida en que ambas normas, por primera vez, facultan al inspector a proceder de esta manera tan estricta; sin embargo, en esta oportunidad, existen cinco diferencias relevantes con la medida de cierre dispuesta en el mencionado DU.

En efecto, la primera diferencia consiste en los supuestos que activan el ejercicio de esta medida: la prevista en el Dec. Leg. no requiere que en el supuesto que la habilita, se produzca un hecho fatal en el centro de trabajo, como sí lo dispone el DU. Por otro lado, existe una diferencia en relación con la duración de la medida: el cierre previsto por el DU puede tener como plazo máximo el que corresponde a la duración de las actuaciones inspectivas, mientras que el cierre recogido en el Dec. Leg., puede extenderse hasta la finalización del Estado de emergencia, declarado por Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, y demás normas aclaratorias y ampliatorias.

Asimismo, otra de las características que no se repiten en ambos casos es la relativa a la vigencia que tiene cada una de ellas: por su parte, la facultad de cierre dispuesto por el Dec. Leg., podrá ser dispuesta por el inspector, en la medida en

que siga presentándose el estado de emergencia, es decir, pasada o superada esta situación, claramente, ya no podrá ser utilizada, mientras que en el caso de la medida de cierre recogida en el DU, puede ser empleada por el personal inspectivo durante este estado de emergencia y luego del mismo, dado que el supuesto que la habilita no depende de dicha coyuntura especial.

En cuarto lugar, identificamos que el Dec. Leg. no ha previsto que la medida de cierre se dispone sin perjuicio del pago de las remuneraciones y beneficios sociales que corresponden a los trabajadores durante los días de aplicación de la medida, y del cómputo de dichos días como efectivamente laborados para todos los efectos legales que correspondan, lo cual sí es precisado por el DU.

Finalmente, se advierte que la medida de cierre prevista en el DU tiene su réplica en el procedimiento administrativo sancionador, a modo de sanción administrativa, mientras que en el caso del cierre previsto en el Dec. Leg. no sucede lo mismo, por lo que el único espacio o momento en el que tendrá presencia esta medida será durante la etapa de actuaciones inspectivas.

Realizado este recuento de las diferencias advertidas entre la regulación de estas medidas de cierre, resulta claro que las cuatro primeras tienen sentido por las características propias de cada regulación que enmarca su puesta en práctica, sin embargo, creemos que la última que hemos reseñado, pudo haberse evitado, a fin de reforzar, en nuestra consideración, la rigurosidad que amerita el tratamiento de la infracción recogida en el literal a) de la Novena Disposición Final y Transitoria del RGLIT, incorporada por la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo Nº 010-2020-TR.

4. La habilitación de la suspensión perfecta de labores y su relación con la Inspección del Trabajo

Una de las instituciones jurídicas laborales que más polémica ha suscitado durante este periodo de cuarentena, e, inclusive, durante los últimos años, es la habilitación de la suspensión perfecta de labores regulada por el Decreto de Urgencia Nº 038-2020 y el Decreto Supremo Nº 011-2020-TR. En esta oportunidad, nos detendremos a plantear algunas cuestiones relacionadas con la participación (o no) de la Inspección del Trabajo en su verificación.

Sobre el particular, cabe precisar que la intervención de la Inspección del Trabajo consiste en una labor de verificación de hechos, tal y como sucede en otras

situaciones como, por ejemplo, con la verificación del impedimento del ingreso del trabajador a su centro de trabajo. Dicha participación de la Inspección no significa que la misma se encargará de aprobar o no la suspensión perfecta verificada, dado que esta labor está encargada a la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) competente[12]. Sin embargo, puede darse el caso que la Inspección advierta, durante su labor de verificación, de algún incumplimiento a la normativa sociolaboral que pueda considerarse como una infracción administrativa prevista en el RLGIT, lo cual, habría que poner en conocimiento de la AAT que resolverá la aprobación (o no) de esta suspensión.

Al respecto, queda claro entonces que la intervención de la Inspección del Trabajo durante el trámite administrativo de la suspensión, es previa a la decisión que la AAT adopte en relación con la comunicación correspondiente; sin embargo, no se tiene la misma certeza si la Inspección del Trabajo protagonizará algún papel en la denominada "fiscalización posterior" a la que se refiere el artículo 11 del Decreto Supremo N° 011-2020-TR, al no haberse previsto ninguna precisión sobre el órgano o servicio de la AAT que se encargará de este tipo de fiscalización.

Sin perjuicio de lo indicado, nos preguntamos si la Inspección del Trabajo podrá activar su potestad sancionadora, a partir de los incumplimientos a la normativa sociolaboral que haya podido identificar durante la mencionada verificación de hechos. Es cierto que el artículo 11 del Decreto Supremo N° 011-2020-TR, en sintonía con la lógica de los principios del privilegio del control posterior y de la presunción de veracidad a los que se refiere el Título Preliminar del TUO-LPAG[13], dispone que se realizará una fiscalización posterior; no obstante, la misma contiene, por lo menos, dos problemas que no parecen ser menores, atendiendo a que de la verificación de hechos mencionada, podrían saltar a la vista casos de afectaciones graves y muy graves a la normativa sociolaboral que pueden involucrar lesiones a derechos fundamentales y que, quizás, no lleguen a ser sancionados en virtud de esta clase de fiscalización. Nos explicamos.

El primero de ellos, consideramos, es aquel relativo a la cantidad de comunicaciones que, pese a involucrar afectaciones a derechos fundamentales de los trabajadores, quedarían fuera de la fiscalización posterior, dado que la misma se

12 El órgano de la AAT encargado de este trámite es la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos o la que haga sus veces en las Direcciones o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo. Sin perjuicio de ello, podría darse el caso que esta AAT sea la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo si la medida de suspensión tiene un alcance suprarregional o nacional

13 A los cuales también responde el artículo 34 de la misma norma.

realizará, como mínimo, a un 20% de aquellas, lo cual supondrá que, por un lado, un número determinado de comunicaciones quedará exento de dicho control, y, por otro, que las que se sancionarán serán solo aquellas que contengan información falsa o fraudulenta. De esta manera, por ejemplo, aquel caso en el cual el empleador incluye en la medida de suspensión perfecta de labores, a dirigentes y trabajadores sindicalizados, sin necesidad de falsear o brindar información fraudulenta aunque sin justificar adecuadamente por qué los comprendió como parte del personal cuyo vínculo se interrumpiría, no podrá ser sancionado en virtud de dicha fiscalización posterior, pese a estar incluido en la cantidad de comunicaciones objeto de la misma[14].

En segundo término, cabe llamar la atención sobre la cuantía de la sanción que la AAT impondrá en caso de verificar el empleo de información falsa o fraudulenta. Como se prevé en el artículo 11 del Decreto Supremo N° 011-2020-TR, la máxima multa administrativa a imponerse será de 10 UIT, la cual, en algunos casos, distaría mucho de la cuantía máxima que podría alcanzar la multa ante la verificación de la afectación de derechos fundamentales, en el marco de un procedimiento inspectivo ordinario. Nos explicamos con un ejemplo: en el caso que se identifique que el empleador proporcionó información falsa o fraudulenta a fin de incluir en la medida de suspensión a una trabajadora embarazada, la multa máxima podría ascender a las 10 UIT. Si comparamos la misma situación, a la luz de las reglas y criterios especiales de graduación de multa del RLGIT y en el marco de un procedimiento inspectivo ordinario, podemos advertir que la diferencia es bastante notoria, dado que la afectación del principio de no discriminación[15] es sancionada, de acuerdo al acápite 48.1-C del numeral 48.1 del artículo 48 del RLGIT, en base al número total de trabajadores de la empresa, tomando en cuen-

14 En relación con ello, cabe añadir que no queda claro si casos como el ejemplificado podrían ser considerados como supuestos de aportación de información falsa o fraudulenta por parte del empleador. Creeríamos en principio que no es así, por lo que nuestra inquietud sobre el particular se mantendría. Por otro lado, en caso que se entienda que el supuesto de fiscalización posterior, previsto en el artículo 11 del Decreto Supremo Nº 011-2020-TR, incluye también supuestos como el referido, resultaría, de todas formas, pertinente la formulación de la segunda de las preocupaciones planteadas en este acápite.

15 **Artículo 25.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales**
25.16 El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la protección de las mujeres trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia.
25.17 La discriminación del trabajador, directa o indirecta, en materia de empleo u ocupación, como las referidas a la contratación, retribución, jornada, formación, promoción y demás condiciones, por motivo de origen, raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión, ascendencia nacional, origen social, condición económica, ejercicio de la libertad sindical, discapacidad, portar el virus HIV o de cualquiera otra índole.

ta la tabla de multas aplicable a las empresas que no son ni micro ni pequeñas, y, al resultado, aplicándole una sobretasa del 50%, lo cual daría una suma máxima de 78,795 UIT. Resulta evidente, entonces, que hay una gran distancia entre los máximos de multas dispuestos por el Decreto Supremo N° 011-2020-TR y el RLGIT, en el caso ejemplificado

Si bien es cierto que la multa máxima dispuesta por el Decreto Supremo N° 011-2020-TR viene impuesta por el artículo 34 del TUO-LAPG, quizás hubiera sido conveniente precisar en el mismo Decreto de Urgencia Nº 038-2020, una regla especial en relación con la cuantía de la sanción a imponerse en estos casos, más aún si no se ha clarificado si la Inspección del Trabajo podrá activar su potestad sancionadora respecto a los mismos. Basamos esta consideración en la relevancia de los derechos afectados y, sobre todo, en el hecho de que, si la mencionada afectación viene acompañada de la aportación de información falsa o fraudulenta, corresponde no perder de vista este factor como agravante en la determinación de una responsabilidad administrativa.

5. La labor de la Inspección del Trabajo durante la reanudación progresiva de las actividades productivas

En virtud de la publicación del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM, norma que aprueba la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19, creemos que la Inspección del Trabajo tendrá en sus manos una cardinal labor, la cual está relacionada, básicamente con la planificación, a partir de una labor de inteligencia inspectiva, de la verificación de la no reanudación de operaciones de aquellos empleadores cuyas actividades productivas aún no han sido habilitadas por el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM y normas complementarias. Vale precisar, que para ello, resultará muy útil la comunicación que remita el Sector competente de cada actividad permitida a partir de la información que recoja el SICOVID-19.

Complementariamente a ello, consideramos que resultará también vital que, desde el plano normativo, el Sector Trabajo, evalúe, como mínimo la regulación de dos infracciones en materia sociolaboral, las cuales implicarían la inclusión, en el Decreto Supremo Nº 010-2020-TR, (habría que analizar si como infracciones graves o muy graves, en cada caso), los siguientes incumplimientos:

i) No contar con el "Plan para la vigilancia, prevención y control de COVID-19 en el trabajo" al que se refiere el numeral 3.2 del artículo 3 del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM.

ii) Disponer, exigir o permitir el ingreso o la permanencia de personas para prestar servicios en los centros de trabajo cuya actividad no se encuentre reanudada en el marco de lo previsto por el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM y normas complementarias.

EFECTOS DEL COVID-19 EN LAS CADENAS DE PRODUCCIÓN DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES: EL CASO DE LA INDUSTRIA DE LA CONFECCIÓN

Maria Katia Garcia Landaburu*

Pontificia Universidad Católica del Perú

El COVID 19 ha generado una crisis sanitaria y económica a nivel global, que ha afectado el mercado laboral. En este estudio se desarrolla el efecto que viene teniendo en el sector de la industria de la confección, caracterizado por una cadena de producción fragmentada en la que gran parte de la producción es realizada en países que ofrecen menores precios de la mano de obra, y en la cual, algunas empresas multinacionales, han adoptado cuestionables prácticas que afectan a los fabricantes de las prendas de vestir, y con ello, a sus trabajadores de estos.

Palabras clave: Cadenas de producción globales, COVID-19, empresas multinacionales, industria de la confección.

Abstract: Covid-19 has generated a global health and economic crisis, which has affected the labor market. This study develops the effect it has had and continues to have on the garment industry. Notably characterized by a fragmented production chain in which a large part of the production is carried out in countries that offer lower prices for labor, and in which therefore some multinational companies have adopted questionable practices that have affected garment manufacturers, and with them ,their workers.

Key words: Global production chains, COVID-19, multinational companies, garment industry.

* Abogada. Máster en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima y Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesora de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la PUCP. Mkgarcia@pucp.pe.

Sumario: I. Efectos de la crisis ocasionada por el COVID-19 en las empresas multinacionales. **II.** Las cadenas de produccion de la industria de la confeccion frente al COVID-19. 1. Características del sector. 2. Riesgos que afrontan las cadenas de producción del sector a consecuencia del COVID-19. A. Riesgos vinculados a la paralización de actividades. B. Riesgos vinculados a la continuación o reanudación de actividades. 3. Medidas iniciales adoptadas por las empresas multinacionales del sector ante la crisis. 4. COVID-19: Acción en la industria mundial de la confección. **III.** Conclusiones. **IV.** Bibliografía.

El COVID-19 ha generado a nivel global una crisis no solo sanitaria sino también económica, que viene afectando a todos los países. El efecto inmediato de las medidas que han tenido que adoptar los gobiernos para evitar la propagación del virus a una velocidad que pudiera ocasionar el colapso de su sistema sanitario, ha determinado que en muchos países se hayan dispuesto medidas de aislamiento social y restricción de actividades productivas y comerciales, que han afectado el mercado laboral.

Si bien cada país está atendiendo directamente las consecuencias que esta situación ha ocasionado en sus empresas y trabajadores, la dimensión y efectividad de las normas y medidas de protección social dictadas es bastante desigual. Además, el impacto de la informalidad y la falta o debilidad de las instituciones, agravan la situación actual. Los países con mayores ingresos y con un sistema de protección social más desarrollado, tienen mayores posibilidades de ayudar a su mercado laboral y aminorar los efectos de la crisis, sin embargo, no ocurre lo mismo con los países de menores ingresos, que además deben lidiar con una variable adicional: el efecto que puede ocasionar a su economía las decisiones de las empresas multinacionales que tienen en sus territorios parte de su cadena de producción.

Este trabajo tiene por objeto poner en evidencia esta situación y presentar unas reflexiones iniciales sobre las consecuencias ocasionadas por el COVID-19 en un sector como el de la industria de la confección, caracterizado por la presencia de marcas de ropa globales y *retailers* (minoristas, tanto del canal tradicional como *on* line, tales como Walmart y Amazon), que comercializan prendas de vestir en muchos países, pero que concentran gran parte de su producción en aquellos con menores costos laborales, que usualmente tienen también sistemas de protección social deficitarios.

Ese sector ya venía enfrentando diversos problemas antes de la pandemia, sobre todo vinculados al incremento del poder de las empresas multinacionales, que pueden elegir dónde y cómo invierten, lo que ha generado que muchos países participen en una "carrera hacia la baja", en la que, para atraer y retener inversiones (directas o indirectas), sacrifican no solo a sus trabajadores, al ofrecer menores remuneraciones y beneficios laborales, sino en general, a toda su población, prometiendo cobrar menores impuestos por las inversiones que se realicen en su territorio, afectando con ello las posibilidades de ofrecer mejores servicios públicos, como el de atención de la salud, que ahora con la propagación del COVID-19 muestra todas sus carencias.

I. EFECTOS DE LA CRISIS OCASIONADA POR EL COVID-19 EN LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

Antes de analizar específicamente el caso de las cadenas de producción del sector de confección de prendas de vestir, resulta de interés exponer algunas ideas respecto al efecto de esta crisis en la actuación de las empresas multinacionales, en la medida en que su dimensión y el desarrollo de sus actividades a nivel global, determina que los efectos de sus decisiones tengan también ese nivel.

Utilizando una clasificación muy difundida sobre las cadenas globales de producción, es posible distinguirlas entre cadenas dirigidas al productor y cadenas dirigidas al comprador, en función al rol y actividades que realizan las empresas, hasta la comercialización del producto final.

En las cadenas dirigidas al productor, las empresas multinacionales se relacionan con sus subsidiarias y sus contratistas para la producción de los bienes, y con los distribuidores para la comercialización de estos. Tal como refiere Gereffi, "son aquellas en las que los grandes fabricantes, comúnmente transnacionales, juegan los papeles centrales en la coordinación de las redes de producción (incluyendo sus vínculos hacia atrás y hacia adelante)"[1]. Esas cadenas son típicas en industrias que requieren capital o tecnología intensiva, como la industria automotriz o de maquinaria pesada.

En las cadenas productivas destinadas al comprador, las relaciones resultan más complejas pues entre el diseño y elaboración de los productos, y la comercia-

1 Gereffi, Gary. "Las cadenas productivas como marco analítico para la globalización". Problemas del Desarrollo, volumen 32, número 12, México UNAM abril-junio, 2001, p. 15.

lización de estos al consumidor final, intervienen más empresas, más "eslabones" en la cadena, sobre todo empresas locales de países en vías de desarrollo, reservándose normalmente la empresa multinacional el manejo de la marca y la venta del producto al consumidor final. Aunque, como advierte Gereffi los compradores "ejercen un control sustancial sobre cómo, cuándo y dónde se llevará a cabo la manufactura y cuantas ganancias se acumularán en cada etapa de la cadena"[2]. Se trata, como las denomina ese autor, de una nueva clase de "fabricantes sin fábrica", *manufacters without factories*, como los nombra en inglés[3], que no fabrican los productos y separan para sí las etapas que generan un mayor valor agregado.

El tamaño de estas cadenas se redujo después de la crisis económica global de los años 2008 y 2009, que retrajo el consumo en los países industrializados más avanzados, y por las nuevas tendencias en la forma en que se organizan (son más consolidadas geográficamente y están organizacionalmente más concentradas), buscando proveedores más grandes y capaces, que se encuentren estratégicamente localizados para un más fácil acceso a los mercados[4]. En el caso de la industria de la confección, las empresas multinacionales han hecho un esfuerzo por concentrar a sus proveedores y mantener con ellos una relación que se prolongue en el tiempo, lo que puede permitirles un mejor control de la calidad de sus productos y de la forma como se producen los bienes, respetando estándares mínimos, que cumplan con los programas de responsabilidad social empresarial de las multinacionales, tanto en materia laboral y de derechos humanos, como ambiental.

Si analizamos las relaciones que existen en estas cadenas desde una perspectiva legal, podemos advertir que -en términos generales- en las cadenas dirigidas al productor, es más probable que el fabricante sea una empresa multinacional que produce los bienes a través de sus filiales, contando con la colaboración de proveedores para la fabricación de ciertas piezas o partes. Así, la relación que tiene la multinacional con las empresas vinculadas a su cadena no necesariamente es comercial, puede ser también societaria -directa o indirectamente-, dependiendo de la estructura corporativa por la que haya optado. En cambio, en las cadenas dirigidas al comprador, las relaciones normalmente son comerciales (al menos hasta el eslabón que llega a la elaboración del producto final, antes de su comercialización).

2 Ibidem, pp. 16-17.
3 Ibidem, p. 16.
4 GEREFFI, Gary y LUO, Xubei. "Risks and Opportunities of Participation in Global Value Chains". The World Bank, Policy Research Working Paper 6847, April 2014, pp. 9-10.

Esta distinción no resulta baladí, más aún en la situación actual en que como ya se advirtió, el COVID-19 ha generado una crisis a nivel global. Así, una empresa multinacional podrá tener distintos límites en su actuación y toma de decisiones en función al tipo de relación que mantenga con las empresas que forman parte de su cadena productiva. Aunque, como se verá más adelante, esa flexibilidad no la exonera de responsabilidad, no necesariamente en términos legales sino más bien y sobre todo en términos comerciales, en la medida que el trato a sus proveedores y contratistas -y el que estos dan a su personal- puede afectar su imagen y la de sus marcas frente a los consumidores, a nivel global.

En caso de mantener una relación únicamente comercial, las decisiones que adopte la empresa multinacional estarán regidas por el contrato suscrito y por la ley aplicable que hayan elegido las partes (probablemente la que haya elegido la multinacional, teniendo en cuenta su posición predominante al momento de negociar el contrato). Además, dependerán del tipo de relación que exista con la otra parte pues si los contratos son solo por órdenes de compra específicas, bastará que la multinacional decida no realizar nuevos pedidos, para limitar cualquier controversia a las relaciones contractuales en proceso de ejecución.

En cambio, si la multinacional tiene sucursales o subsidiarias en diversos países, las decisiones que adopte tendrán que sujetarse a las normas aplicables en esos territorios. En consecuencia, de haber impuesto el gobierno de esos países restricciones a las actividades productivas o comerciales que realiza la multinacional, esta deberá someterse a ellas y restringir o suspender sus actividades, y si se hubieran dictado normas laborales específicas (como la exigencia de trabajo remoto, o la suspensión remunerada de labores), también tendrá que cumplirlas. No obstante, si la toma de decisiones se da a nivel regional o global, podría ocurrir que en una situación de crisis como la que estamos viviendo, se adopten decisiones radicales, tales como la reducción de personal, sujeta a lo que el sistema legal permita en el país en el que domicilia su sucursal o subsidiaria, sin que necesariamente el motivo de esta medida sea local (podría ser por ejemplo, el tratar de reducir el costo del personal para que sus acciones sigan resultando atractivas a sus inversionistas, a nivel internacional).

Puede apreciarse entonces que las empresas multinacionales posiblemente tendrán más libertad para actuar y adecuarse a las actuales circunstancias, en aquellos casos en que mantengan relaciones exclusivamente comerciales con las empresas que integran su cadena productiva (sin que exista vinculación societaria directa o indirecta). Esto podrá darse en mayor medida en las cadenas productivas

destinadas al comprador, una de las cuales es la de la confección de prendas de vestir. A esa cadena es a la que se hará referencia a continuación.

II. LAS CADENAS DE PRODUCCIÓN DE LA INDUSTRIA DE LA CONFECCIÓN FRENTE AL COVID-19

El sector textil en general, se caracteriza por tener una cadena fragmentada, tanto funcional como territorialmente. Cubre desde la transformación de las fibras naturales y artificiales hasta la elaboración de productos de consumo personal e industrial y su comercialización al por mayor y menor, e involucra actividades en diversos países.

En el caso de la confección de prendas de vestir, o "cadena de valor" de la ropa, las actividades del fabricante pueden variar desde el simple montaje, en el cual produce las prendas de vestir con la tela que le proporciona el cliente, la cual corta y cose siguiendo las indicaciones del mismo, de quien recibe una tarifa por procesamiento (no el precio por una prenda), hasta la realización de un "paquete" más completo, que puede incluir el abastecimiento de tela, y que además de fabricar la prenda, se encargue de los acabados y de empacarla, o incluso de su diseño y distribución.

Desde esa perspectiva, el nivel de ingresos del fabricante dependerá de las actividades que le encargue su cliente, pudiendo llegar hasta un último supuesto, en el que el fabricante desarrolla marcas propias. Esta estrategia puede apreciarse por ejemplo en el caso de la empresa peruana Topitop (antes Topy Top), que, de un taller de confecciones en la década de los setentas del siglo veinte, pasó a producir para el mercado de exportación (70% de su producción va al exterior, principalmente a Estados Unidos y Alemania) y también para el mercado local, con marcas propias que distribuye a través de la cadena de tiendas que tiene en Perú, Venezuela y Ecuador[5].

1. Características del sector

A continuación, se hará referencia a información y características propias del sector de confección de prendas de vestir a nivel mundial, a fin de conocerlo un poco. Para ello, se intentará responder algunas preguntas básicas: cómo se organi-

5 Información obtenida en la página web de la empresa: https://www.topitop.pe/

za la producción en el caso de las grandes marcas y *retailers*; dónde se desarrollan las actividades principales, la producción de prendas de vestir; cuándo se produce, que tanto influye la producción "*just in time*" (justo a tiempo); y finalmente, y no por ello menos importante pues es justamente el motivo de mayor preocupación ante el COVID-19, quien o más bien, quiénes, intervienen en la fabricación de las prendas de vestir. Aunque es preciso advertir que, como las respuestas a estas preguntas se vinculan entre sí, cada una de ellas deberá necesariamente complementarse con las otras.

Actualmente, la tendencia de las multinacionales de la moda es dividir su producción y contar con proveedores no solo en países asiáticos sino también en lugares cercanos a los países en los que se encuentran sus consumidores finales, tal como afirman Rossi *et al.*, para quienes ahora se hace uso de múltiples cadenas de suministro, equilibrando el abastecimiento global de Asia con producción local rápida y producción regional próxima[6]. Esto puede apreciarse por ejemplo en el caso de Inditex, multinacional que maneja Zara y otras marcas, que durante el ejercicio social 2019 tuvo proveedores en Bangladesh, China y otros países lejanos, pero también en países de proximidad, contando con el 54% de fábricas en Turquía, Marruecos y España[7], países cercanos a sus centros de distribución global.

Si bien las empresas del sector pueden contar con ciertos proveedores en Europa, la mayoría de ellos se encuentran en otros continentes, en América del Centro y del Sur, África y Asia, sobre todo en este último pues además de poder ofrecer menores precios de la mano de obra, como indican Frederick *at al.* esa cadena de valor regional es muy competitiva, cuenta con gran cantidad materia prima, textiles de alta calidad y una capacidad de confección considerable, y además existen muchos fabricantes de servicio completo, domiciliados en China, Hong Kong y Corea del Sur, que además de capacidades de diseño y desarrollo de productos, pueden ofrecer servicios de logística[8].

6 Rossi, Arianna, Luinstra, Amy y Pickles, John. "Conclusions". Towards Better Work. Understanding Labour in Apparel Global Value Chains. International Labour Organization, 2014, p. 279.

7 Deloitte. Cuentas anuales consolidadas del Grupo Inditex al 31 de enero de 2020, p. 12. https://www.inditex.com/documents/10279/645708/Cuentas+ESP+2019+Consolidadas.pdf/1ab72b74-42da-b1eb-a406-98d9f86fd746

8 Frederick, Stacey, Bair, Jennifer y Gereffi, Gary. "Nicaragua y la cadena de valor del vestuario en las Américas. Implicaciones para el Comercio Regional y el Empleo". Duke Center on Globalization, Governance & Competitiveness at the Social Science Research Institute, 18 de marzo de 2014, p. 8.

La producción en este sector es muy flexible pues está sujeta a las tendencias de la moda, que influye en los gustos de los consumidores. Como ya se advirtió, se ha expandido el sistema de producción "*just in time*", en el cual se produce lo que se necesita, en el momento y cantidad que se requiere, lo cual permite mantener bajos los inventarios de productos, reduciendo los costos de almacenamiento y haciendo posible una respuesta rápida a las cambiantes condiciones del mercado[9] y del gusto de los consumidores (hoy la tecnología permite identificar en tiempo real las preferencias de los consumidores y los productos que se venden más en cada tienda). Esto es más notorio en el caso del "*fast fashion*" (moda rápida), que trata de adaptar la ropa a nuevas tendencias tan rápida y eficazmente como sea posible[10], reemplazando el modelo tradicional en que los cambios en la moda llegaban al consumidor final por temporadas, meses después de que se presentaban las colecciones de los grandes diseñadores.

Este sistema, ocasiona "picos" de producción, exigencias en materia de tiempos y volúmenes que influyen directamente en los niveles de subcontratación que pueden generarse -con o sin el consentimiento del cliente- y determinar que parte de las actividades se encarguen a otras empresas, pequeños talleres o que se llegue incluso al trabajo a domicilio, que involucre a toda una familia (incorporando a niños y adolescentes en la ejecución de algunas tareas), y que exista el riesgo de que se desarrollen actividades informalmente, sin que las personas que participen de la cadena accedan a los beneficios y protección otorgados por la normativa laboral y de seguridad social. Además, la necesidad de atender pedidos y volúmenes específicos en muy cortos periodos de tiempo ocasionará que prevalezca la contratación temporal y que pueda darse con más frecuencia trabajo en sobretiempo, a un nivel que no en todos los casos permita que el trabajador disfrute de un tiempo de descanso razonable.

Las actividades requeridas para la confección de prendas de vestir (ensamblar a mano las prendas, alineación de la tela para coserla, etc.), así como el hecho que estas se desarrollen sobre todo en países con un menor nivel de industrialización, en los que se cuenta con una mayor cantidad de mano de obra a un menor costo laboral, ha ocasionado que exista una alta participación en el sector de mujeres, jóvenes, migrantes de zonas rurales e inmigrantes.

9 Plank, Leonhard, Rossi Arianna y Staritz, Cornelia. "What Does 'Fast Fashion' Mean for Workers? Apparel Production in Morocco and Romania". Towards Better Work. Understanding Labour in Apparel Global Value Chains. International Labour Organization, 2014, p. 129.

10 Sull, Donald y Turconi, Stefano. "Fast fashion lessons". Business Strategy Review, London Business School, Summer 2008, p.5.

Estos trabajadores reciben remuneraciones muy bajas, que no siempre les alcanzan para subsistir[11] (lo logran porque los demás integrantes de la familia también trabajan, formal o informalmente). Sus remuneraciones están sujetas a la capacidad de negociación de las empresas multinacionales, que imponen condiciones económicas muy duras a sus proveedores, quienes se encuentran amenazados ante el riesgo de perder encargos si no aceptan las tarifas y condiciones de contratación exigidas.

Como advierte OXFAM, ante la fluctuación de las órdenes y la caída de precios, que determinan jornadas excesivas para cumplir los pedidos, las fábricas buscan a los trabajadores más flexibles y baratos, menos propensos a unirse a los sindicatos, es decir, a trabajadores más "dóciles", que tienen pocas alternativas de empleo[12]. Es sobre estos trabajadores "dóciles", los más propensos a sufrir abusos y que tienen menos posibilidades de reclamar y exigir sus derechos, que ha recaído mayormente el peso de las decisiones ante esta crisis de las empresas multinacionales de cuya cadena global de producción forman parte, y a las que se hará referencia a continuación.

2. Riesgos que afrontan las cadenas de producción del sector a consecuencia del COVID-19

No es del caso detallar la evolución que ha tenido la pandemia pues es algo que todos conocemos por las noticias (y que además, vivimos), sin embargo, el hecho que justamente se haya iniciado en China, para luego extenderse a otros países de Asia, Europa y de otros continentes, ha determinado que el efecto en el sector de confección de ropa se haya sentido desde el inicio, incrementándose su fuerza conforme avanzaba la pandemia, afectando tanto a la oferta como a la demanda de esos productos[13].

11 Según un estudio realizado, el 2011 las remuneraciones recibidas por trabajadores del sector solo cubrían parcialmente las necesidades básicas de vida en varios países como Bangladesh (14%), Camboya (19%), Indonesia (22%) e India (23%).
Worker Rights Consortium. Global Wage Trends for Apparel Workers, 2001–2011, 2013, p.18.
https://www.americanprogress.org/issues/economy/reports/2013/07/11/69255/global-wage-trends-for-apparel-workers-2001-2011/

12 OXFAM. Trading away our rights. Women working in global supply chains (Summary). Oxfam International, 2004, p. 4.

13 En marzo de este año, Anner identificaba tres fases de la crisis, desde la perspectiva del sector de confecciones de Bangladesh, por el que probablemente hayan pasado otros países: (1) la crisis por la obtención de las materias primas, (2) la crisis por la demora en el pago por parte de los compradores, y (3) la crisis generada por la cancelación de las ordenes en proceso de producción.

Por un lado, China era proveedor de materia prima y fabricante de prendas de vestir (además de mercado de diversas marcas de ropa), por lo que un efecto inicial fue la afectación de operaciones que dependían de ese país. Es decir, se "rompió" la cadena de producción en los eslabones iniciales, afectando la provisión de materia prima y de insumos a otros países, particularmente a los países productores del Sudeste de Asia[14], y también la provisión de prendas de vestir.

Posteriormente, la salida del virus de China y el hecho de que no exista una vacuna contra el mismo ni medicamentos acreditados para sanar a los infectados, en países en los cuales los sistemas nacionales de salud y los recursos disponibles son poco eficientes e insuficientes, generó que diversos gobiernos ordenaran medidas de aislamiento social, que entre otras cosas incluían la paralización de actividades productivas y el cierre de tiendas y centros comerciales, por lo que las marcas dejaron de vender presencialmente y, dependiendo del caso, solo les quedó el mercado *on line*, las ventas por internet, con limitaciones no solo logísticas sino también de volúmenes de operaciones dado que las personas orientaron su consumo hacia otro tipo de productos y además, muchas dejaron de recibir ingresos o vieron disminuidos estos sustancialmente, con lo cual se produjo una importante caída de la demanda[15].

Tal como lo señala la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el impacto del COVID-19 en las ventas ha sido muy negativo, generando una brusca caída de estas. Por ejemplo, en la Unión Europea se proyecta que las ventas del sector de los textiles y el vestido podrían reducirse este año en un 50 por ciento, y la proyección de pérdidas que van haciendo las empresas es cuantiosa, lo que ha generado la caída del precio de sus acciones[16].

Actualmente, la reanudación de actividades en algunos países ha determinado que se vuelvan a abrir los establecimientos comerciales. Sin embargo, conside-

Anner, Mark. Abandoned? The Impact of Covid-19 on Workers and Businesses at the Bottom of Global Garment Supply Chains. Center for Global Workers' Rights (CGWR) at Pennsylvania State University, March 27, 2020, p. 3.

14 Organización Internacional del Trabajo, Nota informativa sectorial: La COVID-19 y las industrias de los textiles, el vestido, el cuero y el calzado, 8 de abril de 2020, p. 2.

15 Anner señala que el valor mensual de la ropa importada que ingresa a Estados Unidos muestra que, de abril a junio de 2020, las marcas y los minoristas recibieron prendas por USD 9,7 mil millones menos que el mismo período del 2019 (una caída del 49%).
Anner, Mark. Unpaid Billions: Trade Data Show Apparel Order Volume and Prices Plummeted through June, Driven by Brands' Refusal to Pay for Goods They Asked Suppliers to Make. Center for Global Workers' Rights (CGWR) at Pennsylvania State University, October 6, 2020, p. 2. https://ler.la.psu.edu/gwr/documents/UnpaidBillions_October62020.pdf

16 Organización Internacional del Trabajo. Op. Cit., p 2.

rando el *stock* de prendas en las tiendas y almacenes, y las que estaban pendientes de envío desde las fábricas, la producción de ropa no ha recuperado el nivel previo a la crisis sanitaria. Adicionalmente, el hecho que no se pueda proyectar cuánto tiempo más durará la pandemia ha provocado que se expanda la incertidumbre, no solo en los gobiernos y en las personas, sino también en las empresas.

Aunque empezaron a reiniciarse actividades en las fábricas, ello ha ocurrido lentamente, además, estas se han visto afectadas por incrementos de costos y escasez de materia prima[17].

Si bien es muy difícil en este momento hacer proyecciones, la OIT considera que, a un más largo plazo, la pandemia podría afectar la composición de las cadenas mundiales de suministro, acelerando la repatriación o la deslocalización de proximidad de la producción[18]. Eso claro está, en el caso de cadenas que no habían optado anteriormente por mantener parte de su producción cerca de sus principales mercados, por razones comerciales y logísticas, como ya se explicó al mencionar el caso de Inditex.

No es posible predecir con certeza qué ocurrirá en el futuro con las cadenas de producción de este sector, si estas van a ser desmontadas, simplificadas, van a concentrarse más en algunas regiones del mundo o estar más cerca de los países con mayores consumidores o incluso si va a operar la "repatriación" de esas actividades, su retorno a manos de las grandes marcas y comercializadores, con sede en los países más desarrollados. Sin embargo -y aun a riesgo de equivocarme- debo advertir que, a mi parecer el sector de confecciones no forma parte de los sectores "estratégicos" que las mayores potencias mundiales y empresas requieren tener cerca o que preferirían controlar directamente.

La gran caída de la demanda, sin que por ello se haya visto afectada la vida y desenvolvimiento de las personas alrededor del mundo, muestra más bien que se trata de un sector en el que no se compra por necesidad (entendida como necesidad vital) sino por un deseo de estar "a la moda", el que nos conduce a adquirir bienes en una cantidad que realmente no necesitamos, propiciada por la publicidad directa y subliminal que recibimos constantemente.

En consecuencia, lo que sí puede ocurrir es que esta crisis genere la modificación de algunos hábitos de consumo, que provoquen que la recuperación del sector sea más lenta y dificulte una rápida salida de la crisis que vive actualmente

17 Idem.
18 Ibidem, p. 3.

(más allá de que algunas fábricas se hayan reorientado a la confección de mascarillas y otros implementos de protección del personal de salud, dada la coyuntura).

Pero los efectos comerciales que se han mencionado en los párrafos precedentes, si bien son relevantes, no son los únicos ni los más importantes. Es la repercusión de la situación en los trabajadores lo que preocupa más. Por un lado, existe un considerable número de trabajadores que ya han perdido o que perderán sus empleos, y por el otro, los que no lo pierdan y puedan reanudar sus actividades o reinsertarse en el mercado laboral, lo harán bajo otras condiciones, con el riesgo de contraer el virus si su empleador no adopta las medidas necesarias para evitarlo, y aun si lo hiciera, debido a las condiciones de los servicios de transporte que deban utilizar para llegar al centro de trabajo. A continuación, se hará referencia a los problemas que se generan en ambos casos.

A) *Riesgos vinculados a la paralización de actividades*

La paralización de actividades viene provocando una caída del empleo. Al comienzo esta se encontraba vinculada a la reducción o suspensión de la producción por falta de materia prima, pero luego la situación empeoró debido a la anulación y a la caída de pedidos, así como por las disposiciones emitidas por algunos gobiernos, ordenando la suspensión de actividades, lo que generó el cierre temporal de las fábricas, así como el despido masivo de trabajadores.

Se podrá apreciar con más claridad el efecto que ha tenido la pandemia en el empleo, recién después de un tiempo, pero la situación se vislumbra dramática. A comienzos de abril, la OIT ya hacía referencia a cierre de fábricas y pérdida de empleos en Camboya (5,000 trabajadores afectados), Myanmar (10,000 empleos), Vietnam (entre 440,000 y 880,000 trabajadores podrían verse afectados por la reducción de sus horas de trabajo o del empleo) y Bangladesh, donde al menos 2,17 millones de trabajadores habrían sido afectados por la crisis[19].

Según información de la Asociación de Fabricantes y Exportadores de Prendas de Vestir de Bangladesh (BGMEA en sus siglas en inglés), al 29 de abril de 2020, como consecuencia de la anulación y suspensión de una serie de pedidos que representaban 982 millones de prendas, se ha producido una pérdida de in-

19 Idem.

gresos de 3.18 billones de dólares, y 2.28 millones de trabajadores se han visto afectados[20].

B) *Riesgos vinculados a la continuación o reanudación de actividades*

Dentro de los aspectos derivados de la realización de labores en el sector, se debe tener en cuenta al menos dos: las medidas adoptadas en las fábricas para proteger la seguridad y salud de los trabajadores, y las medidas para atender a los trabajadores que se contagien, tanto a nivel de atención de la salud como de prestaciones económicas que les permitan cubrir sus gastos el tiempo que no puedan laborar. Lo primero involucra sobre todo a los empleadores, mientras que lo segundo está más vinculado al sistema de seguridad social con que cuente el país en el cual se ubica la fábrica (sin perjuicio que el empleador pueda brindar también la cobertura de esos riesgos). En cualquier caso, ambas implican un costo que no necesariamente las partes obligadas van a poder cubrir.

Las medidas que comprometen al empleador involucran también a las empresas multinacionales, en diversos aspectos vinculados a la producción y a aspectos financieros, entre los cuales pueden mencionarse los siguientes:

- Un pedido que deba hacerse en muy corto tiempo determinará que se requiera un mayor volumen de mano de obra o de trabajo en sobretiempo, y esto puede afectar los protocolos y el distanciamiento social (en realidad, físico) que deben adoptarse en el centro de trabajo
- El hecho que el cliente haga un encargo que corre el riesgo de sufrir retrasos por dificultades en la obtención de materia prima, podría generar la imposición de penalidades a los fabricantes, que afecten el pago de las remuneraciones y beneficios de sus trabajadores.
- La demora en el pago de la contraprestación por parte de la empresa multinacional también podría ocasionar retrasos e incumplimiento del pago de la remuneración y beneficios de los trabajadores, e incluso su despido por las dificultades económicas que se produzcan. Además, también podría poner en riesgo la implementación de medidas de seguridad y salud en el trabajo y la entrega de equipos de protección, cuyo costo debe ser asumido por el empleador.

20 Información obtenida en la página web de la asociación (revisada el 8 de junio de 2020): https://www.bgmea.com.bd/

Es posible apreciar que las acciones y omisiones de las empresas multinacionales del sector, pueden afectar a un gran número de trabajadores con los que estas no se encuentran vinculados directamente, y que residen en países lejanos al de la sede de la matriz de la multinacional. Es ahí donde ese deber de "diligencia debida" que tienen las empresas como parte de su responsabilidad de respetar los derechos humanos, debe entrar en juego, tal como lo disponen los Principios Rectores de las Naciones Unidas.

3. Medidas iniciales adoptadas por las empresas multinacionales del sector ante la crisis

Al comienzo de la pandemia, algunas empresas multinacionales comenzaron a imponer penalidades a sus proveedores por incumplimiento de los plazos acordados (debido a dificultades para obtener materias primas e insumos de China). Luego, cuando el virus se fue expandiendo, cancelaron pedidos y dejaron de pagar aquellos que ya habían sido concluidos, generando grandes problemas a sus proveedores y contratistas, que finalmente recayeron en los trabajadores de estos.

Estas últimas medidas se dieron debido a la caída de la demanda de prendas de vestir, consecuencia de la propagación del COVID-19 y de las medidas adoptadas por los gobiernos. Si bien toda la cadena se ha visto afectada por la situación: las grandes marcas, los minoristas y los fabricantes, son sobre todo los trabajadores de estos últimos los que más sufren por las medidas pues en muchos casos han dejado de trabajar (temporal o definitivamente) y en otros han tenido dificultades para recibir su retribución y sus beneficios.

En una encuesta *on* line realizada entre el 21 y el 25 de marzo de este año a 316 proveedores en Bangladesh (país en el que existen aproximadamente 2,000 proveedores, propietarios de 4,000 fábricas) para conocer el impacto de las medidas adoptadas por las empresas multinacionales, se tuvieron los siguientes resultados[21]:

- Solo el 2.96% de los compradores ajustaron adecuadamente el precio para ayudar a cubrir el incremento en el costo de la materia prima (91.85% no lo hizo y 5.19% lo hizo solo un poco).

21 Anner, Mark. Abandoned? The Impact of Covid-19 on Workers and Businesses at the Bottom of Global Garment Supply Chains, pp. 3-7.

- 68.84% de los compradores retrasaron sus pagos de órdenes completadas más de 10 dias, 10.87% lo hizo por un lapso menor, y solo el 20.29% cumplió con el pago en el plazo acordado.
- Con relación a la cancelación o suspensión de órdenes en proceso (a punto de ser completadas o listas para embarcarse, por ejemplo), 16 fábricas indicaron que todas sus órdenes habían sido canceladas; 61 fábricas señalaron que eso había ocurrido con más del 50% de sus órdenes; 64 fábricas indicaron que eso fue frecuente (entre el 26% y 50% de los casos), y 132 sufrieron ese contratiempo en no más del 25% de los casos. Es decir, casi la tercera parte de encuestados se vieron muy perjudicados por el volumen de cancelación de órdenes de compra (en un 50% o más)[22].
- En el caso de la cancelación de órdenes, solo el 13% de los compradores había aceptado pagar por la materia prima ya comprada por el proveedor (15% lo hizo en algunos casos y el 72% en ninguno), y el 3% había aceptado pagar los costos de producción (*cut-make*, es de decir cortar-hacer), mientras que el 6% solo lo hizo en algunos casos. La mayoría de los compradores, el 91%, no lo hizo en ningún caso.

Cualquiera de las acciones adoptadas por las empresas multinacionales, que no fuera el cumplimiento estricto de sus obligaciones, ha causado un perjuicio a sus proveedores, el cual se intensifica en función al costo económico de la medida adoptada (no reajustar el precio para cubrir el incremento de costos, retrasar los pagos, suspender o cancelar órdenes, sobre todo si no se reembolsa los costos ya incurridos), y ese perjuicio se ha trasladado inmediatamente a los trabajadores. Si bien las cifras que se presentan son solo de un país, permiten hacerse una idea de la situación que debe haberse producido también en otros lugares, cuyo impacto

22 Según menciona Anner, muchos compradores invocaron la cláusula de fuerza mayor de sus contratos para incumplir el pago de órdenes en producción (lo cual sería injustificado si en la cláusula de fuerza mayor no se ha especificado la pandemia como una razón para no pagar).
Ibid, p. 5.
Al respecto cabe preguntarse si ante la situación generada por el COVID-19, una empresa multinacional realmente estaría "imposibilitada" de pagar por un pedido, aunque el cierre de sus tiendas o la caída de la demanda tenga un efecto comercial y económico evidente. La Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías establece en su artículo 79 que una parte "no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad". A mi parecer, la falta de cumplimiento de pago por parte de una multinacional que hasta febrero del 2020 ha tenido ingresos regularmente no obedecería a un impedimento "ajeno" a su voluntad.

económico seria proporcional a su nivel de participación en las cadenas de producción del sector de confección de ropa.

Después de esta etapa inicial, los problemas se han mantenido en el sector debido a las cuestionables prácticas de compras de las empresas (reducción de volumen de pedidos y de precios, extensión de los plazos de pago). En una encuesta realizada *on line* entre el 5 de julio y el 21 de agosto de 2020 a 75 proveedores en Bangladesh (la mayoría de encuestados), Camboya, Egipto, El Salvador, etiopía, Guatemala, India, Indonesia, Kenia, México, Myanmar, Nicaragua, Pakistán, Peru y Vietnam, para conocer la situación[23], se encontró lo siguiente:

- 65% de los compradores exigieron reducciones de precios en nuevos pedidos, mayores a los que usualmente solicitaban.
- En promedio, el pedido de reducción de precios fue del 12%, en relación con el precio de los mismos productos el año pasado.
- 56% de los proveedores se vieron obligados a aceptar algunos pedidos por debajo del costo (y la mayoría prevé que va a tener que seguir haciéndolo).
- El tiempo de pago se ha incrementado: antes eran 43 días y ahora los proveedores estiman que en promedio será de 77 días (después del envío del pedido al cliente). Uno de cuatro compradores está imponiendo plazos de 120 días o más.
- La mayoría de los proveedores indicó que tienen menos de la mitad del volumen de pedidos en relación con el mismo período del año anterior.
- Con respecto al impacto de las prácticas de los clientes en sus trabajadores, el 75.34% de los proveedores tuvo que reducir las horas de trabajo (casi una cuarta parte lo hizo en más del 25%). En promedio, han despedido al 10.10% de su personal y prevén hacer lo mismo con 35% si las tendencias actuales continúan.

4. COVID-19: Acción en la industria mundial de la confección

El 22 de abril de este año, diversas multinacionales del sector y otras organizaciones manifestaron su compromiso para adoptar una serie de acciones que

23 ANNER, Mark. Leveraging Desperation: Apparel Brands' Purchasing Practices during Covid-19. Center for Global Workers' Rights (CGWR) at Pennsylvania State University, October 16, 2020, pp. 2-8.
https://ler.la.psu.edu/gwr/leveraging-desperation/image/image_view_fullscreen

permitan limitar los efectos nocivos del COVID-19 en las cadenas de suministro, protegiendo el empleo, los ingresos y la salud de los trabajadores de la industria de la confección, que incluyan las siguientes medidas:

- El pago a los fabricantes de los productos terminados y los productos en producción. Además, si las circunstancias financieras lo permiten, brindar apoyo directo a las fábricas.
- Mantener líneas de comunicación abiertas, rápidas y efectivas con la cadena de suministro, sobre el estado de las operaciones comerciales y la planificación futura.
- Promover el respeto a las normas laborales fundamentales de la OIT, así como a la seguridad y la salud en los lugares de trabajo.
- Apoyar el desarrollo de bases de protección social que se extiendan a trabajadores y empleadores en la industria de la confección, de conformidad con la Recomendación 202 de la OIT[24], con miras a que con el tiempo se establezcan las responsabilidades de todas las partes para contribuir a la sostenibilidad del sistema. Se tiene en cuenta la necesidad de tomar medidas inmediatas para abordar el impacto de la crisis buscando paralelamente establecer o fortalecer una protección social sostenible, que permita a las sociedades hacer frente a emergencias en el plazo inmediato y mitigar el impacto de posibles crisis futuras.

A este efecto, han suscrito una declaración, un "llamado a la acción" (COVID-19: Acción en la industria mundial de la confección), negociado por la Organización Internacional de Empleadores (OIE), la Confederación Sindical Internacional (CSI) e *IndustriALL Global Union* (IGU), con el soporte técnico de la OIT, que establece un grupo de trabajo internacional a ser convocado por la OIT y coordinado por la OIE y la CSI, para conseguir los recursos necesarios para dar continuidad a las fábricas y poder cumplir los compromisos asumidos.

En esas circunstancias, la intervención de la OIT ciertamente es positiva, pues va a contribuir a que se adopten medidas concretas, comprometiendo a los distintos actores: gobiernos, instituciones bancarias y financieras, organizaciones internacionales, marcas y minoristas, fabricantes, organizaciones de empleadores

24 Recomendación sobre los pisos de protección social (2012), garantías básicas de seguridad social que aseguren una protección destinada a prevenir o a aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social, que permitan que, como mínimo, durante su ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica de ingresos.

y de trabajadores, y otras partes interesadas, para proteger los ingresos de los trabajadores y apoyar a los empleadores para que sobrevivan a la crisis del COVID-19, y se consiga una industria que pueda resistir mejor las crisis que puedan presentarse en el futuro.

Este compromiso fue suscrito por diversas instituciones[25]: organizaciones de trabajadores como la CSI, IGU; la OIE; y por empresas multinacionales del sector, tanto norteamericanas (PVH y VF Corporation) como europeas, de Alemania (Adidas, Tchibo y Zalando), Gran Bretaña (Marks&Spencer), Dinamarca (Bestseller), España (Inditex), Países Bajos (C&A) y Suecia (H&M) y otras empresas y organizaciones se han adherido al mismo[26].

El mencionado documento considera como prioritario el tema económico, correspondiendo a cada parte adoptar las medidas a su alcance:

- A los gobiernos e instituciones financieras les corresponde acelerar el acceso al crédito, prestaciones por desempleo y apoyo a los ingresos, préstamos a corto plazo sin interés o con bajo interés, reducción y aplazamiento de impuestos, estímulo y otras formas de apoyo.
- Las empresas, tanto las marcas como los fabricantes, pueden apoyar con fondos de ayuda de emergencia y préstamos a corto plazo a los trabajadores, para que cuenten con ingresos. También apoyar en la mejora de los esquemas de protección social y adoptar acciones para preservar empleos. Los fondos deben permitir a los fabricantes garantizar la continuidad del negocio, incluyendo el pago de salarios para todos los trabajadores (cuenten o no con un contrato de trabajo, esto es importante, considerando los índices de informalidad que pueden existir en ciertos mercados).

Como lo reconocen las partes firmantes del acuerdo, no es posible conocer cuánto tiempo va a pasar hasta que la demanda de prendas de vestir se recupere, y de qué manera pueden reanudarse las operaciones y la fabricación de prendas de forma segura, pero resulta alentador que exista preocupación por adoptar medidas de protección para los eslabones más débiles de las cadenas de producción del sector.

25 Información obtenida de la siguiente página web: https://industria.ccoo.es/noticia:479031—Al_fin_un_primer_acuerdo_global_que_apunta_garantias_de_futuro_para_el_sector_de_la_moda&opc_id=6e53979e57b29f687a1697be33680a8b

26 La lista de instituciones que se han adherido al llamado, puede revisarse en la página web de la OIT: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/sectoral/WCMS_744285/lang--en/index.htm

El Grupo de Trabajo Internacional se va a centrar en proteger a los trabajadores y empleadores de los países con sistemas de salud y protección social más débiles. Dada la urgencia del tema, el 20 de mayo se difundió información de que había definido una lista inicial de países prioritarios[27], teniendo en cuenta criterios como: su nivel de dependencia en la industria de la confección, para efecto de empleos y exportaciones; su capacidad financiera para apoyar a la industria de la confección durante la crisis; las necesidades de liquidez para la continuidad del negocio y el pago de los salarios de los trabajadores; y, el nivel de provisión de protección social en el país. Los países identificados fueron Bangladesh, Camboya, Etiopía, Haití, India, Indonesia, Myanmar y Pakistán.

La OIT informó el 21 de octubre los avances del "Llamado a la acción"[28] a nivel nacional, indicando que empleadores y trabajadores de los países prioritarios habían ido estableciendo Grupos de Trabajo Nacionales a fin de identificar prioridades compartidas. Sin embargo, lo que se aprecia es que en esta etapa es la Unión Europea (UE) y los gobiernos de algunos de esos países los que vienen actuando, ofreciendo principalmente financiación: 115 millones de euros de la UE y el gobierno alemán para las transferencias de efectivo para los trabajadores del sector de la confección de Bangladesh, 1,95 millones de euros del gobierno alemán para transferencias al sector en Camboya, 4,9 para Etiopía y 2,2 para Indonesia

Ahora bien, hay que ser conscientes que, ante una crisis a nivel global, es necesario involucrar a diversos actores. El "Llamado a la Acción" ("*Call to Action*", como ha sido denominado en inglés), es un nuevo instrumento surgido ante la crisis global que venimos sufriendo, que involucra a diversos sujetos y da un paso más en la búsqueda de ese sistema integrado de regulación al que se refiere Sanguineti, en la que se enlacen o hibriden técnicas normativas diversas, que generen resultados efectivos y sean "capaces de empezar a llenar los déficits de gobernanza", y aseguren condiciones de trabajo justo[29].

El que se trate de un instrumento que no pertenece al "*hard law*", no debe llevar a descartar de antemano las posibilidades y oportunidades que representa. Finalmente, es la efectividad en su implementación y aplicación la que definirá su

27 https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/sectoral/WCMS_745276/lang—en/index.htm

28 https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/sectoral/WCMS_758610/lang--en/index.htm

29 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un Derecho del Trabajo sin fronteras". Ponencia inaugural del XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Salamanca, 30 y 31 de mayo de 2019). El Futuro del Trabajo: Cien años de la OIT. Colección Informes y Estudios, Núm. 23. Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, pp. 74-75.

relevancia, que podría ser mayor incluso que el de una norma tradicional. El hecho de que esté involucrando a empresas multinacionales y organizaciones sindicales internacionales y nacionales además de otro tipo de instituciones (asociaciones de empleadores, ONGs, e incluso el *Global Compact*), con diversas perspectivas y aportes, y que cuente con la colaboración de la OIT, puede contribuir a mejorar la situación de los eslabones más débiles de las cadenas de producción de la industria de confección de prendas de vestir, afectada sustancialmente debido al COVID-19.

Esta, no es la primera vez en que las empresas multinacionales participan en la adopción de medidas ante problemas surgidos en países en los que se encuentra ubicada parte de su cadena de producción. Un ejemplo claro de ello es lo que ocurrió después de la tragedia del Rana Plaza el 2013, cuando un edificio se derrumbó provocando más de mil muertes. Después de ese accidente industrial, además de crearse un fondo para ayudar a las víctimas, se logró firmar un Acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh (ACCORD), un compromiso jurídicamente vinculante para garantizar un entorno de trabajo seguro en la industria de la confección de ese país, que fue firmado por más de 200 marcas de ropa, minoristas e importadores, así como organizaciones sindicales internacionales y de Bangladesh, y en el que también participaron otras organizaciones[30]. Este acuerdo ya concluyó, sin embargo, las funciones de sus oficinas en Bangladesh han pasado al *RMG Sustainability Council*, una organización nacional permanente, que agrupa a las marcas de prendas de vestir y a los minoristas, las fábricas y las organizaciones sindicales que representan a los trabajadores de la confección, con representación igualitaria de las partes, y que mantiene el objetivo inicial que se fijó, de mantener la seguridad en el lugar de trabajo.

III. CONCLUSIONES

La crisis ocasionada por el COVID-19 no solo ha dejado en evidencia la debilidad de los sistemas de protección social de muchos países, sino también el efecto que pueden tener las decisiones de las empresas multinacionales en su cadena de producción global. Esto ha podido advertirse con claridad en el caso de la industria de la confección. Las medidas que han adoptado las multinacionales

30 Si desea conocerse más del acuerdo, puede revisarse el estudio de Jose A. SOLER ARREBOLA, "Nuevas tendencias en los Acuerdos Marco Internacionales: el acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh". En: La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas. Wilfredo Sanguineti Raymond (Director). Madrid, Cinca S.A., 2015, pp. 97-114.

del sector ante el COVID-19 son una muestra de los perjuicios que pueden ocasionar en sus cadenas de producción, cuando solo toman en cuenta sus intereses y adoptan decisiones que incluso van en contra de compromisos comerciales y legales que habían asumido previamente.

La posibilidad de estas empresas de controlar los pedidos, fijar precios y definir condiciones comerciales (como los plazos de pago) a los fabricantes de prendas de vestir, son relevantes para muchos países y para muchos trabajadores.

En un entorno desfavorable, que ha afectado a todos, puede ser difícil obtener un compromiso significativo por parte de las empresas multinacionales para superar la crisis generada por el COVID-19, asegurando la continuidad de las operaciones de los fabricantes. Sin embargo, me parece que justamente debería aprovecharse este momento para afrontar temas vinculados a sus procedimientos de compra, y exigírseles la mejora de dichos procedimientos, repensando la forma en que se desenvuelven estas cadenas de producción para asegurar el futuro de sus eslabones más débiles, a fin de que se puedan respetar los derechos laborales de los trabajadores -sobre todo de los últimos eslabones de la cadena- y garantizarles una remuneración que les permita cubrir sus necesidades básicas.

Si bien las empresas multinacionales no pueden -ni deben- sustituir a los gobiernos de los países que integran su cadena de producción en la adopción de medidas para proteger y otorgar beneficios a sus trabajadores, es claro que el efecto de las decisiones empresariales que adoptan puede ser muy relevante en esos países, por lo que debemos exigirles una actuación más responsable.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Anner, Mark. Abandoned? The Impact of Covid-19 on Workers and Businesses at the Bottom of Global Garment Supply Chains. Center for Global Workers' Rights (CGWR) at Pennsylvania State University, March 27, 2020.

Anner, Mark. Unpaid Billions: Trade Data Show Apparel Order Volume and Prices Plummeted through June, Driven by Brands' Refusal to Pay for Goods They Asked Suppliers to Make. Center for Global Workers' Rights (CGWR) at Pennsylvania State University, October 6, 2020.

Anner, Mark. Leveraging Desperation: Apparel Brands' Purchasing Practices during Covid-19. Center for Global Workers' Rights (CGWR) at Pennsylvania State University, October 16, 2020.

Frederick, Stacey, Bair, Jennifer y Gereffi, Gary. "Nicaragua y la cadena de valor del vestuario en las Américas. Implicaciones para el Comercio Regional y el Empleo". Duke Center on Globalization, Governance & Competitiveness at the Social Science Research Institute, 18 de marzo de 2014.

Gereffi, Gary. "Las cadenas productivas como marco analítico para la globalización". Problemas del Desarrollo, volumen 32, número 12, México UNAM abril-junio, 2001.

Gereffi, Gary y Luo, Xubei. "Risks and Opportunities of Participation in Global Value Chains". The World Bank, Policy Research Working Paper 6847, April 2014.

Organización Internacional del Trabajo, Nota informativa sectorial: La COVID-19 y las industrias de los textiles, el vestido, el cuero y el calzado, 8 de abril de 2020.

OXFAM. Trading away our rights. Women working in global supply chains (Summary). Oxfam International, 2004.

Plank, Leonhard, Rossi Arianna y Staritz, Cornelia. "What Does 'Fast Fashion' Mean for Workers? Apparel Production in Morocco and Romania". Towards Better Work. Understanding Labour in Apparel Global Value Chains. International Labour Organization, 2014.

Rossi, Arianna, Luinstra, Amy y Pickles, John. "Conclusions". Towards Better Work. Understanding Labour in Apparel Global Value Chains. International Labour Organization, 2014.

Sanguineti Raymond, Wilfredo. "Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un Derecho del Trabajo sin fronteras". Ponencia inaugural del XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Salamanca, 30 y 31 de mayo de 2019). El Futuro del Trabajo: Cien años de la OIT. Colección Informes y Estudios, Núm. 23. Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019.

Sull, Donald y Turconi, Stefano. "Fast fashion lessons". Business Strategy Review, London Business School, Summer 2008.

Worker Rights Consortium. Global Wage Trends for Apparel Workers, 2001–2011, 2013.

CRÉDITOS LABORALES Y EMPRESAS EN CONCURSO

Claudia Denisse Cermeño Durand*

En este artículo, la autora estudia al concepto de la protección de los créditos laborales en nuestro sistema jurídico y a la regulación especial dada, en esta materia, por el gobierno del Perú.**

Sumario: I. Introducción. **II.** Créditos laborales en el sistema concursal. 1. El privilegio de los créditos laborales. *A) Alcances materiales de los créditos laborales. a. Beneficios establecidos por ley*. b. Conceptos remunerativos. c. Indemnizaciones. *B) Otros créditos que integran el primer orden de preferencia. C) Alcances temporales de los créditos laborales*. 2. Reconocimiento del crédito laboral. *A) Acreditación del vínculo laboral. B) Reconocimiento del crédito por solidaridad laboral. C) Sustento del crédito laboral. D) Límites temporales para solicitar el reconocimiento*. 3. Derechos que concede el crédito laboral. **III.** Los créditos laborales en el PARC. 1. Características generales del PARC. 2. Los acreedores laborales en el PARC. **IV.** Reflexiones finales.

I. Introducción

Los estragos económicos que el COVID-19 viene ocasionando a nivel mundial y local, son ampliamente conocidos. Naturalmente, medidas como el aislamiento y la inmovilización social obligatoria, la reducción de los aforos permiti-

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Curso de Especialización de la Universidad de Salamanca "Problemas actuales de Derecho del Trabajo y Derechos Fundamentales". Asociada del área laboral en el Estudio Rodrigo, Elías & Medrano. Correo electrónico: claudia.cermeno@pucp.pe.

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

dos debido al distanciamiento social (tanto en el transporte, como en los centros comerciales y laborales, entre otros), el cierre de fronteras y la suspensión del transporte interprovincial, si bien son necesarias para controlar la propagación del COVID-19, repercuten negativamente en la sostenibilidad y viabilidad económica de todos los empleadores; con independencia del sector económico al que pertenezcan o de su tamaño. En el Perú, tales medidas vienen adoptándose desde mediados de marzo del 2020.

En abril del 2020, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) apuntó que aproximadamente 47 millones de empleadores, que operan en los sectores más afectados en todo el mundo, enfrentan un alto riesgo de experimentar graves perturbaciones[1]. En el caso peruano, el Instituto Peruano de Economía (IPE) estimaba a inicios de mayo del 2020 que entre 50-55% del PBI se encuentra paralizado y que, en base a tan rango de paralización de la economía, en el 2020 el PBI estaría cayendo 1.0 punto porcentual cada semana, lo que podría ocasionar la mayor tasa de caída del PBI en más de 30 años[2].

Los gobiernos, incluyendo al Perú, han tenido que actuar rápidamente ante los retos planteados por esta nueva crisis, diseñando y ejecutando medidas sin precedentes en respuesta a una crisis sin precedentes. Sin embargo, el riesgo de insolvencia y quiebra de las empresas es eminente, a pesar de las medidas dispuesta. A inicio de abril del 2020, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) señalaba que muchas empresas "enfrentan una importante disminución de sus ingresos, el aumento de la insolvencia y la pérdida de puestos de trabajo en sectores específicos"[3]. En la misma línea, la OIT anota el riesgo elevado de insolvencia producto de la paralización de actividades, añadiendo que aun cuando las medidas de contención se levanten, las empresas "seguirán afrontando desafíos, ya que se prevé que la recuperación sea incierta y lenta"[4].

1 Cf. OIT, *Observatorio de la OIT: El COVID-19 y el mundo del trabajo*, Tercera edición, 29 de abril de 2020, p. 6. Consultado en <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_743154.pdf>.

2 Cf. IPE, *Informe IPE: Impacto del COVID-19 en la economía peruana*, 7ma edición, Lima, mayo 2020, p. 21. Consultado en < https://www.ipe.org.pe/portal/informe-ipe-vii-impacto-del-covid-19-en-la-economia-peruana/>

3 CEPAL, *América Latina y el Caribe ante la pandemia del COVID-19 Efectos económicos y sociales*, Informe especial N° 1 COVID-19, 3 de abril del 2020, p. 4. Consultado en: < https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45337/4/S2000264_es.pdf>

4 OIT, *Op. Cit.*, p. 2.

Lo expuesto justicia –y hasta cierto punto exige– revisar desde el ámbito laboral, el marco normativo al que se sujetarán las empresas que, a pesar de todos los esfuerzos, caigan en insolvencia. El propósito de esta revisión no es otro que identificar el nivel de protección que tienen los trabajadores de las empresas que incurran en esta situación, así como, si respuesta del ordenamiento es apropiada a la coyuntura actual.

En el Perú, la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal (LGSC), regula la recuperación del crédito a través de los procedimientos concursales, que tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para que el deudor (el empleador) y los acreedores (entre ellos, los trabajadores) puedan acordar la reestructuración de la empresa o, en su defecto, su salida ordenada del mercado. En lo que respecta a los créditos laborales, la LGSC ha sufrido pocos cambios en los últimos 10 años. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual el Tribunal (en adelante, la Sala), que aborda aspectos laborales viene siendo bastante amplia, por lo que conviene revisar el sentido de tales pronunciamientos.

Asimismo, el 11 de mayo del 2020 se publicó el Decreto Legislativo N° 1511 que crea el Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal ("PARC") para asegurar la continuidad en la cadena de pagos ante el impacto del COVID-19. Se trata de un régimen concursal excepcional y transitorio, que busca evitar la inminente insolvencia y quiebra de las empresas afectadas por el Estado de Emergencia Sanitaria, mediante su acogimiento a un procedimiento concursal célere y expeditivo para refinanciar con sus acreedores la totalidad de sus obligaciones. Así, resulta imprescindible revisar la posición que tienen en este procedimiento los créditos naturales.

II. Los créditos laborales en el sistema concursal

La LSGC contempla disposiciones especiales para las acreencias del personal activo y cesado, debido a la especial naturaleza de las relaciones laborales y a las garantías que la Constitución le reconoce.

Sin embargo, antes de revisar sus principales aspectos, es conveniente recordar que el sistema concursal tiene por objeto: (i) brindar al deudor mecanismos legales para superar la situación de crisis económica o financiera; y, al mismo

tiempo, (ii) facilitar a los acreedores (los perjudicados por la situación de crisis) la adopción de los acuerdos necesarios para recuperar sus créditos[5].

En tal contexto, los procedimientos concursales pueden iniciarse a solicitud del deudor o de los acreedores, y pueden ser ordinarios o preventivos. En cualquier caso, los acreedores que soliciten el reconocimiento de sus créditos dentro del plazo dispuesto en la LGS y que hayan obtenido su reconocimiento, participan con voz y voto en la instalación de la Junta de acreedores y en las posteriores[6], dentro de las cuales se aprobará el Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación o Acuerdo Global de Refinanciación.

1. El privilegio de los créditos laborales

En nuestro ordenamiento la prioridad de los créditos laborales en las empresas concursadas cuenta con reconocimiento constitucional y legal.

Así, el artículo 24 de la Constitución Política del Perú señala que "El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador (…)". Por su lado, el artículo 42 de la LGSC señala que, en los procedimientos de disolución y liquidación, el primer orden de preferencia en el pago de los créditos lo tienen las remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, entre otros conceptos que detallaremos más adelante.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT señala que el trato preferencial de los créditos laborales es el método más tradicional y con mayor aceptación para protegerlos en caso de quiebra o liquidación del empleador. Añade que este se sustenta en que: (i) la insolvencia de una empresa y la suspensión de los pagos amenazan directamente los medios de subsistencia de los trabajadores y sus familias; y (ii) los trabajadores

5 Cf. Jean Paul Calle Casusol, "Persecutoriedad laboral, garantías reales y concurso: un modelo para desarmar", en *Ius Et Veritas*, núm. 34 (2007), p. 139.

6 El artículo 34 de la LGSC dispone lo siguiente: "34.1 Tienen derecho a participar con voz y voto en la reunión de instalación de Junta y en las posteriores los acreedores que soliciten el reconocimiento de sus créditos dentro del plazo de treinta (30) días posteriores a la fecha de publicación del aviso que informa sobre la situación de concurso, más el término de la distancia, y que hayan obtenido su reconocimiento".

no deberían de verse afectados por las pérdidas de la empresa desde que, por lo general, tampoco participan de los beneficios[7].

En el ámbito local, para Blancas Bustamante el privilegio del crédito laboral se legitima en el mandato constitucional de lograr la "suficiencia" de la remuneración , que ostenta dos dimensiones: (i) una referida al ámbito personal o subjetivo, en virtud de la cual, la remuneración debe poder cubrir las necesidades individuales del trabajador y su familia; y (ii) la otra que alude al ámbito material u objetivo, según la cual, la remuneración debería satisfacer necesidades tanto de índole material (alimentación, salud, vivienda, entre otras) como espiritual (culturales, esparcimiento, entre otras)[8].

Vemos que la regulación peruana está en la línea de lo consagrado por la doctrina laboral tradicional y más aceptada, al reconocer la prioridad del cobro de los créditos laborales en caso de disolución o liquidación. Este sustento radica en el carácter alimentario que tienen las remuneraciones para el trabajador y su familia, al ser la fuente necesaria para cubrir sus diversas necesidades.

Es importante precisar que esta prioridad opera en el cobro de los créditos laborales, que se producirá siempre que se aprueba la disolución y liquidación de la empresa. Como indicamos previamente, en el procedimiento concursal también es viable que se apruebe un Plan de Reestructuración o un Acuerdo Global de Refinanciación. En estos últimos casos la prioridad del crédito laboral no tiene mayor incidencia.

A) *Alcances materiales de los créditos laborales*

El artículo 42.1 de la LGSC señala que las "remuneraciones y beneficios sociales" son parte del primer orden de preferencia en el pago de los créditos. Al respecto, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 856 estable que constituyen créditos laborales las remuneraciones, la compensación por tiempo de servicios, las indemnizaciones y en general los beneficios establecidos por ley que se adeudan a los trabajadores.

7 Cf CEACR, *Informe III (Parte IB). Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 95) y a la Recomendación (núm. 85) sobre la protección del salario. 1949*, Primera Edición, 2003, p. 172. Consultado en:
<http://www.ilo.int/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-iii-1b.pdf>

8 Cf. Carlos Blancas Bustamante, *La Cláusula del Estado Social en la Constitución: Análisis de los derechos fundamentales laborales*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2011, pp. 518-519.

Al respecto, la Sala ha señalado que las prioridades que se listan en el artículo 42.1 de la LGSC constituyen una excepción al principio de proporcionalidad que rige los procedimientos concursarles, pues se privilegian ciertos créditos –por consideraciones de interés público– en desmedro del trato igualitario que debería existir entre los acreedores. Por ello, la Sala señala que las prioridades deben interpretarse de forma restrictiva, de modo que la afectación que aquellas produzcan en el resto de acreedores se restrinja a los supuestos previstos en el artículo 42.1 de la LGSC [9].

En este contexto, la Sala ha establecido un "test" que tiene por finalidad permitirle "(…) sustentar objetiva y restrictivamente que a determinados créditos laborales les corresponde el privilegio del primer orden de prelación, sin que ello afecte el principio de igualdad o proporcionalidad que rige el sistema concursal"[10]. Según dicho "test", para que un crédito laboral sea incluido dentro del privilegio del primer orden debe cumplir con, por lo menos, alguno de los siguientes supuestos: (i) el crédito laboral objeto de análisis tiene naturaleza remunerativa; (ii) el crédito laboral tiene un origen o protección constitucional; o (iii) el crédito laboral objeto de análisis tiene un origen en una norma imperativa con rango de ley[11].

a. Beneficios establecidos por ley

La Sala ha señalado que cuando el artículo 42.1 de la LGSC alude a beneficios sociales se refiere a todos los conceptos laborales originados en una norma con rango de ley, de modo que el legislador obliga al operador del derecho a privilegiar los créditos laborales que tienes su origen en una norma con carácter legal imperativo[12].

Por tanto, dentro de este grupo se encontrarían los beneficios laborales previstos en la legislación vigente, tales como: la compensación por tiempo de servicios, las gratificaciones legales, la participación en las utilidades, la asignación familiar, entre otros. Nótese que dicha inclusión es independiente de si el beneficio ostenta

9 Numerales 13 y 14 de la Resolución N° 0417-2018/SCO-INDECOP, del 17 de julio del 2018.

10 Numerales 22 y 27 de la Resolución N° 0417-2018/SCO-INDECOPI, del 17 de julio del 2018.

11 Numeral 25 de la Resolución N° 0417-2018/SCO-INDECOPI (de fecha 17 de julio del 2018) que, a su vez, recoge lo señalado en el pronunciamiento recaído en la Resolución N° 0687-2014/SCO-INDECOPI del 23 de octubre del 2014.

12 Este criterio se ha recogido en diversas resoluciones, tales como: Resolución N° 0842-2016/SCO-INDECOPI (numeral 65) del 19 de julio del 2016, Resolución N° 0418-2016/SCO-INDECOPI (numeral 62) del 28 de abril del 2016, entre otros.

naturaleza remunerativa, bastando tan solo con estar regulado en una norma con rango de ley (en efecto, la CTS es un concepto no remunerativo está incluido en este grupo).

A pesar de ello, la Sala ha excluido en diversos casos a la bonificación extraordinaria ley que se otorga por mandato de la Ley N° 29351, Ley N° 29714 y Ley N° 30334. Tales leyes dispusieron la inafectación de las gratificaciones legales a –entre otros– los aportes al Seguro Social de Salud (EsSalud) y dispuso que, el 9% que los empleadores dejarán de pagar por tales aportes, deberá entregarse a lo trabajador bajo la denominación de bonificación extraordinaria. Sin embargo, por más que es evidente que su origen es una norma con rango de ley, la Sala lo ha excluido del primer orden de preferencia por tratarse de un concepto de remunerativo[13].

No compartimos la conclusión a la que arriba la Sala. Esta autoridad estaría considerando que no basta con estar regulado en una norma con rango de ley para estar dentro del primer orden de preferencia, sino que además debería tener naturaleza remunerativa. En primer término, ello no fluye del artículo 42.1 de la LGSC ni del Decreto Legislativo N° 856 que, de forma diferenciada, aluden a la remuneración y los beneficios establecidos por ley. Si hubieran querido que estos últimos fueran además remunerativos, su mención sería reiterativa pues bastaría con la alusión a remuneración. De otro lado, dicho criterio contravendría el "test" de la propia Sala, según el cual, bastaría con cumplir cualquiera de los tres criterios previamente citados, para estar dentro del primer orden. En este caso, a pesar de que la bonificación cumple con uno de tales criterios (tener su origen en una norma imperativa), se le exige sin una explicación razonable cumplir con otro más.

b. Conceptos remunerativos

Se tratan de aquellos beneficios que, con prescindencia de su origen, tienen naturaleza remunerativa. De este modo, no formarán parte del primer orden de prioridad aquellos conceptos que: (i) no cumpla con la definición de remuneración prevista en el artículo 6 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba

13 En la resolución N° 0050-2018/SCO-INDECOPI, del 1 de febrero del 2018, señaló en el numeral 23 "(…) mientras que a los créditos derivados de la bonificación extraordinaria del 9% establecida mediante la Ley N° 29351, al ser créditos que, de acuerdo a dicha ley, no tienen naturaleza remunerativa, les corresponde el quinto orden de preferencia". Lo mismo ocurrió en la Resolución N° 0929-2013/SCD-INDECOPI.

el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO de la LPCL); o, (ii) que se encuentren expresamente conjuntamente con el artículo 19 del Decreto Supremo N° 001-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios[14].

Para ello, la autoridad concursal deberá definir si los conceptos cuyo reconocimiento se solicita tienen naturaleza remunerativa. En dicha tarea, el artículo 39.4 de la LGSC la faculta a aplicar el principio de la primacía de la realidad, privilegiando los hechos verificados sobre las formas o apariencias contractuales que sustentan el crédito.

Sobre este punto, vemos con agrado el cambio de criterio que efectuó la Sala sobre un concepto denominado g*ain sharing*. En recientes pronunciamientos, la Sala ha señalado que dicho concepto tiene carácter remunerativo pues, a pesar que el convenio colectivo que lo regula señala lo contrario, en aplicación del principio de primacía de la realidad debe concluirse que se trata de mayor remuneración pues su entrega: (i) se efectuó con la finalidad de reconocer el esfuerzo de los trabajadores para alcanzar los objetivos empresariales, (ii) fue de libre disposición por parte de los trabajadores; y (iii) reportó un incremento patrimonial[15]. En pronunciamientos pasados, la autoridad concursal había relegado este concepto al quinto orden de preferencia, debido a que las condiciones pactadas para su otorgamiento le negaban naturaleza remunerativa[16].

14 Al respecto, el artículo 6 del TUO la LPCL señala que "Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición". A ello, la norma agrega que "Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa [mientras que] No constituye remuneración (…) el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto".
Por su lado, el artículo 7 del TUO la LPCL indica que no constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los artículos 19 y 20 del TUO de la LCTS. Entre los conceptos recogidos en tales dispositivos están: las gratificaciones extraordinarias, bono por cierre de pliego, cualquier forma de participación en las utilidades, asignación por educación, asignación por movilidad, bonificación por cumpleaños, las condiciones de trabajo, entre otras.

15 Ver numerales 38 al 41 de la Resolución N° 0293-2016/SCO-INDECOPI, del 7 de abril del 2016.

16 En la Resolución N° 0010-2013/SCD-INDECOPI, del del 2013, se indicó en el numeral 103 lo siguiente: "(…) se reconoce créditos a favor del (…) a los cuales les corresponde el quinto orden de preferencia, puesto que, si bien los créditos por concepto de gain sharing se derivan de la relación laboral que este mantuvo con la empresa deudora, dichos créditos no tienen naturaleza remunerativa de acuerdo con las condiciones pactadas para su otorgamiento en el convenio colectivo citado en los acápites precedentes por lo que no califican como créditos del primer orden de preferencia (…)".

c. Indemnizaciones

La Sala ha señalado que cuando se analizan las indemnizaciones es necesario determinar a cuáles se refiere el legislador, pues éstas pueden tener origen legal o convencional. De ahí que resulta necesario esclarecer si cualquier indemnización, entendida como la obligación de efectuar un pago compensatorio de un daño o perjuicio, tiene el privilegio de primer orden de preferencia en el pago[17].

Aplicando el "test" previamente mencionado, y desde que las indemnizaciones no tienen naturaleza remunerativa, tendríamos que las incluidas en el privilegio son aquellas que tienen: (i) un origen o protección constitucional; o (ii) un origen en una norma imperativa con rango de ley. Cumplen con tales criterios la indemnización por despido arbitrario, cuya entrega se regula en el artículo 38 del TUO de la LPCL, así como, la indemnización vacacional contemplada en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 713. Lo mismo ocurriría con las indemnizaciones por daños y perjuicios, cuyo pago se origine en el incumplimiento del deber de prevención del empleador regulado en la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo[18], o alguna otra obligación legal del empleador.

Por el contrario, la Sala consideró que se encuentra excluida de estos alcances una "indemnización especial" derivada en un convenio colectivo. En este caso, la autoridad sostuvo que tal indemnización no ostenta el primer orden de preferencia pues no constituye remuneración, no se deriva de algún beneficio social de carácter legal imperativo, ni tiene origen o protección constitucional[19].

17 Numeral 24 de la Resolución N° 0417-2018/SCO-INDECOPI, del 17 de julio del 2018.

18 Así lo dispuso la Sala en el numeral 33 la Resolución N° 0417-2018/SCO-INDECOPI, del 17 de julio del 2018, en donde señaló "(…) la indemnización por accidente de trabajo, establecida en una norma con rango de ley, tienen naturaleza laboral, dado que la obligación de pago al trabajador de la referida indemnización se origina ante el incumplimiento por parte del empleador del deber de prevención que asume en tutela de los trabajadores que le prestan sus servicios en condición de subordinación y dependencia durante la ejecución de la relación laboral".

19 Ver numeral 10 de la Resolución N° 1010-2017/SCO-INDECOPI del 29 de septiembre del 2017. Pese a ello, en el caso en concreto, la indemnización especial se reconoció en el primer orden de preferencia, debido a que así lo dispuso el Juzgado y la Sala tiene la obligación de dar estricto cumplimiento a los mandatos judiciales: "Sin embargo, conforme a lo señalado en la Constitución y la normativa señalada previamente, resulta imperativo dar estricto cumplimiento al mandato judicial ordenado por el Décimo Tercer Juzgado de Trabajo de Lima que dispuso el reconocimiento de créditos a favor del señor Esparza frente a Cepsa, por las sumas ascendentes a S/ 672 000,00 por concepto de capital y S/15 227,52 por concepto de intereses, "en el primer orden de preferencia", derivados de indemnización por cese laboral, sin tener potestad alguna para cuestionar o modificar dicha orden judicial, salvo que otro mandato judicial ordene expresamente lo contrario".

B) *Otros créditos que integran el primer orden de preferencia*

Además de las remuneraciones y beneficios sociales, también se encuentran en el primer orden de preferencia los aportes previsionales impagos al Sistema Privado de Pensiones (SPP) o a cualquier régimen administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. Se excluyen expresamente de esta prioridad a las comisiones cobradas por las administradoras de los fondos de pensiones del SPP. Asimismo, mediante el Decreto Legislativo N° 1170, publicado el 17 de diciembre del 2013, se incluyeron en el primer orden de preferencia a las deudas exigibles al EsSalud, que se encuentren en ejecución coactiva respecto de las cuales se haya ordenado medidas cautelares, así como los intereses y gastos que por tales conceptos.

Como anota Boza Pro, a diferencia de las remuneraciones y beneficios sociales cuyo privilegio cuenta con reconocimiento constitucional, los conceptos previamente señalados tienen una prioridad de índole legal[20]. No obstante, los motivos de su inclusión en el primer orden de preferencia sí contarían sustento constitucional.

En efecto, de un lado se sostiene que *"*(…) los créditos previsionales al tener su origen en la remuneración y atender a la sobrevivencia del trabajador y su familia cuando este ya se encuentre en situación de retiro, tendrían también una naturaleza alimentaria que justificaría su consideración como crédito de primer orden"[21]. Lo mismo ocurre con las deudas al EsSalud pues, según la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1170, uno de los fundamentos para incluirlos en el primer orden consiste en que dentro de las prestaciones que EsSalud otorga a los trabajadores se encuentran los subsidios que "(…) tienen por destino cubrir las necesidades básicas del trabajador y de su familiar, evidenciándose con ello su naturaleza alimentaria (…)"[22].

Por otro lado, se sostiene que la preferencia de estos créditos también radica en que forman parte del derecho fundamental a la seguridad social previsto en el artículo 10 de la Constitucional, que reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias

20 Cf. Guillermo Boza Pró, "Los créditos laborales en el sistema concursal peruano", en *Homenaje aniversario de la SPDTSS*, Lima, SPDTSS, 2013, p. 358.

21 *Ídem.*

22 Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1170, que se encuentra en el Portal Web del Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), p. 5.

que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida. Así se indicó en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1170, para justificar la inclusión de las deudas de EsSalud en el primer orden de preferencia[23].

C) *Alcances temporales de los créditos laborales*

El texto vigente del artículo 15.2 de la LGSC señala que los créditos que hubieran prescrito a la fecha de publicación del listado de deudores sometidos a concurso, podrán incorporarse al concurso en caso que el deudor no deduzca la prescripción o reconozca la obligación, luego de ser notificado con la solicitud respectiva. El dispositivo añade que se excluye de esta regla a los créditos sustentados en resoluciones judiciales y administrativas firme, en cuyo caso, la autoridad concursal solo podrá pronunciarse sobre la prescripción de tales créditos su previamente la autoridad judicial o administrativa competente hubiese declarado la prescripción de la acción correspondiente.

Al respecto, la Sala ha señalado que "(…) de una interpretación literal del texto vigente del artículo 15.2 de la LGSA, se concluye que el deudor puede deducir la prescripción de los créditos invocados desde el momento en que es notificado con la solicitud respectiva [de reconocimiento de créditos] hasta la fecha en la que la autoridad concursal emita un pronunciamiento definitivo de dicha solicitud"[24]. La consecuencia de no deducir tal prescripción consiste en que los créditos prescritos se incorporen al concurso del deudor mediante un pronunciamiento definitivo por parte de la autoridad concursal.

Por tanto, los trabajadores pueden solicitar el reconocimiento de créditos laborales que se encuentren prescritos y éstos se incorporarán al procedimiento concursal, a menos que el deudor deduzca su prescripción hasta antes de que se dicte un pronunciamiento definitivo, De no hacerlo, podríamos tener créditos laborales prescritos como parte de la masa sometida a concurso[25].

23 *Ibid.*, p. 1.

24 Ver el numeral 68 de la Resolución N° 1287-2016/SCO-INDECOPI del 17 de octubre del 2016.

25 Cabe añadir que el texto vigente del artículo 15.2 de la LGSC fue incorporado por el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1189, publicado el 21 de agosto del 2015. Así, antes de tal dispositivo, la autoridad concursal no estaba facultada para denegar el reconocimiento del crédito prescrito, incluso, si el propio deudor deducía la prescripción. Ello ocurrió, por ejemplo, en el caso recaído en la Resolución N° 0013-2015/SCO-INDECOPI, del 13 de enero del 2015, en donde la Sala señaló en el numeral 25 que "(…) la normativa concursal prevé que para efectuar la labor de verificación y calificación en la etapa de reconocimiento de créditos, la autoridad administrativa investigará la existencia, origen, legitimidad, titularidad y cuantía de los créditos invocados (…) mas no podrá ve-

2. Reconocimiento del crédito laboral

Para el reconocimiento de los créditos laborales, el artículo 37.4 de la LGSC señala este puede ser presentado: (i) por el representante titular ante la junta de acreedores, designado según la Octava Disposición Complementaria Final de la LGSC; o (ii) de forma independiente, por cada acreedor titular del crédito. Al respecto, coincidimos con Boza Pró, cuando señala que, en aquellas empresas en las que exista una organización sindical, ésta podría solicitar el reconocimiento de los créditos en representación de sus afiliados, siempre que el trabajador no opte por accionar directamente, tratándose así de una representación subsidiaria[26].

A) *Acreditación del vínculo laboral*

De acuerdo con el artículo 39.4 de la LGS, para el reconocimiento de los créditos de origen laboral debe acreditarse el vínculo laboral de los trabajadores. Para tales propósitos, el artículo 40 de la LGSC señala que la Comisión podrá aplicar el principio de la primacía de la realidad, privilegiando los hechos verificados sobre las formas o apariencias contractuales que sustentan el crédito (principio que, como señalamos, también suele emplearse para determinar la naturaleza remunerativa de los conceptos cuyo reconocimiento se solicita).

Al respecto, la Sala ha señalado en reiteradas ocasiones que, por la trascendencia de la aplicación del principio de primacía de la realidad, resulta fundamental e indispensable que el solicitante presente documentación que permita acreditar la existencia del vínculo laboral, mediante la verificación de manifestaciones o rasgos sintomáticos de la existencia de los 3 elementos esenciales de la relación laboral que deben concurrir necesariamente, a saber: (i) la prestación personal del servicios; (ii) la contraprestación remunerativa; y (iii) el vínculo de subordinación[27].

---

rificar la exigibilidad de los créditos invocados ni, en consecuencia, evaluar la prescripción vinculada a dichos créditos".

De hecho, la misma exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1189 señala que la modificación del artículo 15.2 de la LGSC radica, entre otros motivos, en que "(…) Del hecho que el régimen concursal sea uno excepcional no se infiere que se tenga que convalidar la exigibilidad de un crédito que perdió su acción de cobro al no haber sido ejercido en su oportunidad por su titular, ni que el deudor se vea constreñido al pago de un pasivo aún mayor al registrado en sus libros contables. Se entiende que un razonamiento en dicho sentido derivaría de una interpretación incorrecta del principio de colectividad, ya que cuando se propugna la participación de la totalidad de acreedores del concursado se hace en realidad sobre la base de todos aquellos acreedores con aptitud para cobrar sus créditos (…)".

26 Cf. Guillermo Boza Pró, *Op. Cit.*, p. 360

27 En tal sentido se pronunció la Sala en la Resolución N° 1287-2016/SCO-INDECOPI del 17 de

Tratándose de la desnaturalización de un contrato de locación de servicios, la Sala recuerda la importancia que tiene acreditar la existencia de subordinación. Para ello, señala que existes diversos medios para evidenciarla, tales como: (i) registros que acredites que el empleador puede controlar el tiempo o lugar de trabajo; (ii) cartas, correos electrónicos, memorándums, o cualquier otra comunicación remitida por el empleador que evidencia la impartición de órdenes o directrices para la prestación de los servicios; (iii) documentos que evidencien que los servicios se desarrollen bajo la supervisión del empleador; o (iv) documentos que evidencien la imposición de sanciones por el incumplimiento de las disposiciones dictadas por el empleador[28].

Del mismo modo, cuando se alega la desnaturalización de un contrato de tercerización, la Sala ha señalado que es preciso verificar la existencia de los elementos esenciales que se regulan en la legislación de la materia, tales como: (i) la sujeción del personal de la contratista a jefes y supervisores de la principal; (ii) la asunción de condiciones de trabajo de la contratista por la principal; (iii) ausencia de recursos financieros, técnicos y materiales por la empresa tercerizadora; (iv) la mezcla de actividades del trabajador destacado con la de los empleados de la empresa principal sin diferenciación alguna; (v) la ausencia de diferenciación entre las actividades desarrolladas por la empresa tercerizadora con las de la empresa principal; entre otros[29].

Em cualquier caso, la Sala deberá valorar en su conjunto los medios probatorios que se presenten en cada caso en concreto, para determinar la desnaturalización de alguna relación contractual.

B) *Reconocimiento del crédito por solidaridad laboral*

Como vimos en el apartado previo, se incorporan al concurso los créditos laborales de quienes acrediten tener vínculo laboral con la empresa deudora. Sin embargo, advertimos que la Sala también ha incorporado al concurso los créditos laborales de los trabajadores que prestaron servicios en las instalaciones o centro de trabajo de la empresa deudora, en virtud de un contrato de tercerización de servicios.

---

octubre del 2016 (numeral 27), en la Resolución N° 0164-2016/SCO/INDECOPI del 1 de marzo del 2016 (numeral 17).

28 Ver numeral 20 de la Resolución N° 0164-2016/SCO/INDECOPI del 1 de marzo del 2016.

29 Ver numeral 22 de la Resolución N° 1287-2016/SCO-INDECOPI del 17 de octubre del 2016 y el numeral 23 de la Resolución N° 1063-2016/SCO-INDECOPI del 16 de septiembre del 2016

El sustento en este caso no radica en la desnaturalización del contrato de servicios, sino en la aplicación de la solidaridad prevista en la Ley N° 29245, Ley de Tercerización de Servicios, cuyo artículo 9 señala que la empresa principal es solidariamente responsable con la empresa tercerizadora por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados, por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Añade que dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación del desplazamiento, al término del cual, la empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.

En la Resolución N° 1287-2016/SCO-INDECOPI del 17 de octubre del 2016, el Sala reconoció frente a la empresa principal los créditos de un trabajador que prestó servicios para una empresa de tercerización, en aplicación de la solidaridad previamente señalada. Cabe añadir que, en este caso en concreto, la solicitud de reconocimiento del crédito se presentó luego del año durante el que se extiende la solidaridad en materia de tercerización laboral. Sin embargo, desde que la empresa principal no dedujo la prescripción del crédito durante el procedimiento, en aplicación del artículo 15.2 de la LGSC, corresponde su reconocimiento.

C) *Sustento del crédito laboral*

El artículo 39.4 de la LGSC señala que, para el reconocimiento de los créditos de origen laboral y siempre que se haya acreditado el vínculo laboral de los trabajadores, la Comisión reconocerá los créditos invocados, en mérito a la autoliquidación presentada por el solicitante, salvo que el deudor acredite haberlos pagado o, de ser el caso, su inexistencia.

Al respecto, la Sala ha señalado que la autoliquidación o liquidación debe encontrarse debidamente detallada, identificando el tipo de concepto que integra el crédito invocado, los periodos en que se hubiesen devengado y su cuantía, de modo que la autoridad pueda identificar con exactitud dicha acreencia. En consecuencia, la ausencia de dicho detalle determina la inadmisibilidad de la solicitud, dejándose a salvo el derecho del acreedor de volver a presentar una nueva solicitud de reconocimiento[30].

30 Ver numerales 16 al 19 de la Resolución N° 007-2015/SCO-INDECOPI de fecha 8 de enero del 2015. En el caso en concreto, el solicitando presentó un acta de conciliación en el que, según la Sala, no se especificaba qué conceptos temáticos estaban incluidos (es decir, vacaciones, CTS, gratificaciones, entre etc.), tampoco se precisaban los periodos a los que corresponderían tales beneficios ni las

De otro lado, el texto original del artículo 39.4 previamente citado añadía que, cuando hubiese vencido el plazo para la conservación obligatoria de documentos laborales (5 años contados desde la ocurrencia del hecho o la emisión del documento), se invertía la carga de la prueba a favor del deudor. El artículo 15 del Decreto Legislativo N° 1189, del 21 de agosto del 2015, derogó dicho párrafo. La Exposición de Motivos de dicho Decreto Legislativo indicó que el propósito de la modificación consistió en:

> "(…) evitar que continúe elevándose el costo de un trabajador común que debe enfrentar la superioridad que mantiene su empleador y que queda potencialmente expuesta en un litigio. En otras palabras, esta regla tiene como propósito disminuir la asimetría documentaría entre trabajador y empresa deudora concursada"[31].

Es preciso señalar que el precedente aprobado por la Resolución N° 0916-2010/SC1-INDECOPI flexibilizó la inversión de la carga probatoria prevista en el texto derogado, al señalar que aquella no traslada al trabajador la obligación de probar la falta de pago de los créditos invocados, pues la carga de probar el pago siempre corresponderá al deudor, conforme lo establece el artículo 1229 del Código Civil.

Habiéndose derogado la inversión de la carga probatoria, el precedente previamente señalado también ha quedado sin efecto, tal y como lo señalado la Sala. Esta misma autoridad añadió que la Comisión reconocerá los créditos laborales que invoque el titular, en base a la autoliquidación previamente mencionada, a menos que la empresa deudora acredite su inexistencia o que los pagó. De existir duda respecto de la existencia total o parcial de los créditos invocados, deberán agotarse todos los medios que estén al alcance, para dilucidar la existencia, origen, legitimidad y cuantía[32].

De otro lado, se advierte que respecto de aquellos créditos que no se originen en la normativa laboral, la autoridad concursal exigirá acreditar la existencia de la fuente que origina su pago, para determinar su existencia. Así ocurrió respecto de una "indemnización por cese", en cuyo caso, la autoridad concursal solicitó al tra-

cuantías a las que ascenderían cada uno de ellos. Debido a tal omisión, la Sala declaró improcedente la solicitud.

31 Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1189, que se encuentra en el Portal Web del Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), pp. 9-10.

32 Ver la Resolución N° 0120-2018/SCO-INDECOPI, del 28 de febrero del 2018.

bajador presentar la documentación que permitiese verificar el origen, existencia, legitimidad, titularidad y cuantía[33].

Lo mismo ocurrió cuando se discutía la existencia de beneficios nacidos de una costumbre laboral. En este caso, y siguiendo doctrina autorizada en materia laboral y recientes pronunciamientos de la Corte Suprema, la Sala señaló que, si el empleador otorga un beneficio de forma reiterada durante un periodo de 2 años o más, y dicha práctica genera conciencia social de exigibilidad jurídica, entonces el beneficio se torna en obligatorio a partir del tercer año. En el caso en concreto, la Sala consideró como medios probatorios de la costumbre a las liquidaciones de la Compensación por Tiempo de Servicios y un documento interno que incluida una revisión de los pasivos relacionados con la CTS. En ambos documentos, la propia empresa había considerado como parte de la base de cálculo a los beneficios que, según los solicitantes del crédito laboral, tenían su origen en una costumbre laboral, acreditándose –a criterio de la Sala– la costumbre como fuente de derecho y, en consecuencia, el beneficio remunerativo que nace de ella[34].

Asimismo, tratándose de indemnizaciones y en cuanto al sustento documentario, se advierte que la Sala considera que para su reconocimiento se requiere de un pronunciamiento judicial que reconozca previamente el derecho del trabajador, o de una declaración expresa del empleador reconociendo adeudar el pago de la referida indemnización[35]. Recuerden que, además, se aplicará el "test" que abordamos previamente.

D) *Límites temporales para solicitar el reconocimiento*

La LGSC no contempla disposiciones especiales para los créditos laborales, en cuanto a los límites temporales para solicitar su incorporación en el concurso. De ahí que le son aplicables las mismas disposiciones que regulan cualquier tipo de crédito. Así, según el artículo 34.1 de la LGSC, los acreedores pueden solicitar el reconocimiento de sus créditos dentro del plazo de treinta días posteriores a la fecha de publicación del aviso que informa sobre la situación de concurso, más el término de la distancia.

33 Ver numeral 52 de la Resolución N° 0709-2017/SCO-INDECOPI, del 9 de junio del 2017.
34 Ver numerales 29 al 41 de la Resolución N° 0073-2016/SCO-INDECOPI, del 21 de enero del 2016.
35 Ver numeral 38 de la Resolución N° 0709-2017/SCO-INDECOPI, del 9 de junio del 2017.

Al respecto, el artículo 15.1 de la LGSC indica que estarán sujetas a los procedimientos concursales las obligaciones del deudor originadas hasta la fecha en que se publique el listado de deudores sometidos a tales procedimientos. Esta fecha de corte permitirá diferenciar entre los créditos concursales (los previamente señalados) y los post concursales (los que se devengan después de efectuada tal publicación). De este modo, en aplicación del artículo citado, las solicitudes de reconocimiento de créditos post concursales se declararán improcedentes.

La excepción a dicha regla la constituyen los procedimientos de disolución y liquidación. En tales casos, el artículo 16.1 de la LGSC prescribe que serán susceptibles de reconocimiento los créditos post concursales, hasta la declaración judicial de quiebra del deudor o conclusión del procedimiento concursal. Así, el artículo 74.6 de la LGSC señala que aplicará el fuero de atracción concursal de créditos, en virtual del cual, los titulares de créditos post concursales podrán presentar el reconocimiento de sus créditos y su incorporación al sistema concursal, con prescindencia de su fecha de origen.

Cabe añadir que el artículo 74.8 de la LGSC dispone que tal fuero de atracción no aplica a las deudas generadas por la implementación de la liquidación en marcha regulada en el artículo 72.4 de la LGSC. De este modo, y siguiendo el precedente de observancia obligatoria fijado por la Resolución N° 0226-2016/SCO-INDECOPI, la Sala ha dispuesto que las deudas generadas por concepto de remuneraciones y beneficios sociales en los procedimientos de liquidación en marcha, no están comprendidos en el fuero de atracción previamente señalado, debiendo cancelarse a su vencimiento[36].

Nótese que tal diferenciación entre créditos concursales y post concursales no supone ninguna afectación para el acreedor laboral. Por el contrario, los créditos post concursales "(…) podrán cobrar[se] de manera inmediata, en la medida que no les es oponible el marco concursal, salvo en el supuesto de disolución y liqui-

36 Ver numerales 19 al 27 de la Resolución N° 1429-2016/SCO-INDECOPI del 22 de noviembre del 2016, así como los numerales 55 al 59 de la Resolución N° 004-2016-SCO/INDECOPI del 5 de enero del 2016. Consideramos conveniente mencionar que el numeral 18 de la Resolución N° 1429-2016/SCO-INDECOPI señala que el fundamento del artículo 74.8 de la LGSC "(…) consiste en que el pago inmediato de tales deudas, incluso en forma preferente a los créditos reconocidos en el procedimiento concursal, permite propiciar en los terceros favorecidos con dicha situación el incentivo económico necesario para mantener o establecer relaciones comerciales con una empresa en estado de disolución y consecuentemente en vías de salir al mercado, que le permitan continuar provisionalmente con el giro del negocio".

dación de la empresa deudora", en cuyo caso, le aplican los mismos términos y condiciones del instrumento concursal que apruebe la Junta de Acreedores[37].

3. Derechos que concede el crédito laboral

De acuerdo con el artículo 34.1 de la LGSC, tienen derecho a participar con voz y voto en la reunión de instalación de la Junta de Acreedores y en las posteriores, los acreedores que soliciten el reconocimiento de sus créditos dentro del plazo previsto en la LGSC y que hayan obtenido su reconocimiento.

Tratándose de los créditos laborales, el artículo 47.2 de la LGSC señala que estos serán representados por quien o quienes designe el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) conforme al procedimiento establecido para tal efecto. Añade que el o los representantes designados contarán con facultades suficientes para la adopción de cualquiera de los acuerdos previstos en la LGSC.

Para tales propósitos, el MTPE dictó la Resolución Ministerial N° 324-2020-TR, que aprueba el Reglamento de elección y designación de representantes de créditos laborales ante la junta de acreedores de los deudores sometidos a procedimiento concursal. A diferencia de otros acreedores, cada trabajador o ex trabajador con créditos reconocidos no participa directamente ante la Junta, sino que lo hará a través de los representantes que se elijan para tales propósitos y según las pautas establecidas para tales propósitos por el MTPE. Se tratan de dos representantes (un titular y un suplente), cuyo mandato es de dos años, prorrogables por plazos iguales, siempre que sean ratificados en asamblea.

Así, tenemos que su participación personal se circunscribe a los siguientes escenarios:

a. Efectuar la convocatoria para la elección de los representantes, en cuyo caso, cualquier acreedor laboral puede solicitarla.

b. Participar en la elección de los representantes que se realiza en asamblea. El quórum requerido para su celebración es de por lo menos el 50% del total de acreedores laborales en primera convocatoria, mientras que en la segunda convocatoria la reunión se instala con los que haya asistido. La votación es nominal, individual, secreta y directa.

37 Jean Paul Calle Casusol, *Op. Cit.*, p. 142.

c. Participar en las asambleas convocadas por los representantes para informar sobre su gestión. La frecuencia de tales asambleas se determina en la asamblea en la que se eligen a los representantes que, cuando menos, debe ser trimestral.

d. Participar en la decisión de reemplazar al representante que no convoque a dos asambleas consecutivas o alternadas, o no se presente a ellas. Esta decisión se adopta por mayoría simple de los asistentes a la asamblea convocada para tales propósitos.

e. Cuando representen a por lo menos el 20% de los acreedores laborales reconocidos, podrán solicitar una nueva convocatoria para reemplazar al representante con el que no se encuentren conformen.

III. Los créditos laborales en el PARC

El 11 de mayo del 2020 se publicó el Decreto Legislativo N° 1511 que crea el Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal ("PARC") para asegurar la continuidad en la cadena de pagos ante el impacto del COVID-19 (en adelante, DL 1511). Como indicamos en la introducción, se trata de un régimen concursal excepcional y transitorio, que busca evitar la inminente insolvencia y quiebra de las empresas afectadas por el Estado de Emergencia Sanitaria, mediante su acogimiento a un procedimiento concursal célere y expeditivo para refinanciar con sus acreedores la totalidad de sus obligaciones.

Este régimen entró en vigencia el 8 de junio del 2020, luego de que se publicara el Decreto Supremo N° 102-2020-PCM que aprobó su Reglamento.

1. Características generales del PARC

Según el artículo 1 del DL 1511, el objeto de este procedimiento es evitar la insolvencia de las empresas, la pérdida de negocios y fuentes de empleo y, con ello, asegurar la recuperación del crédito y la continuidad en la cadena de pagos en la economía nacional.

El PARC permite que las empresas se acojan a un procedimiento concursal célere y expeditivo que, según el Reglamento del DL 1511, debería durar como máximo 65 días. El acogimiento podrá efectuarse hasta el 31 de diciembre del 2020. Este régimen tiene por finalidad que las empresas celebren con sus acree-

dores el Plan de Refinanciación Empresarial (PRE), para reprogramar sus obligaciones impagas. Así, el PARC concluye ya sea con la aprobación o desaprobación del PRE. La disolución y liquidación de la empresa, no es una opción en este procedimiento especial.

El artículo 7.2 del DL 1511 dispone que, a partir de la publicación del aviso de inicio del PARC, se suspende la exigibilidad de las obligaciones que estuvieran pendientes de pago a dicha fecha y aplica la protección el patrimonio regulada en el artículo 18 de la LGSC, hasta que se apruebe o desapruebe el PARC. Asimismo, tal publicación determina que se declare improcedente de cualquier solicitud de inicio de procedimiento concursal presentada por uno o más acreedores.

El PRE comprende la reprogramación de los créditos devengados hasta la publicación señalada en el párrafo previo, los que se pagarán según lo aprobado en el PRE. De acuerdo con el artículo 11 del DL 1511, el PRE se resuelve automáticamente si la empresa incumplir alguna de sus obligaciones. De ser el caso, cualquier acreedor podrá solicitar el pago de sus créditos frente al deudor, por la vía que estimen pertinente.

2. Los acreedores laborales en el PARC

A diferencia del procedimiento concursal abordado en el apartado previo, en el PARC no se puede solicitar el reconocimiento de los créditos laborales y, en consecuencia, los trabajadores no tienen representación ante la Junta de Acreedores que deliberará la aprobación del PRE.

El tercer párrafo del artículo 8.1 del DL 1511 señala que los créditos laborales adeudados a los trabajadores no son pasibles de reconocimiento, sin perjuicio de lo cual, la empresa debe incluirlos en el cronograma de pagos del PRE.

El artículo 8.2 del DL 1511 añade que los acreedores con derecho a voz y voto para la decisión sobre la aprobación del PRE, son los que cuenten con créditos reconocidos. Si bien seguidamente el artículo citado tan solo señala que los acreedores laborales carecen de derecho de voto, debe concluirse que tampoco tendrían derecho a voz, desde que éste solo lo tienen los acreedores con créditos reconocidos. Como consecuencia de ello, el artículo 9.3 del Reglamento del DL 1511 dispone que acreedores laborales no participan en la conformación del quórum de la Junta de Acreedores, no siendo considerados en el quórum de instalación y careciendo de derecho de voto.

En relación al PRE, el artículo 10.1 del DL 1511 dispone que éste debe incluir –entre otros– los siguientes aspectos:

a. La relación de la totalidad de créditos laborales adeudados a los trabajadores registrados en los libros de la empresa, devengados hasta la fecha de publicación del inicio del PARC. De existir alguna discrepancia en relación a la cuantía de tales créditos, aquella será conocida y resuelta por la autoridad jurisdiccional o administrativa competente en la vía que corresponda, y en caso dicha autoridad determine a favor del acreedor un monto adicional al declarado por la empresa en el PARC, su cobro se realiza sin que le aplique para tales propósitos el cronograma del PRE.

b. El tratamiento y cronograma de pagos a realizarse por clase de acreedores. Se precisa que, de los fondos o recursos que se destinen al año para el pago de los créditos, por lo menos un 40% se asigna en partes iguales al pago de obligaciones laborales adeudadas a los trabajadores que tengan el primer orden de preferencia. La determinación del pago en partes iguales implica que el derecho de cobro de cada acreedor laboral se determine en función del número total de acreedores laborales en dicha prelación.

3. ¿Desprotección normativa?

Debido a la corta vigencia de las disposiciones que venimos comentando, existen pocas opiniones y estudios en relación a las implicancias jurídicas del PARC, es especial, cuando se trata de la posición que tienen los acreedores laborales en este procedimiento.

El tratamiento particular de los créditos laborales en el PARC lo sustentan en la necesidad de contar con un procedimiento ágil de incorporación de los créditos laborales. Así, Quispe Ycochea sostiene que tales características especiales permites prescindir de la verificación documentaria sobre el origen, existencia, legitimidad y cuantía de los créditos laborales, así como del trámite de elección de representantes ante el MTPE que, en su conjunto, naturalmente dilatan los procedimientos concursales[38]. Para el autor citado, tal opción legislativa se compensa con el hecho de tener que informar la totalidad de créditos laborales bajo sanción

38 Angel Quispe Ycochea, "Tratamiento de los créditos laborales y créditos de consumo en el Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (PARC)", En *La Ley: El ángulo legal de la noticia*, Perú, 29 de mayo del 2020. Disponible en: https://laley.pe/art/9768/tratamiento-de-los-creditos-laborales-y-creditos-de-consumo-en-el-procedimiento-acelerado-de-refinanciacion-concursal-parc

de nulidad y con la necesidad de reservar el 40% de los fondos para cubrir los créditos laborales.

Por su parte, Alva Rodríguez sostiene que las disposiciones previamente comentadas vulneran el principio de colectividad, lo que ocasiona que los acreedores laborales no tengan derecho a voto en la Junta de Acreedores. Así, añade que el DL 1511 priva sin justificación alguna a los trabajadores y ex trabajadores de participar en la toma de decisiones, a pesar de su condición de acreedor. En dicha línea, indica que existen medidas menos gravosas que evitar que los trámites engorros vinculados a los créditos laborales, dilaten el procedimiento. Resulta interesante cuando advierte el riesgo de que el patrimonio del deudor se agote con el pago de los créditos garantizados, lo que podría evitar que los acreedores labores cobren sus créditos.

Al respecto, tenemos los siguientes comentarios:

a. Es claro que, para el legislador, el trámite de reconocimiento de los créditos laborales y su representación ante la Junta de Acreedores, son elementos que dilatan la adopción de –en este caso– el PRE y, precisamente por ello, los ha omitido en este procedimiento especial.

b. Desde un punto de vista social, dicha opción normativa distaría de los preceptos que abogan por la participación de los trabajadores en la adopción de decisiones que tienen la potencialidad de incidir en el futuro de sus puestos de trabajo e ingresos. Sin embargo, desde una perspectiva, advertimos que no se está transgrediendo ningún mandato constitucional. Los trabajadores mantienen la prioridad de sus créditos laborales reconocida a nivel constitucional. Sin embargo, desde que en el PARC no se prevé la disolución ni liquidación de la empresa, tal prioridad en el cobro no tiene aplicación.

c. Asimismo, consideramos que la imposibilidad de cuestionar ante la autoridad concursal los créditos laborales reportados por la empresa, no deja a los trabajadores o ex trabajadores en un estado de indefensión. Como señala el propio DL 1511, estos casos la discrepancia será resuelta por la autoridad judicial y, de existir algún importe adicional, este podrá cobrarse inmediatamente a la empresa, sin necesidad de observar el cronograma de pagos del PRE.

d. Si bien se restringe la participación de los acreedores laborales, esta limitación es temporal pues las empresas podrán acogerse al PARC hasta fines del 2020. Cuando el régimen quede cerrado y la situación se restablezca, su participa-

ción recobrará los alcances regularmente reconocidos en el procedimiento ordinario.

e. Por último, creemos que sí existen elementos que justifican la opción del legislador respecto de los créditos laborales. La celeridad que se busca es un motivo muy importante, considerando que venimos atravesando una situación de emergencia nacional y sanitaria, que exige respuestas rápidas para acontecimientos económicos y sociales sin precedentes.

Además, la conservación de las empresas y, en consecuencia, de los empleos y de la percepción de remuneraciones, constituye otro elemento de peso para el diseño de un proceso especial que procure tal fin. Naturalmente, este último punto deberá evaluarse conforme pase el tiempo, y pueda advertirse cuantas empresas logran evitar caer en insolvencia y reactivarse económicamente.

IV. Reflexiones finales

La situación de pandemia mundial nos obliga a reflexionar sobre estos temas pues, como indicamos al inicio de este trabajo, es previsible que muchas empresas caigan en insolvencia, lo que obligará a sus trabajadores a enfrentarse con los procedimientos comentados. Del mismo modo, en caso sea viable que el empleador se acoja al PARC, creemos valioso haber revisado la posición de los acreedores laborales, a efectos de identificar las acciones con las que se cuentan en un procedimiento que excluye la participación de los trabajadores en la junta de acreedores.

De otro lado, no podemos dejar de notar que han trascurrido casi veinte años desde que por primera vez se habló de la "laboralización" del derecho concursal y, a pesar de la distancia en el tiempo, dicho proceso continúa expandiéndose. La diversa jurisprudencia citada en el segundo apartado evidencia como las autoridades concursales se ven obligadas a profundizar cada vez más en los diversos aspectos que regulan las relaciones laborales, específicamente, los referidos a los créditos de los trabajadores.

Finalmente, si bien el privilegio de los créditos laborales que motiva el presente trabajo, nace en un contexto en el que ante la quiebra de una empresa se procura que los trabajadores recuperen sus créditos, esperamos que tales procesos sean cada vez menos, de modo que más empresas se reestructuren o refinancien y, de ese modo, evitemos la pérdida de empleos y percepción periódica de ingresos.

ANÁLISIS DEL IMPACTO ECONÓMICO DE LAS PRINCIPALES MEDIDAS LABORALES DURANTE LOS PRIMEROS CUATRO MESES DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN PERÚ Y PROPUESTAS ALTERNATIVAS

Fernando Cuadros Luque*

Resumen: En el presente artículo se analiza el impacto económico de las principales medidas en materia laboral tomadas por el Estado peruano para minimizar los efectos de la pandemia del COVID-19 en el empleo y los ingresos de los trabajadores, tanto del sector formal como del informal, en los primeros cuatro meses desde su inicio en nuestro país. Adicionalmente, se plantean propuestas de políticas que hubieran tenido mejores resultados en la protección del bienestar de los trabajadores durante la pandemia, así como en la minimización del impacto negativo en las actividades económicas que vieron afectada su continuidad por la cuarentena establecida por el Poder Ejecutivo.

Palabras clave: medidas laborales, impacto económico, empleo formal e informal, ingresos, propuestas alternativas.

El día lunes 16 de marzo del año 2020 se inició la cuarentena establecida por el gobierno peruano para minimizar el impacto en la salud de la población de la pandemia generada por el COVID-19.

Ello implicó la paralización de las actividades económicas y laborales presenciales, con excepción de los servicios esenciales como la producción, distribución

* Economista de la Universidad del Pacífico
Ex Viceministro de Promoción del Empleo y Capacitación Laboral
Correo electrónico: dfcuadros@gmail.com

y venta de alimentos y bebidas, medicinas, servicios de salud, servicios públicos de agua, saneamiento, electricidad, telecomunicaciones, gas y combustibles, servicios funerarios, medios de comunicación, limpieza, finanzas y seguros, cuidados de la población vulnerable, transporte de manera restringida, alojamiento para cumplir la cuarentena, entre otros.

Asimismo, en materia laboral, se estableció como regla general el trabajo remoto (desde el lugar de residencia o alojamiento) para las actividades económicas paralizadas por la cuarentena y la licencia con goce de haber (es decir, con pago de remuneraciones) para aquellos casos donde no fuera posible realizar el trabajo remoto. Cabe precisar que se reguló que, en términos generales, las horas no trabajadas durante la licencia con goce de haber deberían ser compensadas con horas adicionales de trabajo una vez reiniciada la labor presencial.

Estas medidas contribuyeron al cumplimiento estricto de la cuarentena por parte de los trabajadores formales del país, al permitirles mantener su fuente de ingresos laborales. No obstante, de forma gradual, también se estableció la suspensión de los aportes previsionales pensionarios de los trabajadores correspondientes a los meses de abril y mayo del año 2020 y la libre disposición de hasta S/ 2 400 de sus cuentas de compensación por tiempo de servicios (CTS) y hasta S/ 2 000 de sus fondos previsionales en el sistema privado de pensiones (siempre que su remuneración no supere los S/ 2 400 en el último caso), con el fin de darles mayor liquidez, lo cual consideramos que no fue del todo necesario debido a que se trataba de personas que continuaban percibiendo ingresos laborales formales y se terminó desnaturalizando la finalidad de los fondos previsionales de jubilación y desempleo (más allá de que se requiere una reforma integral del sistema previsional, tanto público como privado, en Perú).

Respecto a este último aspecto, es importante señalar que, según información estadística de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, al 30 de abril del año 2020, el 92% de cuentas de CTS en el sistema bancario registraban un saldo promedio de S/ 994, bastante por debajo de la remuneración promedio en el sector privado formal (S/ 2 400 según la planilla electrónica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo), lo cual muestra que el grueso de trabajadores ya habían licuado prácticamente sus fondos de CTS y contaban con una escasa protección para períodos de desempleo.

Lo que sí fue adecuado, dada la coyuntura vivida en ese momento, fue permitir el retiro de hasta S/ 2 000 de sus fondos previsionales privados a aquellos afiliados que lleven al menos 6 meses sin aportar, por no contar con un empleo formal.

Posteriormente, el Congreso de la República aprobó una ley que permitía el retiro del 25% de los fondos previsionales de los afiliados al sistema privado de pensiones, con la finalidad de darles mayor liquidez, lo cual terminó desnaturalizando aún más al sistema previsional privado, al permitir utilizar un porcentaje significativo de los fondos previsionales para fines distintos, lo que a la larga afectará el monto de las pensiones de los afiliados al llegar a su edad de jubilación (en todo caso, se debió permitir dicho retiro solo a aquellas personas que tengan cierta cantidad de tiempo sin hacer aportes a su fondo previsional privado por no contar con un empleo dependiente formal, como una medida excepcional).

Si bien el establecimiento del trabajo remoto o la licencia con goce de haber compensable en su defecto, permitieron a los trabajadores formales cumplir inicialmente con la cuarentena, a partir de mediados de abril del año 2020, el gobierno dio la posibilidad a las empresas y entidades privadas (así como a las empresas públicas de la Corporación FONAFE) de usar la suspensión perfecta de labores, que implica dar a los trabajadores licencia sin goce de haber, es decir, mantener el vínculo laboral pero sin la obligación de laborar y sin derecho a percibir remuneraciones.

Para ello creó un procedimiento con un conjunto de requisitos y plazos. Los requisitos están vinculados a la imposibilidad de seguir aplicando el trabajo remoto y la licencia con goce de haber compensable por parte de las empresas por diversos motivos referidos a la naturaleza de las actividades y la afectación económica, como cierto nivel de reducción de las ventas en relación a la masa salarial durante la cuarentena respecto al año anterior o ventas nulas en el mes previo a la suspensión perfecta de labores; los requisitos también se vinculan, entre otros, a la implementación de medidas menos gravosas para los trabajadores previamente (como otorgar las vacaciones ya adquiridas, adelantar vacaciones que se generen a futuro, reducir proporcionalmente la jornada laboral y la remuneración, disminuir la remuneración, entre otras), aunque estos últimos requerimientos terminaron eliminándose para la gran mayoría de empresas (con hasta 100 trabajadores o ventas nulas en el mes anterior a la suspensión perfecta).

En cuanto a los plazos, la Autoridad Administrativa de Trabajo cuenta con 30 días hábiles para resolver en relación a la validez de la suspensión perfecta de labores (la cual se aplica desde que es establecida por las empresas) y de no cumplir con dicho plazo, se entiende por validada a través del silencio administrativo positivo.

En caso de detectarse la invalidez de la suspensión perfecta de labores, las empresas tendrían que abonar a los trabajadores sus remuneraciones no pagadas

y el período dejado de laborar sería considerado como trabajo efectivo para todo efecto legal.

Además, se permite a las empresas el uso de la suspensión perfecta de labores hasta 30 días después de finalizada la emergencia sanitaria, es decir, hasta el 7 de octubre del año 2020 en principio (aunque incluso dicho plazo podría ser prorrogado por el Ejecutivo); y se les dio la posibilidad de postergar el depósito de la CTS de mayo del año 2020 hasta noviembre del mismo año, para los trabajadores con remuneraciones superiores a S/ 2 400 y que no se encuentren en suspensión perfecta.

Para mitigar los efectos negativos de la suspensión perfecta de labores en los trabajadores, el Poder Ejecutivo estableció algunas medidas complementarias para los afectados, como la libre disposición de S/ 2 000 de sus fondos previsionales privados, el uso del equivalente a una remuneración mensual de los fondos de CTS por cada mes de duración de la suspensión perfecta de labores y el adelanto del pago de la CTS de mayo del año 2020 y de la gratificación correspondiente a julio del mismo año por parte de los empleadores, en caso de no contar con saldo en sus cuentas CTS, es decir, se obligó a los trabajadores bajo suspensión perfecta de labores a asumir todo el costo de la crisis con sus ahorros previsionales para pensión y desempleo (que ya se habían visto reducidos con anterioridad, como vimos).

Solo para el caso de los trabajadores bajo el régimen laboral especial de la microempresa que se encuentren en suspensión perfecta de labores y tengan una remuneración que no supere los S/ 2 400, se estableció el pago de una subvención estatal de S/ 760 por cada mes de duración de dicha suspensión, hasta un máximo de 3 meses. Luego se amplió dicha subvención para los trabajadores bajo suspensión perfecta en empresas que cuenten con no más de 100 trabajadores (micro y pequeñas empresas), siempre que su remuneración no supere los S/ 2 400 y sus hogares no hayan recibido otra subvención especial del gobierno por la pandemia del COVID-19, de la que hablaremos más adelante.

No obstante, debemos señalar que a la fecha de culminación del presente artículo (22 de julio del año 2020), el Poder Ejecutivo aún no cumplía con otorgar la referida subvención a la población afectada por la suspensión perfecta de labores y que cumplía el resto de requisitos.

Respecto a los efectos de la medida analizada, según información estadística del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, alrededor de 30 mil empresas privadas formales se acogieron a la suspensión perfecta de labores, incluyendo a

un universo de cerca de 300 mil trabajadores, quienes se quedaron sin ingresos laborales desde el primer día de su aplicación y se vieron obligados a utilizar parte de sus ahorros pensionarios y de CTS (de por sí insuficientes) para afrontar la crisis, e incluso, probablemente, en varios casos tuvieron que incumplir la cuarentena con el fin de acceder a una fuente de ingresos vía un empleo informal, lo cual puso en riesgo su salud y la de su familia, y agravó la epidemia en nuestro país.

Cabe agregar que, más allá de las serias limitaciones de los criterios utilizados para determinar una supuestamente inmanejable afectación económica de las empresas durante la cuarentena (dado que no toman en cuenta los resultados económicos acumulados, por ejemplo), a la fecha se había verificado una proporción minoritaria (23%) de los cerca de 30 mil expedientes de suspensión perfecta, dada la escasa cantidad de personal inspectivo laboral encargado de su revisión (menos de 700 a nivel nacional en el caso de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral), lo cual nos lleva a proyectar que la gran mayoría de dichos expedientes serían aprobados vía el silencio administrativo positivo, al incumplirse el plazo de verificación de 30 días hábiles para la Autoridad Administrativa de Trabajo.

De otro lado, el gobierno estableció un subsidio –por un solo mes- del 35% de las remuneraciones de aquellos trabajadores cuyo sueldo mensual no supere los S/ 1 500, para empresas o entidades privadas de cualquier tamaño, que se encuentre operando o no durante la cuarentena. Ello resultó una medida claramente insuficiente para dar viabilidad económica y evitar la pérdida de empleo en aquellas empresas que no pudieron operar o lo hicieron de forma muy reducida durante los 3 meses y medio que duró la cuarentena en la mayor parte del país; así como un apoyo innecesario para las empresas que se mantuvieron operativas a plenitud o cerca de ella en la cuarentena.

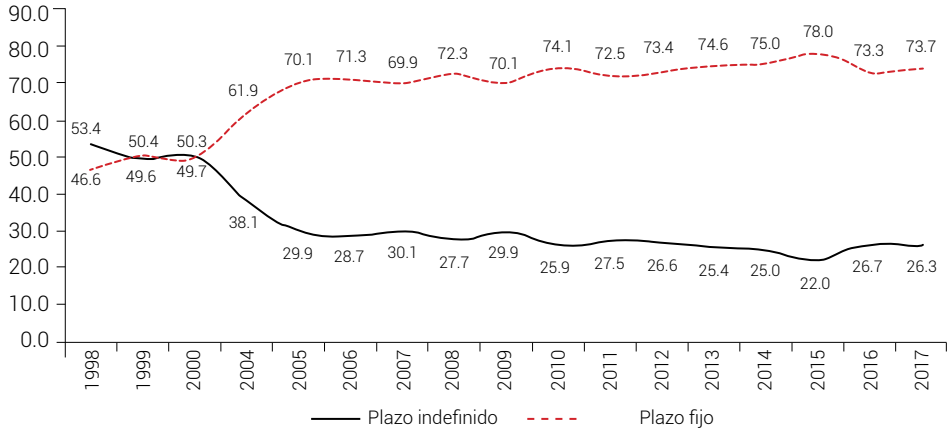
Adicionalmente, el Poder Ejecutivo creó el programa para el financiamiento garantizado de capital de trabajo (pagos y obligaciones de corto plazo de las empresas con sus trabajadores y proveedores de bienes y servicios) denominado Reactiva Perú, con la finalidad de evitar el cierre de empresas y la pérdida de empleo formal. A través de este programa, el Banco Central de Reserva viene canalizando S/ 60 mil millones (en dos etapas) vía el sistema financiero privado a las empresas o entidades privadas que lo requieran, con condiciones bastante favorables para ellas (por ejemplo, tasas de interés baratas y período de gracia de hasta un año), debido a que entre el 80% y 98% de los montos de crédito están garantizados por el Tesoro Público, en caso de falta de pago por parte de los prestatarios.

No obstante, en la mayoría de casos los montos de los créditos no han sido los suficientes dada la extensión de la cuarentena y no se priorizó a las micro y pequeñas empresas formales en el otorgamiento de los créditos en mención, a pesar de que son los estratos empresariales más afectados por la paralización económica generada por la cuarentena (cabe precisar que también se creó un fondo especial para micro y pequeñas empresas –Fondo de apoyo empresarial MYPE- pero con recursos más limitados).

Es importante señalar que ninguna de las medidas de apoyo a las empresas o entidades privadas por parte del gobierno, como es el caso de la suspensión perfecta de labores, el subsidio –por única vez- del 35% de las remuneraciones de hasta S/ 1 500 y los S/ 60 mil millones en créditos garantizados y otorgados vía Reactiva Perú, tuvo como condición para acceder a ellas el no realizar despidos ni dejar de lado la no renovación de contratos temporales (7 de cada 10 en Perú, ver el gráfico N° 1) mientras dure la cuarentena e incluso en los meses posteriores (cómo sí se hizo en países como Argentina, España e Italia en distinta medida), lo cual, sumado a su insuficiencia monetaria, no evitó la significativa pérdida de empleo formal durante la cuarentena.

Gráfico N° 1

Perú: PEA ocupada asalariada privada formal según tipo de contrato, 1998-2000 y 2004-2017
(%)



El gráfico muestra la distribución de la PEA ocupada asalariada privada formal según tipo de contratación.
Fuente: MTPS e INEI-Encuesta Especializada de Niveles de Empleo, III trimestre 1998-2000. INEI - Encuesta Nacional de Hogares sobre condiciones de vida y pobreza, 2004-2017.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Así, según la planilla electrónica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, entre el 16 de marzo y el 14 de junio del año 2020, a nivel nacional, se

produjeron 587 mil salidas de puestos de trabajo formales en el sector privado y solo 327,5 mil entradas, lo cual implicó la pérdida neta de casi 260 mil empleos formales en dicho sector.

Si bien con el reinicio progresivo de actividades, la cantidad de empleo formal privado perdido en términos netos se ha venido reduciendo, aún llegaba a 228 mil al 12 de julio del año 2020; y dado que todavía no se ha podido controlar la epidemia del COVID-19 en el Perú, es probable que se produzcan nuevas pérdidas de empleo formal si se requiriese volver a una cuarentena.

Cabe agregar que en el caso del sector público formal, se ha mantenido fundamentalmente la opción del trabajo remoto hasta el 31 de diciembre del presente año, pero es probable que debido a la reducción de la recaudación tributaria generada por la paralización económica, el presupuesto y la planilla pública tengan que reducirse de manera significativa en el año 2021.

Como alternativa a las medidas implementadas por el gobierno, hubiera sido más efectivo para mantener la viabilidad económica de las empresas privadas, los empleos e ingresos formales, y cumplir estrictamente la cuarentena: mantener como regla general el trabajo remoto y la licencia con goce de haber cuando no pueda aplicarse el primero, eliminar la posibilidad de utilizar la suspensión perfecta de labores durante la cuarentena y algunos meses después incluso, priorizar a las empresas formales más afectadas en el acceso a los créditos garantizados por Reactiva Perú e incrementar su cuantía, así como establecer un sistema de subsidios escalonados a la planilla laboral de las empresas que realmente los requieran según tamaño y restringir los despidos y no renovaciones de contratos temporales (así como la afectación de derechos laborales) como requisitos de acceso a dichos beneficios.

Así, el Estado subsidiaría determinado porcentaje de la planilla de aquellas empresas formales privadas que hubieran dejado de operar –totalmente o de manera muy significativa- durante la cuarentena, y que lo requieran, de acuerdo al siguiente esquema: 80% del costo de la planilla de las microempresas, 60% en el caso de las pequeñas empresas y 50% para las empresas medianas.

Si bien se trataría principalmente de un subsidio focalizado en las empresas de menor tamaño y por ende, más afectadas por la crisis, también se podría haber considerado un subsidio de hasta el 40% del costo de la planilla para aquellas empresas grandes que demuestren no contar con acceso a recursos financieros para asumir todo el costo de su planilla, y, evidentemente, siempre que hayan dejado de operar –totalmente o de manera muy significativa- durante la cuarentena.

Este esquema de subsidios se podría haber aplicado únicamente mientras durara la cuarentena o paralización económica, y se podría haber ido retirando conforme las empresas beneficiadas empezaran a reiniciar sus actividades económicas.

Se trata de un esquema viable desde el punto de vista económico, considerando que las remuneraciones promedio continúan siendo bajas incluso en el sector privado formal (S/ 2 400), sobre todo en las micro y pequeñas empresas (S/ 1 400 y S/ 2 300, respectivamente), principal grupo objetivo de los subsidios, que además cuentan con costos laborales no salariales significativamente inferiores a los del resto de empresas, vía sus respectivos regímenes laborales promocionales (ver el cuadro N° 1).

Cuadro N° 1

Régimen Laboral	General	Microempresa	Pequeña empresa	Agrario
Salario referencial* (A)	100.0	100.0	100.0	126.4*
Costos laborales *"no salariales"* a cargo del empleador (% adicional del salario referencial) (B)	51.7	5.0	28.2	8.2
Compensación por tiempo de servicios (CTS)	10.0	-	4.0	-
Gratificaciones	17.3	-	8.3	-
Vacaciones	8.6	4.2	4.2	4.2
Seguro de salud	9.3	0.8	9.0	4.0
Asignación familiar	3.8	-	-	-
Seguro de vida	0.6	-	0.6	-
Seguro complementario de trabajo de riesgo	1.3	-	-	-
SENATI	0.8	-	-	-
Costos laborales totales a cargo del empleador (C) = (A) + (B)	151.7	105.0	128.2	134.6

* Se toma como referencia la remuneración mensual promedio en el sector privado formal (100%)
** El salario incluye la compensación por tiempo de servicios y gratificaciones 1/ los costos del régimen agrario no consideran su última modificación aún.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Cabe precisar que la licencia con goce de haber aplicada cuando no proceda el trabajo remoto, solo tendría que compensarse con horas adicionales de trabajo al reiniciarse las actividades económicas, en lo correspondiente al tramo de la planilla laboral no subsidiado por el Estado.

Dicho esquema de subsidios escalonados tendría que haber sido complementado con una rápida implementación del programa Reactiva Perú, el cual debió priorizar el otorgamiento de créditos baratos –para capital de trabajo- a las micro y pequeñas empresas formales que dejaron de operar durante la cuarentena (totalmente o de manera muy significativa), dado que es el segmento empresarial que resultó más afectado por el tipo de actividades que realiza mayoritariamente y por su menor capacidad financiera.

La implementación conjunta del enfoque propuesto de subsidios escalonados a la planilla laboral y el programa Reactiva Perú, priorizando el apoyo económico

a micro, pequeñas y medianas empresas formales que dejaron de operar (totalmente o de manera muy significativa) durante la cuarentena, pudo haber evitado que 560 mil personas se queden sin ingresos laborales formales, entre las que perdieron su trabajo y las que entraron a suspensión perfecta de labores, y que se vieran obligadas, en muchos casos, a incumplir la cuarentena y exponerse al contagio e incluso la muerte por COVID-19, al buscar una fuente informal de ingresos.

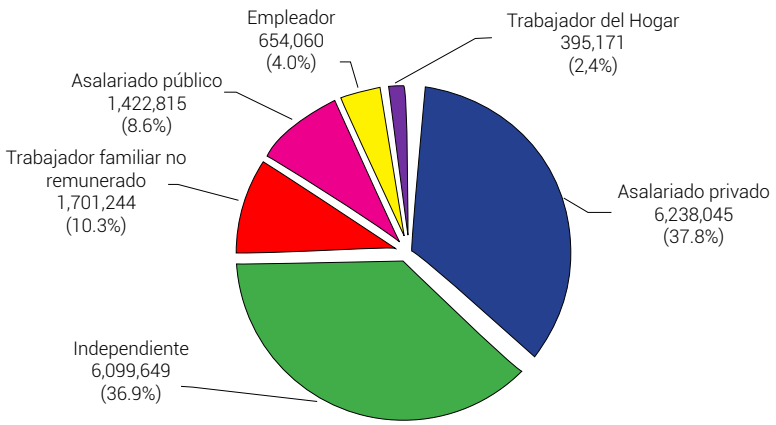
Es importante enfatizar en que para lograr que las medidas propuestas sean efectivas, era fundamental establecer como requisito para que las empresas puedan acceder a ellas, que mientras dure la cuarentena e incluso tres meses después, no se podrían realizar despidos ni no renovaciones de contratos temporales, con la finalidad de garantizar a la vez la sostenibilidad económica de las empresas y la continuidad de los empleos y los ingresos formales de los trabajadores.

De otro lado, en cuanto al sector informal o precario desde el punto de vista laboral, parece que el gobierno olvidó al principio de la crisis que, tomando como fuente la Encuesta Nacional de Hogares del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), existen alrededor de 6 millones de trabajadores independientes, la gran mayoría con empleos precarios, más de 3 millones 500 mil asalariados que laboran sin estar declarados en planilla por sus empleadores y, por tanto, sin acceder a ningún beneficio laboral y cerca de 400 mil trabajadoras del hogar, más del 90% sin acceso a derechos laborales tampoco (ver los gráficos N° 2, 3 y 4).

Gráfico N° 2

PERÚ: DISTRIBUCIÓN DE LA PEA OCUPADA SEGÚN CATEGORÍA OCUPACIONAL 2017

(Absoluto y porcentaje)



Fuente: INEI-Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y pobreza, 2017
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Gráfico N° 3

PERÚ: TASA DE INFORMALIDAD LABORAL DE LOS ASALARIADOS, 2005-2017

(Porcentaje y Absoluto en miles)

Nota: La informalidad laboral de los asalariados se define como el porcentaje de asalariados públicos y privados (empleados y obreros sin contrato laboral (incluye locadores de servicios).
Fuente: INEI - Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2005-2017.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Gráfico N° 4

PERÚ: TASA DE INFORMALIDAD LABORAL DE LOS TRABAJADORES DEL HOGAR, 2005-2017

(Porcentaje y Absoluto en miles)

Nota: La informalidad laboral de los trabajadores del hogar está conformada por aquellos que no tienen un seguro de salud pagado por su empleador.
Fuente: INEI - Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2005-2017.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Hablamos de, aproximadamente, 10 millones de personas a nivel nacional que se quedaron sin ingresos laborales de un día para el otro, ni bien comenzó la cuarentena. Y que no contaban con algún mecanismo de protección social.

Solo en Lima Metropolitana, según la Encuesta Permanente de Empleo del INEI, en el trimestre abril-mayo-junio del año 2020, cerca de 2 millones 700 mil personas se vieron obligadas a dejar de trabajar (en empleos precarios o informa-

les principalmente) por la cuarentena fundamentalmente, pasando la mayoría a formar parte de la población inactiva que no trabaja ni busca activamente trabajo (creció en 105%), lo cual implicó una reducción del -55% de la población económicamente activa ocupada, mientras que la tasa de desempleo ascendió de 6,3% a 16,3%, respecto a similar trimestre del año anterior.

En el resto de regiones del país, la situación laboral sería igual de complicada que en Lima Metropolitana, en línea con la caída de la producción nacional de bienes y servicios en -16%, -41% y -33% en marzo, abril y mayo del presente en relación al año anterior, respectivamente.

El Poder Ejecutivo perdió mucho tiempo tratando de focalizar a los hogares beneficiarios de un bono inicial de S/ 380, que luego se convirtió en uno de S/ 760, pero que tardó demasiado en ser distribuido al utilizar mecanismos inapropiados para la realidad del país. De hecho, mucha gente vulnerable habría terminado contagiándose de COVID-19 al hacer interminables colas en las agencias bancarias para intentar cobrar dicho bono, que siempre se mostró insuficiente en cuantía y cobertura.

En este caso, lo que se debió hacer desde el principio es establecer un bono mensual de al menos S/ 1 000 (valor ubicado entre la remuneración mínima de S/ 930 y la canasta básica de consumo familiar de S/ 1 500) mientras dure la cuarentena, el cual tendría que haber sido entregado por diversos medios, por ejemplo, virtuales para quienes tengan cuenta bancaria y/o acceso a dichos canales, y presenciales, vía entregas directas en las propias casas de los beneficiarios que no cuenten con medios virtuales.

Dicho bono debió entregarse a todas aquellas personas mayores de edad que no cuenten con ingresos formales durante la cuarentena (y no solo por hogar, como se ha venido haciendo con el bono de S/ 760, considerando que según el INEI, 57% de los hogares depende de más de un perceptor de ingresos), población que pudo ser identificada al descartar del padrón de población mayor de 18 años del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil a todos aquellos que figuren con un empleo formal privado o público en la planilla electrónica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo o con ingresos como independientes o empleadores en la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria.

Ello, sumado a la canasta básica de alimentos que debió entregarse continuamente a los hogares más vulnerables mientras durara la cuarentena, hubiera permitido un mayor cumplimiento de esta por parte de la población que se desem-

peñaba en empleos informales o precarios, y que en muchos casos se vio obligada a incumplirla para generar ingresos que le permitan subsistir, arriesgando con ello su salud y la de su familia.

En las postrimerías de la cuarentena, al igual que en el caso del sector formal, los trabajadores precarios o informales comenzaron a retornar de manera masiva a sus puestos de trabajo, sobre todo los pequeños comerciantes, lo cual también exacerbaría nuevamente los contagios y los fallecidos por COVID-19, dado que la epidemia aún no ha podido ser controlada en el país, generando probablemente un retorno a la cuarentena.

Por tanto, podríamos concluir que seguiría siendo necesario implementar las medidas planteadas en el presente artículo: uso obligatorio del trabajo remoto o en su defecto de la licencia con goce de haber, eliminación de la posibilidad de aplicar la suspensión perfecta de labores durante la cuarentena y algunos meses después incluso, priorizar a las empresas o entidades formales más afectadas en el acceso a los créditos garantizados por Reactiva Perú e incrementar su cuantía, así como establecer un sistema de subsidios escalonados a la planilla laboral de las empresas o entidades formales más afectadas según tamaño, y restringir los despidos y no renovaciones de contratos temporales como requisito de acceso a dichos beneficios; en el caso del sector formal privado.

En el caso del sector público, se debería continuar privilegiando la modalidad de trabajo remoto o, en extremo, la semipresencial si fuera indispensable (con las medidas de protección del caso a los trabajadores), hasta que se logre controlar la epidemia del COVID-19 en nuestro país.

En esa línea, es fundamental que los empleadores públicos y privados comiencen a compensar a sus trabajadores por los gastos en insumos generados por la aplicación del trabajo remoto (electricidad, equipos informáticos, telefonía móvil, internet, entre otros).

Mientras que en lo referido al sector informal, es imprescindible la entrega periódica de un bono cuasi universal en los términos planteados en el presente artículo, así como una canasta de alimentos en el caso de los hogares más vulnerables.

En lo que respecta a los costos de las medidas propuestas, consideramos que se cuenta con recursos públicos suficientes para su aplicación (dados los cuantiosos saldos de presupuesto público no ejecutado anualmente –más de S/ 27 mil millones el año 2019 según el Portal de transparencia económica del Ministerio

de Economía y Finanzas-, los fondos públicos de contingencia y las reservas internacionales netas equivalentes a S/ 253 mil millones), pero si se requiriese de recursos adicionales, se tiene la posibilidad del endeudamiento externo barato y, en general, con condiciones favorables para nuestro país, dado nuestro orden macroeconómico y en las finanzas públicas; e incluso se cuenta con la opción de implementar un impuesto solidario extraordinario a los grandes patrimonios (por encima de los S/ 3 millones, como posible umbral de referencia) y rentas, y eliminar ciertas exoneraciones tributarias ineficientes. La prioridad debe ser preservar la salud de la población.

También habría que buscar equilibrar más los beneficios dirigidos a empresas y trabajadores formales e informales durante la actual pandemia y que los agentes económicos con más recursos asuman la mayor parte del costo de la crisis, considerando, por ejemplo, que un bono de S/ 1 000 para trabajadores sin ingresos formales costaría S/ 10 mil millones mensuales aproximadamente, mientras que vía Reactiva Perú se vienen destinando créditos garantizados por S/ 60 mil millones sobre todo, en términos relativos, a empresas de mediana y gran dimensión.

De otro lado, los criterios para definir el grupo de riesgo que no podría realizar trabajo presencial tendrían que ser más estrictos, como en lo relativo a la edad mínima que debería ser de 60 años en lugar de 65 como es hoy; y no debería permitirse la labor presencial de dicho grupo bajo ninguna circunstancia mientras no se controle la epidemia del COVID-19 en nuestro país. Además, debería incluirse dentro del grupo de riesgo a personas con discapacidad y mujeres embarazadas o en período de lactancia.

Finalmente, existen algunas medidas complementarias tomadas por el gobierno que deberían mantenerse e incluso ampliarse, hasta controlar la epidemia del COVID-19 en el Perú, tales como el pago por parte de EsSalud del subsidio a los trabajadores diagnosticados con dicha enfermedad (que ganen hasta S/ 2 400) incluso por los primeros 20 días de descanso médico; postergación del pago de impuestos y de servicios públicos (para grupos vulnerables en el último caso); mantener la cobertura de EsSalud incluso para trabajadores con licencia sin goce de haber; trabajo remoto o licencia con goce de haber compensable para personas con discapacidad y sus familiares que los cuidan, si contraen el COVID-19 o son grupo de riesgo; lo mismo para los adultos mayores y otros grupos vulnerables, y sus familiares a cargo; reconocimiento de aportes por parte de la Oficina de Normalización Previsional para aquellos trabajadores que hayan dejado de aportar por haber perdido su empleo durante la cuarentena, siempre que les falte un máximo de dos años para cumplir los requisitos de acceso a una pensión; poster-

gación obligatoria por cuatro meses del pago de créditos hipotecarios, vehiculares, MYPE y de consumo, sin costo adicional, en el caso de aquellos prestatarios que lo requieran, entre otras.

Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Laborem

N.º 23/2020

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

JORNADAS ATÍPICAS EN LA MINERÍA Y LA COVID 19

Estela Ospina*
Fanny Bautista**
Andrea Sánchez*** y
Nataly Polanco****

Las autoras presentan un interesante estudio que aterriza en elementos importantes sobre la presencia del Covid-19 en un sector económico importante para el Perú, como lo es la minería. En dicho ámbito, en el que se aplican ampliamente las jornadas acumulativas, existen riesgos especiales y particularidades que se han visto agravadas por la pandemia, sus sucesivas restricciones y por la "reactivación económica" impulsada posteriormente.*****

Sumario. Introducción. **1.** Jornadas atípicas en la minería. 1.1. Antecedentes. 1.2. Cambios a propósito de la Covid 19. a. Situación de vida del trabajador/a del sector minero, metalúrgico. b. Afectaciones sobre la seguridad y salud en el trabajo de las nuevas jornadas atípicas en la minería. **2.** Legalidad de las jornadas atípicas por COVID 19 en la minería. **3.** Propuestas y recomendaciones.

* Abogada. Maestrías en Derecho del Trabajo y Prevención de Riesgos Laborales. Docente en PUCP Gerente de investigación y Formación en Thani Consultoras Laborales SAC.

** Abogada UNMSM. Alumna del Programa de 2da. Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP. Gerente General en Thani Consultoras Laborales SAC.

*** Abogada UNMSM. Alumna de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP. Gerente Ejecutiva en Thani Consultoras Laborales SAC.

**** Trabajadora Social por la UIGV, con estudios en Seguridad y Salud en el Trabajo por la Universidad Nacional Federico Villareal. Directora Administrativa en Thani Consultoras Laborales SA.C

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

Introducción

> "Este martes 15 de enero (2019) se cumple un siglo del logro de la "Jornada de las Ocho Horas de Trabajo", obtenida tras una masiva huelga obrera que paralizó a la ciudad de Lima durante tres días, y obligó al gobierno oligárquico del presidente José Pardo y Barreda (1915-1919) a promulgar de emergencia un Decreto Supremo estableciendo la nueva jornada laboral en todo el país. Si se adquirieron derechos laborales básicos para todos los ciudadanos en el Perú es debido a este tipo de luchas sindicales, no por la generosidad de los empleadores ni por la bondad del Estado." (Dominguez, 2019)

Uno de los primeros retos del movimiento sindical fue exigir el establecimiento de un límite máximo en la jornada de trabajo para garantizar el descanso del trabajador, tal como lo recuerda Dominguez. Para ello se postuló que la jornada de trabajo abarque la tercera parte de un día y las otras dos terceras partes se use para el descanso, realizar otras actividades para el desarrollo personal, humano y social. (Dominguez, 2019)

La importancia de un adecuado descanso para las o los trabajadores llevó al reconocimiento constitucional de la jornada ordinaria máxima en la Constitución Política estableciendo, además, el derecho al disfrute del descanso tal como se aprecia de su artículo 25º

Sin embargo, hoy por hoy, el derecho a un adecuado descanso diario y semanal se encuentra afectado por el incumplimiento de los límites a la jornada ordinaria máxima. Además, desde la implementación de los sistemas de jornadas atípicas se evidencia un impacto negativo en la salud de las y los trabajadores, afectando su vida familiar y social.

El artículo presenta una mirada actualizada sobre la ampliación de las jornadas atípicas en la minería del país a propósito de la pandemia de la Covid 19. A partir de las entrevistas con las y los trabajadores mineros se establecieron las afectaciones sobre la seguridad y salud en el trabajo y la dinámica social que implica, las cuales se contrastaron con revisiones científicas sobre la materia. Se desarrolla una reflexión jurídica centrada en el impacto de las jornadas atípicas sobre la salud y vida de las y los trabajadores mineros. Finalmente, se presentan unas conclusiones y recomendaciones.

Una observación final. Las autoras señalan las dificultades de acceso a la información por parte de las empresas mineras. Se espera que, para la siguiente

actualización, se puedan presentar entrevistas a las gerencias, oficinas de talento humano o lo que haga sus veces, en las empresas mineras.

1. Jornada atípicas en la minería

Para el Perú, la minería es una actividad importante y se presentan datos sobre ese particular. Especialistas señalan que a nivel mundial es el segundo mayor productor de plata y "tercero de cobre y zinc para el año 2016, de acuerdo con información del Servicio Geológico de EE. UU. (USGS por sus siglas en inglés)". (IPE, 2017, pág. 9). A nivel de América Latina, el país ocupa el primer lugar en la producción de oro, zinc, estaño y plomo y el sexto lugar en producción de oro a nivel mundial. (CIES, 2018, pág. 17)

La actividad minera en el 2017 significó el 9.8% del producto bruto interno (PBI) nacional; desde 2007 al 2017 las divisas representaron, en promedio el 60% de las exportaciones del Perú; y, es fuente de empleo directo 63.217 e indirecto de 122.769 trabadores y trabajadoras (CIES, 2018, pág. 9).

Un reciente Informe de la Comisión para el desarrollo minero sostenible en el Perú, precisa alguna información relevante:

> "Entre el 2009 y el 2018, la minería representó el 8,64% del Producto Bruto Interno (PBI) y cerca del 60% de las exportaciones. La actividad manufacturera vinculada a la minería, como la de refinación de hierro y acero, metales preciosos y minerales no ferrosos junto con la industria cementara alcanza 2% puntos adicionales en el PBI lo cual lleva a su participación directa total acaso el 11% del PBI." (Comisión para el desarrollo minero sostenible, 2020)

Para setiembre del 2020, el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) estableció que se tenían divisas por US$2 899 millones en inversión y US$13 992 millones en exportaciones y además señaló que:

> "un total de 617 unidades mineras reportaron actividades de explotación (metálica y no metálica); asimismo, 319 unidades registraron actividades de exploración. De este modo, las unidades mineras que realizaron actividades de explotación y/o exploración totalizaron en conjunto 1,547,681 hectáreas, representando el 1.2 % del territorio nacional". (MINEM, 2020, pág. 13)

Sin embargo, a pesar del gran desarrollo, aún se reportan accidentes de trabajo mortales, los que se relacionan con el modelo de producción en el sector minero En ese sentido, Molina señala:

> "Un informe de Osinergmin (2017) señala que la cantidad de accidentes mortales atribuibles a la actividad minera entre 2007 y 2017 ascienden a 450 personas, con un promedio de 40 pérdidas por año. Como señala Tras100d (2017), hay un reto pendiente de establecer mecanismos de incentivos para que las empresas mineras cumplan con normas laborales y de seguridad y así disminuyan la incidencia de estos accidentes" (Molina, 2020, pág. 21)

En relación con la mortalidad en el sector minero, un concepto que se debe considerar es el de valor de la vida estadística (VVE) del trabajador minero peruano. Este concepto de VVE se desarrolla en un estudio de Mori y Alarcón y sostienen que para el 2012:

> "El VVE resulta en US $978 000, lo que permite concluir que el VVE estimado es superior al promedio (US $654 000) y a los estimados individuales obtenidos en estudios previos; es decir, que las estimaciones previas aplicadas al sector minero habrían estado subvaluadas" (Mori, 2017, pág. 156).

Lo cual presenta la importancia de calcular el beneficio que implica salvar vidas en el trabajo minero, vinculadas a acciones que implementen las empresas mineras en seguridad y salud en el trabajo.

A continuación, se presenta una reflexión sobre las jornadas atípicas en este sector, un tema de especial relevancia para la seguridad y salud de las y los trabajadores mineros.

1.1.Antecedentes

Cabe recordar que la dinámica en la minería cambió sustancialmente desde la década de los 90 en el Perú. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) reconoce su calidad de actividad de alto riesgo para la vida y la salud de las y los mineros que laboran en esta actividad.

> "La minería, al igual que otros sectores productivos que son considerados como de alto riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores, amerita muy espe-

> cialmente un tratamiento detallado de las condiciones de trabajo y del medio ambiente que rodean a los trabajadores mineros" (OIT, 2002, pág. 14)

Esta dinámica de cambios fue analizada por Amat y León quien sostiene que entre 1986 al 1992 se produce un cambio sustancial en el trabajo y vida de la población en las minas. En las décadas anteriores la actividad minera se desarrollaba en comunidades mineras. La empresa identificaba un área en donde vivía la familia minera, se tenían los servicios fundamentales de viviendas para las familias de los trabajadores mineros, educación salud, recreación, agua y desagüe, contaban con comités de amas de casa mineros y el trabajador salía a laborar a la mina sus 8 horas diarias y 48 horas semanales. En la investigación se resalta con especial énfasis la actividad y el liderazgo de las mujeres mineras (Amat y León, 2016).

A partir de esa década, se produce la desestructuración de la familia minera y se centra la dinámica en la producción minera, se destruyen las viviendas familiares y se convierten en campamentos para trabajadores mineros que pasan a vivir sin su familia. Hay excepciones, existen ciudades mineras, pero con independencia orgánica, como municipalidades distritales en los casos de La Oroya, Marcona, Morococha; entre otros. Distritos cuyo origen fue la actividad minera y se constituyeron como ciudades mineras. En la actualidad son distritos con la autonomía política frente a las empresas, con las que se encontraban vinculadas en sus orígenes.

Este proceso de ruptura de la familia minera se produjo en paralelo con la paulatina implementación de sistemas acumulativos de trabajo y descanso. En el Cuadro No.1 se aprecia la relación de las empresas mineras que venía estableciendo el sistema de las denominadas jornadas atípicas en el año 2003. Se precisaba que estas modalidades se iniciaron con los trabajadores de las llamadas "contratas mineras", quienes no se encontraban sindicalizados y en condiciones de empleo precario (ISAT, 2003, pág. 11).

Estas jornadas atípicas establecen un periodo de trabajo por días continuos para posteriormente gozar de un período de descanso también acumulado. Dichos sistemas se implementaron considerando variables como la productividad y el ahorro de costos para las empresas mineras. Desde su inicial proceso de aplicación se observó que carecían de estudios de impacto social y sobre la salud integral de las y los trabajadores. También, se determinó que no observaron en forma estricta del mandato constitucional sobre la jornada de trabajo, así como de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre ellos el inicial Convenio No. 001 sobre jornada de trabajo. (ISAT, 2003, pág. 23).

Cuadro No. 1
Relación de empresas mineras en el Perú
que han implementado cambios en las jornadas de trabajo 1996 – 2001

Empresa minera	Ubicación geográfica	Total de trabajadores	¿Cuenta con sindicato?	Jornada atípica	Año de la reforma
Tintaya	Cuzco	808	Si	14 x 7	1996
Arcata	Arequipa	685	Si	20 x10	1999
Yanacocha	Cajamarca	2900	No	14 x 7	1997
Iscaycruz	Lima	915	No	14 x 7	1996
Raura	Huanuco	706	Si	14 x 7	1999
Milpo	Cerro de Pasco	750	Si	14 x 7	Nov. 1999
Casapalca	Lima	1202	Si	14 x 7	1999
Atacocha	Cerro de Pasco	990	Si	14 x 7	Ago. 2000
Corona	Junin	614	No	30 x 7	2001
Cobriza	Huancavelica	980	Si	14 x 7	1997
	TOTAL	10550			

Fuente: ISAT, 2003

A inicios del 2020, la tendencia en este sector productivo era de implantar sistemas acumulativos de trabajo y descanso aplicando jornadas de 12 horas diarias durante 12 a 20 días de trabajo consecutivos, para luego disponer un periodo de descanso de 7 a 12 días continuados.

Esta dinámica laboral de las y los trabajadores del sector minero, además de ser una labor catalogada de alto riesgo, afecta en forma sustancial otros aspectos de su vida. Por ejemplo, no gozan de un descanso diario con la familia, el descanso que tienen no se valora como proporcional al esfuerzo que desempeñan en el día a día, tienen una interrupción de la vida familiar continuada, no acceden a una buena alimentación acorde al desgaste físico que realizan diariamente; entre otros.

1.2.Cambios a propósito de la Covid 19

Desde marzo del 2020, con la declaratoria de la emergencia nacional que es estableció con el Decreto Supremo N° 044-2020- PCM "Decreto Supremo que declara el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19" del 15 de mar-

zo de 2020 las empresas mineras se encontraban autorizadas para realizar actividades críticas con personal mínimo operativo durante los meses de marzo y abril. Sin embargo, las y los trabajadores que se encontraban en la guardia al cuando se inició la pandemia, debieron permanecer toda la cuarentena en labores de producción minera; según las y los entrevistados. Algunos de ellos se quedaron en la mina más de 50 días, en algunos casos por la negativa de la empresa de proveerles transporte para retornar a sus hogares. En estas situaciones, las y los trabajadores vivieron durante los primeros días, sensaciones de angustia, preocupación, no solo a ellos, sino también a sus familiares. En otros casos, debieron permanecer en la mina debido a que la actividad minera no paralizó sus actividades y continuaron operando normalmente.

Las siguientes normas, el D.S. 080-2020-PCM: "Decreto Supremo Decreto que aprueba la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19" del 3 de mayo de 2020; el D.S. 101-2020-PCM: "Decreto Supremo que aprueba la Fase 2 de la reanudación de Actividades Económicas dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19, y modifica el Decreto Supremo Nº 080-2020- PCM" del 04 de junio de 2020; y, el D.S. 117-2020-PCM: "Decreto Supremo que aprueba la Fase 3 de la Reanudación de Actividades Económicas dentro del marco de la declaratoria de emergencia sanitaria nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19" del 30 de junio de 2020 restablecieron la plena operatividad de las actividades mineras. Sin embargo, en las entrevistas se recogieron referencias sobre que las actividades mineras se mantuvieron en plena operación por considerarlas esenciales.

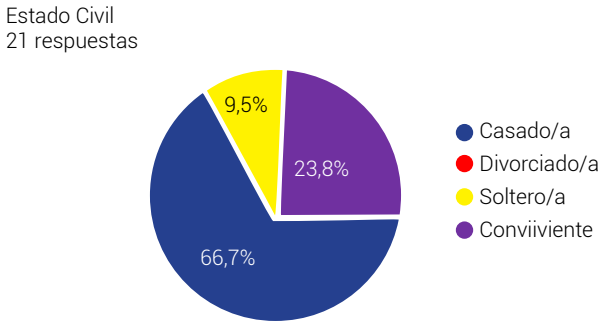
En ese contexto, las empresas mineras decidieron ampliar las jornadas atípicas en el sector minero. Las empresas incorporaron un periodo preventivo de aislamiento, el mismo que recortaba del tiempo con la familia, que puede ser de 7 de los 14 días, al momento de incorporarse a trabajar.

A fin de conocer el impacto de estas jornadas acumulativas ampliadas sobre la dinámica laboral, de seguridad y salud en el trabajo, de salud física, mental y social de las y los trabajadores mineros se procedió a efectuar entrevistas a trabajadores, trabajadoras, expertos en seguridad y salud en el trabajo, médicas ocupacionales; entre otros. Estas entrevistas se realizaron entre los meses de septiembre y octubre del año 2020.

a. Situación de vida del trabajador/a del sector minero, metalúrgico.

En el Gráfico No. 1, se presenta que un 66.7% de las y los trabajadores encuestados están casados y el 23.8% convivientes; es decir, más del 90% son personas que trabajan con responsabilidades familiares.

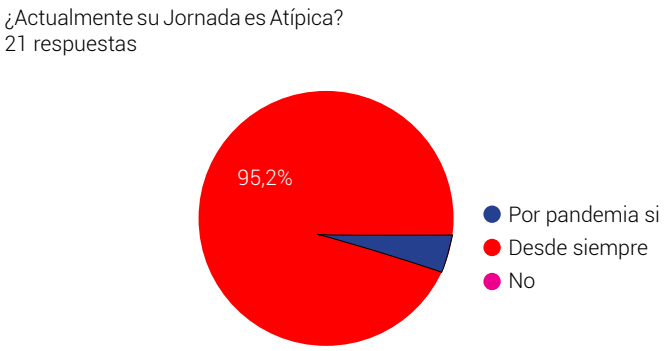
Gráfico No. 1
Estado civil de mineros encuestados



Fuente: Encuestas THANI
Elaboración: propia

En el Gráfico No. 2 se aprecia que un 95.2% de trabajadores/as labora habitualmente bajo jornadas atípicas y por pandemia se incluyeron los demás.

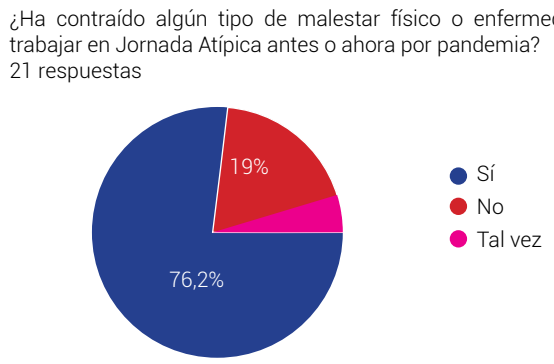
Gráfico No. 2
Trabajadores mineros en jornadas atípicas



Fuente: Encuestas THANI
Elaboración: propia

El Gráfico No. 3 presenta que un 76.2 % de las y los trabajadores encuestados señalan que padecen de algún malestar físico, enfermedad que la asocian a su trabajo en la actividad minera, sea antes o durante la pandemia.

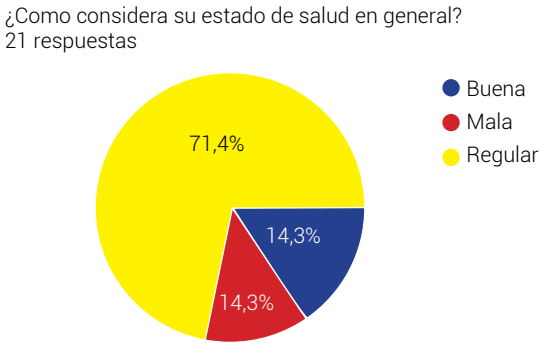
Gráfico No. 3
Percepción de estado de salud de las y los trabajadores mineros encuestados



Fuente: Encuestas THANI
Elaboración: propia

El Gráfico No.4 presenta que un 71.4 % de las y los trabajadores encuestados manifiestan que su estado de salud es regular, ello debido a que a la fecha de la encuesta padecían de enfermedades y dolencias corporales por la actividad que realizan.

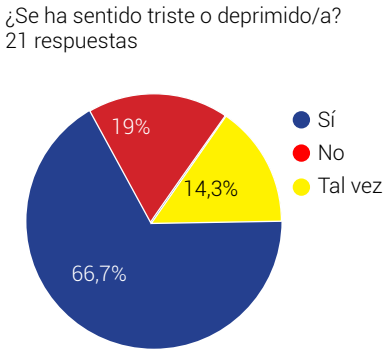
Gráfico No. 4
Estado de salud de las y los trabajadores encuestados



Fuente: Encuestas THANI
Elaboración: propia

Un 66.7 % de las y los trabajadores encuestados manifiestan un estado de salud emocional triste o en depresión, conforme se aprecia en el Gráfico No.5. Cuando se les consultó por las razones señalaron que se debía al alejamiento con de sus familias, a no estar cerca si se enfermaban, que si ellos podrían contagiarles o por el duelo generado por el fallecimiento de familiares o amigos cercanos debido al Covid 19.

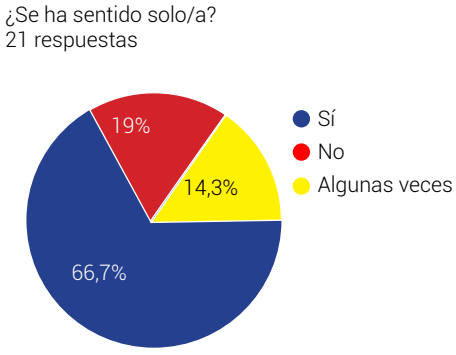
Gráfico No. 5
Estado de salud emocional de las y los trabajadores encuestados



Fuente: Encuestas THANI
Elaboración: propia

Sobre la percepción de soledad, un 66.7 % de las y los trabajadores encuestados manifiestan que se han sentido solos en algunos momentos por el sistema de trabajo; según se aprecia en el Gráfico No. 6.

Gráfico No. 6
Las y los trabajadores encuestados manifestaron haberse sentido solos/as en su centro laboral



Fuente: Encuestas THANI
Elaboración: propia

El aislamiento, la percepción y la vida en soledad ameritó una reflexión en el Tribunal Constitucional para el caso del Exp. N° 4635-2014-AA/TC Tacna (2006) y señaló lo siguiente citando al Informe de la OIT (OIT, 2002)

- Trabajo en soledad 6.

El citado Informe de la OIT hace referencia a una serie de factores que justifican medidas especiales a tener en cuenta al momento de abordar la regulación jurídica del trabajo minero en el Perú.

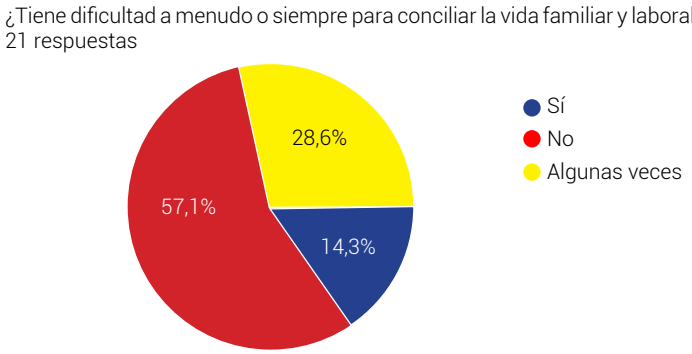
Por ejemplo, respecto de las condiciones básicas de vida, se destaca la diferencia de la vida en soledad o con familia en el campamento.

Los campamentos, en su mayoría, solo otorgan alojamiento a los trabajadores. Con la implantación de los sistemas acumulativos de trabajo, el trabajador, en esas circunstancias adquiere comportamientos ansiosos y depresivos en diferentes grados, que en algunos casos son enfrentados con la ingesta excesiva de alcohol. 2 Esta situación, preliminarmente, impone ser revertida, a fin de hacerla compatible con el inciso l.º del artículo 2. 0 de la Constitución, que reconoce el derecho de toda persona a su integridad moral y psíquica.

Un 42.9 % de las y los trabajadores encuestados manifiestan haber tenido problemas para conciliar la vida familiar con sus trabajos o en algunas ocasiones Señalan que se debe a la cantidad de días de distanciamiento. Lo cual se aprecia en el Gráfico No.7. En las encuestas realizadas algunos trabajadores llegaron a manifestar que muchos de sus compañeros al enfrentar estos estados de ansiedad o depresión se refugian en el alcohol, fuera del campamento minero. Manifestaron que esto sería respuesta a muchos factores, como, por ejemplo: divorcios, separación de la esposa y de la familia, distanciamiento familiar; entre otros.

Un 14.3 % de las y los trabajadores encuestados manifiestan haber tenido problemas para conciliar la vida familiar con sus trabajos o en algunas ocasiones Señalan que se debe a los celos, o por no participar en momentos importantes por el distanciamiento y en un 57.1% lograron conciliar su vida familiar, por una cuestión de adaptación y costumbre por los años que vienen realizando esta actividad. Sin embargo, no se cuenta con un apoyo sicológico a cargo de empresa como parte de la vigilancia de la salud de las y los trabajadores. Lo cual se aprecia en el Gráfico N.º 7.

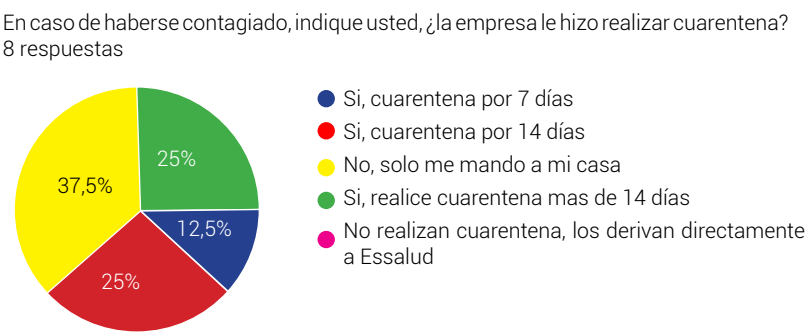
Gráfico No. 7
Dificultad de las y los trabajadores para conciliar su vida familiar con el trabajo.



Fuente: Encuestas THANI
Elaboración: propia

En el Gráfico No.8 se presenta que, de 21 encuestados, 8 declararon haber sido contagiados por la Covid 19 en el trabajo. El 37.5 % de las y los trabajadores encuestados contagiados manifestaron que se infectaron de COVID-19 y que la empresa solo los envío a su casa; en un 25% fueron enviados a realizar cuarentena 14 días; y, en los otros casos más de 14 días.

Gráfico No. 8
Las y los trabajadores que fueron contagiados con COVID en un mayor porcentaje solo fueron enviado a sus hogares.

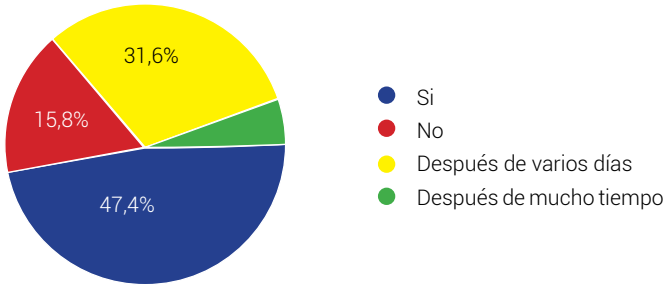


Fuente: Encuestas THANI
Elaboración: propia

En el Gráfico No.9 muestra que solo un 47.4% de las y los trabajadores encuestados manifestaron que recibieron el Plan de Vigilancia, Prevención y Control frente a la Covid-19, oportunamente. Otro 31.8% señaló que lo recibió después de varios días. A pesar de ser una obligación fundamental empresarial en este periodo de la pandemia de la Covid 19.

Gráfico No. 9
Entrega del Plan de Vigilancia, Prevención y Control frente a la Covid-19

¿La empresa cumplió con hacerle llegar el Plan de vigilancia, prevención y control frente a la Covid-19, dentro de las 48 horas?
19 respuestas



Fuente: Encuestas THANI
Elaboración: propia

b. Afectaciones sobre la seguridad y salud en el trabajo de las nuevas jornadas atípicas en la minería

Para presentar en forma resumida el impacto declarado por las y los encuestados se tiene el Cuadro No. 2. En este se resumen los diferentes impactos sociales, en la dinámica familiar, en la alimentación, en su salud y en la calidad de vida de las y los mineros. Solo se modificó en algunos casos el número de hijos para guardar el anonimato de las y los trabajadores encuestados; por el temor que declararon a ser identificados por las empresas mineras.

Cuadro No. 2
Relación de empresas mineras en el Perú y los impactos sobre los trabajadores a consecuencia de las jornadas atípicas

Empresa minera	No de Hijos	Horas de trabajo diario	Impacto social en la vida del trabajador por la jornada atípica	Impacto en la alimentación	Impacto en la vida familiar	Impacto en la Salud / Enfermedades
Volcan Compañía Minera Unidad Chungar	1	12 horas	Ausencia en actividades familiares o fechas importantes por trabajo	Mala alimentación	Pérdida de valores por ausencia	Gastritis
Volcan Compañía Minera Unidad Chungar	3	12 horas	Existe temor de acercarse a los compañeros por la pandemia.		Sentimiento de preocupación permanente por la familia	Bronquios y resfríos
Compañía Minera Antamina S.A.	4	12 horas +	La insatisfacción laboral por incumplimiento de obligaciones laborales.	La alimentación no es la adecuada a la labor que realizamos No hay control de calidad.	Distanciamiento familiar	Perdida de la audición lado derecho. Daño a las vértebras de varios nudos. Fisura de lado derecho Bronquios
Minera Chinalco Perú S.A.	2	12 horas +	Perdida de amistades y alejamiento de la vida social ordinaria	Alimentación no adecuada	Distanciamiento familiar	Fatiga Problemas psicológicos Fibromialgia Lumbalgia Dolores estomacales Gripe y dolor constante de garante.
Minera Chinalco Perú S.A.	0	12 horas +	Abandono de estudios por el horario de trabajo	Mala alimentación	Distanciamiento Separación con mis padres	Problemas gastrointestinales
Minsur Unidad Minera Pucamarca	5	11 horas	Estado anímico bajo Sentimiento de soledad		Estar ausente en la resolución de problemas familiares	Estrés laboral

Empresa minera	No de Hijos	Horas de trabajo diario	Impacto social en la vida del trabajador por la jornada atípica	Impacto en la alimentación	Impacto en la vida familiar	Impacto en la Salud / Enfermedades
Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Orcopampa	3	10 horas		Mala alimentación,	Distanciamiento con hijos y pareja, ausencia del trabajador en fechas importantes.	Lumbalgia Gastritis Perdida de la audición
Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Tambomayo	3	10 horas	Largas horas de trabajo Largas horas de viaje para ir a la mina.	Mala alimentación	Se enfría la relación laboral emocionalmente.	Gastritis crónica Estrés laboral Fibrosis pulmonar
Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Uchucchacua	7	10 Horas		Consumo de alimentos congelados	Distanciamiento con hijos y pareja, ausencia en fechas importantes.	Gastritis Estrés Laboral Pérdida de audición
Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Julcani	2	14 horas +		Es bueno	Distanciamiento con hijos y pareja, ausencia en fechas importantes.	Pérdida de la audición Estrés laboral Gastritis
Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Julcani	1	14 horas		No hay problema porque es joven	Distanciamiento físico por lejanía laboral	Problemas con el estómago y a veces con los bronquios
Minera Tauro SAC que presta servicios a Minera Aurífera Retamas S.A.	4	9 horas con 21″			Alejamiento familiar	Perdida de la audición del lado izquierdo
Empresa Minera Los Quenuales S.A.	2	10 horas con 45″		Mala atención en el servicio alimenticio	Alejamiento familiar	Agotamiento Perdida y subida de peso constante Estrés laboral Lumbalgia Gastritis
Empresa Minera Los Quenuales S.A.	4	10 Horas +	Hacinamiento en las habitaciones	Alimentos congelados mucho tiempo	Distanciamiento y pérdida de fechas importantes	Gastrointestinales Gastritis Afectación pulmonar Lumbalgia

Empresa minera	No de Hijos	Horas de trabajo diario	Impacto social en la vida del trabajador por la jornada atípica	Impacto en la alimentación	Impacto en la vida familiar	Impacto en la Salud / Enfermedades
La Arena S.A.	2	11 Horas		Alimentos congelados mucho tiempo	Distanciamiento y pérdida de fechas importantes El afecto cambia	Estrés laboral
Minera Antapaccay S.A.	3	12 horas				Lumbalgia
Minera Antapaccay S.A.	1	12 horas		Trabajan por volumen y no por calidad para abaratar costos	Alejamiento familiar	Hipoacusia y Exposición a tóxicos
Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A.	3	12 horas		Por el tema del calor y el tiempo de traslado a veces la comida llega malograda.	NO	Lumbalgia
Minera Barrick Misquichilca S.A.	4	12 horas		No tiene quejas	NO	Gastritis
Minera Barrick Misquichilca S.A.	5	12 horas		Tiene observaciones: Alimentos procesados y no frescos.	Distanciamiento y alejamiento de lazos familiares	Obesidad, colesterol.
CONTMIN que presta servicios para Austria Duvaz	1	12 horas	Estamos aislados muchos días	Es pésimo, tanto en higiene, como en la calidad de la comida, alimentos	Me afecto, porque hubo mucho alejamiento con mi pareja. Los hijos se vuelven rebeldes.	Mucho dolor de espalda, gastritis, perdida de la audición, fibrosis pulmonar, silicosis.

Fuente: Encuestas THANI
Elaboración: propia

Cabe mencionar, que los aspectos vinculados con la alimentación fueron materia del Tribunal Constitucional Exp. N° 4635-2014-AA/TC Tacna (2006) y que señaló lo siguiente:

> 2.3.- Alimentación de los trabajadores en el sector minero
>
> 7. De otro lado, el mismo Informe concluye que la alimentación en la mayoría de los trabajadores mineros es, por muchas causas, deficiente. La siguiente descripción es ilustrativa de esta realidad en el Perú:
>
> En el desayuno, gran parte de los trabajadores ingiere una taza o jarro de café, o una infusión de hierbas, o a veces una taza de avena o leche, acompañadas de dos panes solos o con mantequilla o queso. El almuerzo es una porción de caldo, con papas, fideos, algunas verduras y a veces un pedazo de carne; un plato con arroz, habas, mote o pan o maíz tostado, complementado con una taza o jarra de infusión de hierbas. La comida es similar al almuerzo. El horario de trabajo y la distancia del centro de trabajo respecto de los hogares hacen más difícil la alimentación del minero, debiendo éste comer fuera de su casa alimentos fríos y a deshora. El déficit alimentario en cantidad y calidad (especialmente en proteínas, grasas, vitaminas y otros elementos indispensables) hace que el número de calorías aportadas a la dieta sea cubierto casi en su totalidad por carbohidratos. En consecuencia, la realidad de la dieta del trabajador minero peruano es deficitaria en términos de rendimiento energético (...) Esta realidad se agrava aún más si constatamos que muchos trabajadores (...)trabajan hasta 12 horas.

Evidentemente, la dieta descrita es insuficiente para desarrollar trabajos que demandan un alto esfuerzo físico. Aspecto, que continúa sin mejoras significativas en el 2020, lo cual agravaría la posible mayor vulnerabilidad de las y los trabajadores mineros frente a al Covid 19.

Con respecto a las enfermedades profesionales el Tribunal Constitucional en el mismo expediente antes citado, señala lo siguiente:

> **2.4.- Condiciones de salud de los trabajadores mineros**
>
> 8. Con relación a los riesgos de salud de los trabajadores mineros, el Informe ya citado da cuenta de que en la actividad minera se han reconocido alrededor de treinta enfermedades profesionales, entre las que destacan:
>
> Neumoconiosis, causada por polvos minerales esclerógenos (silicosis, antracosis, asbestosis) y sílico tuberculosis; enfermedades causadas por el berilio, fósforo, manganeso, cromo, arsénico, mercurio, plomo, sulfuro de carbono, benceno, cadmio, sustancias asfixiantes (como óxido de carbono, entre otras); bronconeumopatías debidas al polvo de metales duros; asma profesional causada por agentes

sensibilizantes o irritantes; hipoacusia causada por el ruido constante; enfermedades causadas por las vibraciones (afecciones de los músculos, tendones, huesos, articulaciones, vasos sanguíneos periféricos o nervios periféricos) y neoplasia pulmonar o mesotelioma causada por el asbesto. Los trabajadores mineros, también, están expuestos a riesgos físicos como el ruido, vibraciones, humedad extrema, radiaciones, así como a riesgos biológicos y químicos, entre otros. Asimismo, se destaca también las dificultades y los trastornos fisiológicos que comporta el trabajo físico en altura.4 (Téngase en cuenta que, en el presente caso, el asentamiento minero de Toquepala está a 3,500 m.s.n.m).

c. Horario atípico y su problema de altura en el sector minero

En el Cuadro No. 3 se evidencia la altura geográfica de metros sobre el nivel del mar (m.s.n.m.) de las empresas mineras en las que laboran las y los trabajadores encuestados. Se aprecia la declaración de problemas de salud recurrentes y persistente entre las y los trabajadores mineros que se encuentran trabajando a niveles de altura por encima de los 2, 300 m.s.n.m. y que llegan a los 5,000 m.s.n.m.

Al contrastar lo declarado por las y los trabajadores mineros peruanos se encuentra una coincidencia entre las afectaciones de la salud con las investigaciones científicas sobre el llamado Mal de Montaña Crónico, Mal Agudo de Montaña o el Mal de Monge, conforme se puede revisar en la siguientes referencias (Vargas D, Manuel, Osorio F, Jorge, Jiménez E, Daniel, Moraga C, Fernando, Sepúlveda D, Margarita, Del Solar H, José, Hudson M, Cristián, Cortés M, Guillermo, & León L, Angélica., 2001), (OIT, 2002), entre otros.

Cabe mencionar que, en Chile, país vecino y minero han señalado expresamente que:

> "Debido a que, en la altura geográfica, sobre los 2.000 metros, ciertos parámetros que facilitan la vida cambian y generan problemas a la salud. Estos son: Disminución de la concentración de oxígeno en el aire. Disminución de la temperatura ambiental. Aumento de la radiación solar, efecto que se ve agravado con la disminución de la humedad". (SIGWEB, 2011)

En la literatura científica revisada se informa de la necesidad que las empresas mineras adopten medidas de prevención, para evitar los daños crónicos sobre la vida y la salud de las y los mineros. Sin embargo, no se encontró evidencia de medidas preventivas adoptadas en las empresas mineras frente al Mal de Montaña Crónico, Mal de Monge o Mal Agudo de Montaña. A pesar de ser el Perú de los

países pioneros en la investigación científica sobre los efectos de la altura sobre la salud y vida de las personas y de los trabajadores, en particular.

Cuadro No. 3
Relación de empresas mineras, altura y problemas de salud declarados

	Empresa	MSNM	Problemas de salud persistentes
1	Volcan Compañía Minera Unidad Chungar	4800	• Cansancio físico general • Soroche (mal de montaña, mal de altura) • Dolor de cabeza continuados • Resfríos constantes • Presión alta • Falta de oxigeno • Problemas para digerir los alimentos. • Agitación • Dolores musculares • Problemas para dormir • Dolor en los oídos • Ojos rojos, ardor en los ojos, dolores
2	Minera Tauro SAC que presta servicios a Minera Aurífera Retamas S.A.	4500	
3	Cía. de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Tambomayo	4800	
4	Cía. de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Uchucchacua	4600	
5	Cía. de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Orcopampa	3800	
6	Cía. de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Julcani	4200	
7	Compañía Minera Antamina S.A.	4572	
8	Empresa Minera Los Quenuales S.A.	4400	
9	Minsur Unidad Minera Pucamarca	4600	
10	La Arena S.A.	3400	
11	Minera Antapaccay S.A	4100	
12	Minera Chinalco Perú S.A.	5000	
13	Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A.	2300	
14	Minera Barrick Misquichilca S.A.	4200	
15	CONTMIN que presta servicios para Austria Duvaz	4700	

Fuente: Encuestas THANI
Elaboración: propia

La Fundación UOCRA manifiesta:

> "Si a 2.000 metros de altura se miden por ejemplo 20 ºC de temperatura en un día cualquiera, a 3.500 metros la temperatura oscilará alrededor de los 5º C. aunque haya sol y las condiciones atmosféricas sean parecidas. Que debe quedar claro que el frío afecta la capacidad de trabajo, en algunos casos simplemente impide trabajar; además el cuerpo debe producir mayores cantidades de calor, recargando al aparato cardiovascular, ya ocupado en compensar la falta de oxígeno y consumiendo al mismo tiempo grandes cantidades de oxígeno para producir energía. Cuando la temperatura baja de cero grados, las personas se exponen además al riesgo de congelamiento con peligro para la vida. La exposición a esta condición puede causar enfermedades agudas como: edema pulmonar, edema cerebral de altitud; trombosis en miembros inferiores y superiores; otros." (Fundación UOCRA, 2009)

Debido a la altura geográfica, las y los trabajadores encuestados manifiestan que se veían obligados a viajar con dos días de anticipación para aclimatarse a la

altura y evitar llegar al centro de trabajo afectados por los malestares que genera el mal de altura. Estos malestares podían durar entre 2 a 4 días. Por el contrario, cuando no les es posible viajar con anticipación para lograr aclimatarse, ingresan a trabajar con fuertes dolores de cabeza. A pesar de informar esas molestias a sus empleadores los servicios de las empresas mineras no prestan mayor atención y, lo cual se constituiría en un peligro en durante la prestación de sus labores.

Cuadro No. 4
Relación de empresas mineras en el Perú, jornadas atípicas antes y durante la pandemia

Empresa minera	Ubicación geográfica	Distancia entre el domicilio y la unidad minera	¿Afiliado al sindicato?	Jornada diária	Jornada semanal	Jornada atípica antes de pandemia	Jornada atípica en pandemia
Volcan Compañía Minera Unidad Chungar	Pasco / Pasco	Horas	Si	12 horas	84 horas	14X7	28X14
Volcan Compañía Minera Unidad Chungar	Pasco / Pasco	1 día	Si	12 horas	84 horas	14X7	28x14
Compañía Minera Antamina S.A.	Ancash / Huaraz	2 días	Si	12 horas +	84 horas	10X10	14X14
Minera Chinalco Perú S.A.	Junín / Toromocho	9 horas	Si	12 horas +	84 horas	7X7	21X7
Minera Chinalco Perú S.A.	Junin / Yauli	30 minutos	Si	12 Horas +	84 horas	7X7	21X21
Minsur Unidad Minera Pucamarca	Tacna / Tacna	2 horas +	Si	11 horas	77 horas	14X7	28X14
Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Orcopampa	Arequipa / Orcopampa	12 horas	Si	10 horas	70 horas	14X7	Inicialmente 30 X 15 Actualmente 28X14
Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Tambomayo	Arequipa / Castilla	Horas	Si	10 horas	70 horas	14X7	28X14
Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Uchucchacua	Lima / Oyon	8 horas	Si	10 horas	70 horas	14X7	30X15
Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Julcani	Huancavelica / Angaraes	20 horas	No	14 +	98 +	14X7	28X14
Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Julcani	Huancavelica / Angaraes	10 horas	No	14	98 horas	14X7	28X14
Minera Tauro SAC que presta servicios a Minera Aurífera Retamas S.A.	La Libertad / Pataz	Horas	Si	9 horas con 21"	70 horas +	28x14	45x14
Empresa Minera Los Quenuales S.A.	Lima / Huarochiri	4 horas	Si	10 horas con 45"	70 horas +	14X7	28X14
Empresa Minera Los Quenuales S.A.	Lima / Huarochiri	5 horas +	Si	10 horas +	80 horas	14X7	28X14

Empresa minera	Ubicación geográfica	Distancia entre el domicilio y la unidad minera	¿Afiliado al sindicato?	Jornada diária	Jornada semanal	Jornada atípica antes de pandemia	Jornada atípica en pandemia
La Arena S.A.	La Libertad / Sanchez Carrión	4 horas	Si	11 horas	77 horas	14X7	20X10
Minera Antapaccay S.A.	Cusco / Espinar	5 horas	Si	12 horas	90 horas	10X10	20X20
Minera Antapaccay S.A.	Cusco / Espinar	1 hora	Si	12 horas	84 horas	10X10	21X21
Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A.	Arequipa / Arequipa	1 hora +	Si	12 horas	84 horas	4X3.25	7X7
Minera Barrick Misquichilca S.A.	La Libertad / Santiago de Chuco	1 día	Si	12 horas	84 horas	8X6	14X14
Minera Barrick Misquichilca S.A.	La Libertad / Santiago de Chuco	13 horas	Si	12 horas	84 horas	8X6	14X14
CONTMIN que presta servicios para Austria Duvaz	Junín / Yauli	3 horas	No	12 horas	84 horas	14X7	20X10

Fuente: Encuestas THANI
Elaboración: propia

Hay que considerar la ampliación en días de las jornadas atípicas en la minería. Esta ampliación se produjo a partir de la pandemia de la Covid 19 y debe considerarse que las empresas redujeron el tiempo con su familia y dispusieron como tiempo de cuarentena, previo al ingreso a las actividades mineras. También se debe considerar la distancia para trasladarse de sus domicilios familiares a los centros mineros, y viceversa, traslado que, según la encuesta, puede tardarles hasta 2 días de viaje.

Cuadro No. 5
Relación de empresas mineras en el Perú, jornada atípicas y su incremento por pandemia

Empresa minera	Horas trabajadas diarias	Horas trabajadas por semana	Jornada atípica antes de pandemia	Jornada atípica en pandemia	Incremento de días de trabajo efectivo
Volcan Compañía Minera Unidad Chungar	12 horas	84 horas	14X7	28X14	14 días
Compañía Minera Antamina S.A.	12 horas +	84 horas	10X10	14X14	4 días
Minera Chinalco Perú S.A.	12 horas +	84 horas	7X7	21X7	14 días
Minsur Unidad Minera Pucamarca	11 horas	77 horas	14X7	28X14	14 días
Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Orcopampa	10 horas	70 horas	14X7	28X14	14 días
Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Tambomayo	10 horas	70 horas	14X7	28X14	14 días
Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Uchucchacua	10 horas	70 horas	14X7	30X15	16 días
Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Unidad Julcani	14 +	98 +	14X7	28X14	14 días
Minera Tauro SAC que presta servicios a Minera Aurífera Retamas S.A.	9 horas con 21"	70 horas +	28x14	45x14	31 dias
Empresa Minera Los Quenuales S.A.	10 horas con 45"	70 horas +	14X7	28X14	14 días
La Arena S.A.	11 horas	77 horas	14X7	20X10	6 días
Minera Antapaccay S.A.	12 horas	90 horas	10X10	20X20	10 días
Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A.	12 horas	84 horas	4X3.25	7X7	3 días
Minera Barrick Misquichilca S.A.	12 horas	84 horas	8X6	14X14	6 días
Minera Barrick Misquichilca S.A.	12 horas	84 horas	8X6	14X14	6 días
CONTMIN que presta servicios para Austria Duvaz	12 horas	84 horas	14X7	20X10	6 días

Fuente: Encuestas THANI
Elaboración: propia

Para aclarar el tema de la extensión de las jornadas atípicas en la minería durante la pandemia es importante poner algunos ejemplos. Se anonimizan los nombres de las empresas, a solicitud de las y los trabajadores encuestados.

Ejemplos:

Caso 1: Jornada atípica en noviembre del 2020, 45 días trabajados y 14 días de descanso. Esos 14 días de descanso se dividen en dos, 7 días con su familia y los otros 7 días en cuarentena.

Caso 2: Jornada atípica en noviembre del 2020, 21 días trabajados y 14 días de descanso. Esos 14 días de descanso se dividen en dos, 7 días con su familia y los otros 7 días en cuarentena. Sumado el tiempo que le toma a cada trabajador o trabajadoras de viajar desde su casa a la mina. Los días de descanso se reducen a menos de 7 días.

Sobre las habitaciones, las y los trabajadores que laboraban en jornada atípica manifestaron que pernoctan en habitaciones compartidas; en el mejor de los casos con un trabajador adicional, es decir cuartos de dos personas. Pero, se han reportado casos de habitaciones tipo campamentos para más de 30 personas, lo que incrementa la probabilidad de contagio del virus Sars Cov 2 en contexto de esta pandemia.

Según la Directiva N° 002-2007-MTPE/2/11.1 la implementación de una jornada atípica exige también la implementación de "Pautas que deben seguirse para determinar si las jornadas atípicas o acumulativas han sido implementadas de acuerdo al Test de Protección de la jornada máxima de trabajo establecidas para los trabajadores mineros por el Tribunal Constitucional" señaladas en dicho documento (MTPE, 2007). Sobre este punto, el Tribunal Constitucional señala:

> **"Punto V. Normas en el punto 5.2.**
> Cuando resulte razonable la implementación de Jornadas acumulativas o atípicas para los trabajadores mineros de acuerdo a Ley, se deberá verificar que las mismas no superen en promedio las 8 (ocho) diarias o las 48 (cuarenta y ocho) horas semanales para un período de 3 (tres) semanas, o un período más corto. Asimismo, se deberá observar el cumplimiento de las siguientes condiciones:
> a) Tener en cuenta las características del centro minero: por ejemplo, si se trata de una mina subterránea, a tajo abierto o si se trata de un centro de producción minera; así como la actividad que realizan los trabajadores mineros en las diferentes etapas del proceso productivo.
> b) Los trabajadores mineros para afrontar el desgaste físico al que están sometidos por el tipo de trabajo que desarrollan, requieren de una adecuada alimentación de acuerdo con los estándares internacionales previstos para su

> tipo de actividad, por lo que, el empleador deberá otorgar garantías idóneas para la protección del derecho a la salud y una alimentación adecuada en forma oportuna y suficiente, tanto en calidad como en cantidad (especialmente en proteínas y grasas, vitaminas y otros elementos indispensables). El cumplimiento de estas obligaciones se verificará de los informes que al respecto emita el Ministerio de Salud, a través del Centro Nacional de Alimentación y Nutrición CENAN y otros órganos competentes del Instituto Nacional de Salud, a quienes se solicitará su participación en aplicación del criterio de colaboración entre entidades establecido por el artículo 7° de la Ley N° 28806 y artículo 76° de la Ley N° 27444". (MTPE, 2007)

No obstante, las encuestas permiten advertir que estas pautas no se vienen aplicando en el sistema de jornadas atípicas. Lo cual viene afectando la salud integral de las y los trabajadores mineros, salud física, emocional y social de las y los trabajadores. Sobre los aspectos de la dinámica social se identificaron consecuencias para la familia y actividad social de las y los trabajadores. En efecto, en la década de los noventa cuando las empresas mineras terminaron con la dinámica de la familia en los campamentos mineros, se redujeron los costos debido a que fueron trasladados de forma indirecta a los trabajadores y sus familias. De manera colateral, el deterioro de las relaciones familiares y de pareja se fueron produciendo como resultado de las ausencias del padre de familia de su hogar.

Recientes investigaciones científicas han reportado asociación entre jornadas atípicas de trabajo con riesgos en la salud, incluyendo diabetes, hipertensión, enfermedad cardiovascular, enfermedad úlcero-péptica, salud sexual/ reproductiva y cáncer; además de un incremento de accidentes laborales (Nanfu Deng, Taylor P Kohn, Larry I Lipshultz , Alexander W Pastuszak, 2018), (Scott, 2000), (Boivin DB, Tremblay GM, James FO, 2007) .

Otras investigaciones han establecido las afectaciones sobre el ritmo biológico- Efectivamente, las jornadas atípicas de trabajo pueden conllevar desarreglos en el ritmo biológico (circadiano), causando efectos fisiológicos agudos que de mantenerse crónicamente pueden causar efectos negativos en la salud (enfermedades cardiovasculares, cáncer, diabetes, síndrome metabólico y posiblemente disfunción en la esfera sexual-reproductiva) (Anthony Sverre Wagstaff, Jenny-Anne Sigstad Lie, 2011) (Dongen, 2006) (Folkard, 2008) (Massey, 2018) (William J Murphy, 2016) (Anne Spurgeon, J Malcolm Harrington, Cary L Cooper, 1997). Estos efectos pueden variar de manera interindividual y según el sexo biológico. Adicionalmente, los riesgos de accidentes de trabajo suelen ser más frecuentes ante la disrupción del ritmo circadiano.

Ello debido a que las jornadas atípicas conlleva la alteración del ritmo circadiano (reloj biológico) ocasionando disturbios en el sueño, fatiga acumulada y, consecuentemente, trastornos digestivos y nerviosos. Estas afectaciones pueden ser más graves en trabajadores menores de 25 años y mayores de 40 con problemas de salud (diabetes, hipertensión, epilepsia, entre otros). Aunado a ello, conlleva el incremento del riesgo de accidentes y de ser víctima de enfermedades profesionales por una mayor exposición a los factores de riesgos físicos, químicos, biológicos, psicosociales y ergonómicos del trabajo. Además, de los factores del medio ambiente de la minería peruana (altura, cambios bruscos de temperatura, temperaturas extremas), al incrementar la exposición diaria del trabajador, asociado a la fatiga (retardo en el estímulo-respuesta, sueño y desconcentración).

Otros estudios reportaron que enfermedades cardiovasculares y musculoesqueléticas son prevalentes en grupos de personas mayores de 50 años que tienen jornadas prolongadas de trabajo (horarios extendidos > 48 horas semanales) (Takahashi, 2019) (Yu Moon Chau, Sandra West, Virginia Mapedzahama, 2014), (Nicholson PJ, D'Auria DA, 1999), (Matthias Vogel, Tanja Braungardt, Wolfgang Meyer, Wolfgang Schneider, 2012)

Otros estudios se han centrado en la salud mental de las y los trabajadores. Massey (2012) ha reportado que las jornadas atípicas de trabajo constituyen un factor de riesgo para el desarrollo de ciertos trastornos mentales (depresión, ansiedad), particularmente en grupos de personas jóvenes, lo cual puede conllevar a problemas de interacción interpersonal. Es importante notar que las y los trabajadores mineros encuestados reportaron esas afectaciones.

Finalmente, Riethmeister y Culpepper reportaron que las jornadas laborales extendidas e irregulares se asocian a reacciones agudas como estrés y fatiga, conductas de riesgo (consumo de alcohol y tabaco) y efectos crónicos (Vanessa Riethmeister, Raymond Matthews, Drew Dawson, Michiel de Boer, Sandra Brouwer, Ute Bültmann, 2019) (Culpepper, 2010).

2. Legalidad de las jornadas atípicas por COVID 19 en la minería

Como se señaló precedentemente la actividad minera es una actividad económica importante en nuestro país, por su alto potencial geológico que ubica al Perú entre los principales países en el mundo con reservas de distintos minerales. Sin embargo, la actividad minera tiene características especiales en la ejecución del trabajo, debido a las circunstancias en las que éstas se ejecutan, y por las localida-

des donde se encuentran las empresas, pues los yacimientos mineros se encuentran en lugares de altura geográfica.

Por ello, la actividad minera es considerada como una actividad de alto riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, como bien señaló el Tribunal Constitucional en el caso Exp. Nº 4635-2004-AA/TC

> "Esta calificación puede ser tanto como consecuencia de los procesos tecnológicos que se utilizan, como por las características geográficas y el medio ambiente en el que se ubican los emplazamientos de los yacimientos, los modos de operativos en que se planifica y ejecuta el trabajo (tales como la duración y forma en que se organizan las jornadas o los turnos laborales), o aún por otros factores biológicos y psicosociales, concomitantes. Por unas o otras razones, la vida, la seguridad y la salud de los mineros requieren de medidas especiales destinadas a protegerlos" (Tribunal Constitucional , 2004, pág. Párr. 5)

En efecto, el trabajo en soledad, las condiciones ambientales, físicas, biológicas y psicológicas que tiene este tipo de trabajo, hace que este tipo de trabajo sea un trabajo exigente para el trabajador minero. Es por ello, que su actividad exige una vigilancia estricta con respecto al respeto de las jornadas laborales atípicas que estos trabajadores tienen, en la medida que el tiempo laboral y el tiempo de descanso determinará la calidad de vida y la dignidad que tendrán los trabajadores mineros. En virtud de ello, se ha establecido todo un cuerpo normativo nacional e internacional dirigido a proteger la jornada máxima, el derecho al descanso, conforme se señala a continuación.

El artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptado mediante la Resolución Legislativa Nº 13282) establece que: "Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas" (MIMP, 1959)

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado mediante el Decreto Ley Nº 22129) en su artículo 7° establece: "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: (…) d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos". (MIMP, 1978)

En el caso del Protocolo Adicional de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado mediante la Res. Legislativa Nº 26998). Artículo 7° establece:

> "**Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo.** Los Estados parte en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (…) e. la seguridad e higiene en el trabajo;
> f. la prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;
> g. la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos". (OAS, s.f.)

Un instrumento importante porque desarrolla exhaustivamente la temática de la jornada de trabajo es el Convenio C001 sobre las horas de trabajo (industria) de Organización Internacional del Trabajo (OIT) que estableció en el artículo 2, inciso c) lo siguiente:

> "cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana".

Si bien se trata del primer Convenio de la OIT, resulta relevante que en el Preámbulo se mencione que decidió "adoptar diversas proposiciones relativas a la aplicación del principio de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho horas, cuestión que constituye el primer punto del orden del día de la reunión de la Conferencia celebrada en Washington". A pesar de los más de 100 años transcurridos resulta de especial actualidad y relevancia en el debate sobre las jornadas atípicas en un sector minero. Cabe destacar que el citado Convenio fue ratificado por el Estado peruano mediante Resolución. Legislativa N° 10195 del 23 de marzo de 1945 y por tanto es norma nacional y vinculante sobre la materia.

Sin embargo, se advierte que "en un análisis sobre cambios recientes, se observa una cierta tendencia hacia una regulación legal cada vez menor de las cuestiones relativas al tiempo de trabajo y a una tendencia a permitir que los interlocutores sociales negocian tales cuestiones en convenios colectivos a diferente nivel" (Köhler, Rojot, & Bielenski, 1992, pág. 2). Mientras que desde la OIT se sostiene que para encontrar un adecuado equilibrio entre la lógica empresarial y la protección de las y los trabajadores se debería considerar cinco elementos:

> "la promoción de la salud y la seguridad, el apoyo a los trabajadores en el cumplimiento de sus responsabilidades familiares, el fomento de la igualdad de género, el impulso de la productividad y la facilitación de la elección y la influencia del trabajador en su jornada laboral" (OIT, 2005)

La OIT en citado Informe del 2005 sostiene que:

> "Aunque los datos disponibles no son concluyentes, se considera con preocupación la posibilidad de que estos cambios hayan dado lugar a un aumento de la intensidad del trabajo, lo que a su vez provoca un incremento del estrés y la extensión de otros riesgos psicosociales que representan una causa fundamental de accidentes, lesiones con resultado de muerte, enfermedades y absentismo laboral en países tanto industrializados, como en desarrollo" (OIT, 2005).

Otro componente para considerar es el ritmo de trabajo, es decir, no solo es la extensión temporal del trabajo sino la intensificación del ritmo con el que se produce; o su equivalente a la reducción de los denominados "tiempos muertos" en los diferentes procesos productivos. Sobre el particular, Villavicencio recupera la Directiva de la Unión Europea 2003/88/CE sobre el tema del ritmo de trabajo, en el sentido del artículo 13:

> "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los empresarios que prevean organizar el trabajo con arreglo a cierto ritmo tengan en cuenta el principio general de adecuación del trabajo a la persona, con objeto, en particular, de atenuar el trabajo monótono y el trabajo acompasado, en función del tipo de actividad, y los requisitos en materia de seguridad y salud, especialmente en lo que se refiere a las pausas durante el tiempo de trabajo" (Villavicencio, 2013, pág. 238).

En el Perú en el Informe Nº 03-2013- MTPE/2/14 emitido por la Autoridad Administrativa del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) define a las jornadas acumulativas o atípicas como:

> "aquellas que se caracterizan por realizarse con importantes intervalos de días de descanso. En ellas se intercalan días de trabajo efectivo y días de descanso, en los cuales el trabajador labora jornadas extendidas y luego goza de descansos compensatorios (MTPE, 2013)

El MTPE sostiene que las jornadas atípicas se justifican cuando:

> "Este régimen se justifica cuando existen condiciones distintas a las comunes, como sucede usualmente en los casos del sector minero o de hidrocarburo, en los que los trabajadores se encuentran expuestos a altos niveles de riesgo y toxicidad que repercuten en su salud y seguridad, asimismo, cuando los centros de labores se encuentran ubicados en zonas alejadas del hogar del trabajador. Así, se permitirá que los trabajadores que tienen a sus familias alejadas de los centros mineros retornen en mejores condiciones a sus hogares, con lo cual también se disminuirán los problemas de trabajo en soledad (MTPE, 2013)"

Este aspecto de las "jornadas atípicas" mereció un especial pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional a propósito del caso planteado por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y anexos sobre los límites de las jornadas atípicas en la minería peruana. El Tribunal Constitucional en la Sentencia Aclaratoria de la Sentencia Expedida por el Tribunal Constitucional referente al Caso Tacna Sindicato de Trabajadores de Toquepala y anexos, STC. Exp. N° 4635-2004- AA/TC hace expresa mención a que las jornadas atípicas (en minería) generan, entre otras afectaciones a la salud de los trabajadores lo siguiente:

> "El trabajo acumulativo deriva en un trabajo en soledad, sin la familia, y en esas circunstancias, el trabajador adquiere comportamientos ansiosos y depresivos en diferentes grados. Generalmente, la alimentación es deficiente. Se han detectado enfermedades profesionales y una exposición a riesgos físicos, además de las dificultades que trae el hecho de trabajar en altura. Y, en cuanto a la jornada, el promedio de horas de trabajo supera los cuarenta y ocho semanales" (Falcón-Arrieta, 2015) .

En el tiempo del COVID, las jornadas máximas laborales atípicas se han relativizado, justificando dicho actuar en la necesidad empresarial referida a que los trabajadores cumplan con periodo de cuarentena lo que conlleva a disminuir su descanso.

Sin embargo, en la Resolución Ministerial Nº 128-2020-MIMEN/DM con el que se aprobó el Protocolo denominado "Protocolo Sanitario para la imple-

mentación de medidas de prevención y respuesta frente al COVID-19 en las actividades del Subsector Minería, el Subsector Hidrocarburos y el Subsector Electricidad" no reguló limites sobre la jornada máxima de trabajo y la duración de los periodos de descanso diario y descanso de la jornada atípica. En todo caso, las jornadas atípicas debieron discutirse en espacios de diálogo social como bien lo ha señalado la OIT:

> "66. El Convenio núm. 176 establece que debería consultarse a las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas al formular y revisar periódicamente la política nacional en materia de SST en las minas, y en particular en lo que respecta a las medidas para dar cumplimiento a las disposiciones del Convenio176. En la recomendación No. 183 se indica que dichas consultas deberían inluir las consecuencias para la seguridad y salud en los trabajadores de la duración de la jornada de trabajo, del trabajo nocturno y del tarbajo por turnos." (OIT, 2017, pág. 22)

Estas consultas relativas a la jornada laborales deberían incluirse, pero también se tiene que consultar sobre el trabajo nocturno, los turnos de trabajo, la jornada máxima de trabajo y la duración mínima de los periodos de descanso diario y descanso de la jornada atípica.

Como se menciona en el capítulo anterior, en algunas empresas están imponiendo jornadas de hasta 30 días seguidas de labores por 15 de descanso, ello pone en grave riesgo la salud y la vida de los trabajadores. Un ejemplo de ello ocurrió en la minera Las Bambas en donde se les estaba imponiendo a las y los trabajadores unas jornadas atípicas de 20X20:

> "La Federación Nacional de Trabajadores Mineros Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú denunció recientemente que los trabajadores de la empresa minera Las Bambas, ubicada en la región Apurímac, vienen siendo perjudicados por la continuidad de una jornada extenuante que la empresa ha implementado con el pretexto de la pandemia. Ante esto, vienen solicitando a su empleadora -la reducción de la jornada 20x20, ya que este sistema resulta lesivo para la seguridad y salud de nuestros afiliados- afirmaron en su comunicado" (Observatorio de conflictos mineros en el Perú, 2020)

Hay que recordar que el Tribunal Constitucional fue enfático en señalar que, tratándose de jornadas atípicas, en cualquier actividad laboral, no pueden superar el promedio de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho horas por semana, ya sea que se trate de un periodo de tres semanas, o de un periodo más corto, como

lo dispone la Constitución y el Convenio Nº 1 de la OIT. Considerando que el artículo 25º de la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales, ésta prevalecerá sobre cualquier disposición internacional o interna que imponga una jornada semanal mayor, puesto que se trata de una norma más protectora.

Cabe mencionar que el régimen de 8 horas diarias y 48 semanales solo se pueden combinar "para que la numerología sea legal no se debe transgredir las ocho horas, lo cual se obtiene en base a la suma de horas trabajadas en el período acordado, dividido entre el régimen" (Marticorena, 2014). Así, el Informe citado del MTPE sostiene que la jornada atípica debe tener un número máximo de horas al mes de 144 horas. Aspecto que recoge lo prescrito en la Sentencia Aclaratoria de la Sentencia Expedida por el Tribunal Constitucional referente al Caso Tacna Sindicato de Trabajadores de Toquepala y anexos, STC. Exp. N° 4635-2004- AA/TC. Se pronunció en el sentido que "Declara que las jornadas atípicas o acumulativas que en promedio superen las ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales para un período de tres semanas, o un período más corto, son incompatibles con la Constitución" (Caso Tacna Sindicato de Trabajadores de Toquepala y anexos , 2006)".

Martínez reitera que la jornada de trabajo tiene como sus límites en la integridad física del trabajador y en su dignidad. No es admisible que el empleador exponga al trabajador a una mayor afectación sobre su salud y vida en el trabajo. Sostiene:

> "(…) la jornada de trabajo está muy relacionada, entre otras cosas, a la salud de los seres humanos, pues el trabajador pone a disposición del empleador un determinado periodo de tiempo en el cual emplea su fuerza de trabajo. Esta fuerza para el trabajo tiene límites, los cuales son de dos tipos: el primero de ellos es el límite natural de la jornada de trabajo que está sujeto a la particularidad de cada trabajador. El segundo límite es el social, el cual se reconoce cuando los trabajadores no pueden laborar más allá del periodo establecido sin poner en peligro su integridad física, independientemente del tipo de trabajo que desarrollan es el trabajador el perjudicado directamente" (Martínez García, 2015)

Chávez R. sobre la relación entre las jornadas atípicas y su relación con los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, concluye:

> "Los riesgos a los que se encuentran expuestos los trabajadores mineros son físicos, químicos, biológicos, disergonómicos, psicosociales y locativos; las condicio-

> nes de trabajo en una jornada laboral atípica predisponen a que se presenten enfermedades ocupacionales y/o accidentes de trabajo, lo que es minimizado en las jornadas laborales ordinarias. Las jornadas de trabajo son ordenadas por normas laborales pero no existe un orden normativo específico para las jornadas laborales atípicas y su aplicación adecuada en la actividad minera en particular, por lo que existen".. diversos periodos (…) "convirtiéndose en jornadas extenuantes que causan fatiga en los trabajadores que puede ser física o mental, disminuyendo la capacidad de reacción en la operación y/o manipulación de equipos en la actividad, produciendo en consecuencia accidentes de trabajo" (Chávez Revilla, 2010).

Para la OIT se entiende "por horas excesivas de trabajo las que superan de forma habitual las 48 horas por semana" (...). Subraya en el citado Informe que:

> "Las horas excesivas de trabajo guardan relación con los efectos crónicos de la fatiga, que pueden provocar problemas de salud como enfermedades cardiovasculares y trastornos gastrointestinales, así como estados de salud mental más delicados, incluidos niveles más altos de ansiedad, depresión y trastornos del sueño. El mayor riesgo de contraer enfermedades no transmisibles está vinculado a las horas de trabajo excesivas, siendo el riesgo mayor en las mujeres, lo que sugiere que los empleadores deberían plantearse cómo gestionar mejor las peticiones para favorecer la conciliación entre la vida laboral y la vida familiar de las mujeres y los hombres que trabajan. Aunque hay otros factores (como la autonomía, la presión para trabajar horas extraordinarias y las remuneraciones bajas) que inciden en los factores de riesgo, por lo general, la reducción de las horas de trabajo excesivas puede servir para obtener mejores resultados en materia de SST" (OIT, 2019 a).

En la misma línea, el informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT señala que: "El establecimiento de límites a jornadas de trabajo excesivamente largas reducirá los accidentes del trabajo y los riesgos psicosociales asociados a dichas jornadas (OIT, 2019 b)". Los periodos mínimos de descanso diario suelen estar entre once y doce horas, y frecuentemente están vinculadas a restricciones del trabajo nocturno. Lo más común es tener un periodo continuo de entre veinticuatro y cuarenta y ocho horas en cada periodo de siete días; aspecto contemplado en diversas legislaciones nacionales, entre ellas la peruana.

> Desde el enfoque de la seguridad y salud en el trabajo, la reducción de la jornada es una opción destinada a mejorar la calidad de vida de las y los trabajadores. Frente a jornadas extensas, desde un enfoque preventivo, se debe promover: la necesidad de establecer pausas para la alimentación y el descanso dentro de la jornada laboral; flexibilidad en los horarios de entrada y salida.

Para algunas empresas, sus necesidades de generar una mayor producción al menor costo de la mano de obra los lleva a someter a las y los trabajadores a jornadas de trabajo extenuantes sin considerar que todo organismo humano tiene una capacidad limitada y requiere de periodos de descanso que realmente compensen los periodos de actividad prolongada. En 1962, la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó la Recomendación sobre la duración del trabajo (Nº. 116), que promueve la reducción progresiva de las horas normales de trabajo y establece la norma de la semana de cuarenta horas. Mientras tanto, en países industrializados de la Unión Europea la jornada de trabajo se ha ido reduciendo constantemente y alcanzan las treinta y cinco horas en algunos estados y sectores; en el Perú las jornadas se extienden más allá de los límites legales. En muchos casos la negociación colectiva ha influido significativamente en mejorar las condiciones de trabajo y a reducir la extensión de las jornadas de trabajo; mejorando con ello la penosidad de esas condiciones de trabajo.

Como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional:

> "En el sector minero hay razones de peso para preocuparse por el tiempo de trabajo, en sentido tanto cualitativo como cuantitativo. Unos horarios inadecuados, una jornada laboral demasiado larga, las horas extraordinarias y la falta de capacitación son causa de fatiga para los trabajadores y de errores humanos. Entre las graves consecuencias económicas y sociales resultantes cabe señalar la caída de la productividad, una mayor incidencia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, el absentismo, las dimisiones y el pago de mayores indemnizaciones a los trabajadores. Por otro lado, la formulación y aplicación acertadas de disposiciones en materia de tiempo de trabajo pueden producir considerables beneficios en los planos comercial, financiero y de las relaciones laborales.
>
> La combinación de largas jornadas y semanas laborales prolongadas bien por turnos concentrados asimétricos o bien mediante numerosas horas extraordinarias adicionales, podría significar riesgos para la seguridad y la salud de trabajadores asociados a la fatiga y el aumento del riesgo de, incidentes y accidentes laborales. En el caso de las minas, donde existe una clara tendencia a optar jornadas diarias de 12 horas, resulta aún más urgente definir estrategias que permitan hacer frente a los posibles peligros y superarlos" (Resolución del Tribunal Constitucional, 2004)

3. Conclusiones y propuestas:

- La pandemia es una dinámica compleja y que afecta al país. Cabe reiterar que la minería es una actividad económicamente importante para el Perú, sin embargo, este sector es un creador de empleo limitado.

- El empleo que crea, en su mayoría, son trabajos de alto riesgo, debido a que las y los trabajadores mineros se encuentran expuestos a peligros y riesgos físicos, químicos, biológicos, disergonómicos, psicosociales y locativos; ello sumado a las jornadas laborales atípicas extensas, predisponen a que se presenten enfermedades ocupacionales y/o accidentes de trabajo.
- Las jornadas atípicas extensas, el trabajo aislado es un modelo de gestión empresarial que se impuso en la década de los 90. Anteriormente, se tenía un modelo de gestión empresarial más humana, se tenían comunidades mineras en donde todos los integrantes de la familia del trabajador minero estaban juntos, en dichas comunidades se tenían servicios básicos para la familia como educación, salud, agua y desagüe. Ello facilitaba tener jornadas de ocho horas, menor movilidad geográfica, mejor alimentación, mejor salud emocional y mejor conciliación entre la vida laboral y familiar.
- El porcentaje de trabajadores con accidentes laborales y enfermedades profesionales es muy alto, 73,7% de los entrevistados, y de ellos el 21,1% son jóvenes. En este último grupo, no sólo se les ha afectado la salud sino su proyecto de vida, puesto que, se les frustra sus posibilidades de empleabilidad, porque se vuelven menos atractivos para el mercado minero. Si bien en algunos casos, el sindicato les brinda apoyo, pero en general, perciben que no pueden ejercer sus derechos frente a los daños a su salud que la actividad minera les genera.
- Se ha evidenciado que las jornadas atípicas agravan las condiciones de vida de las y los trabajadores mineros. Manifiestan que están mal alimentados y viven en espacios hacinados, en algunos casos han señalado estar viviendo hasta con diez o veinte personas en un solo espacio, lo que además genera mayor probabilidad de contagio del COVID-19.
- Esta dinámica de jornadas atípicas no sólo afecta a las y los trabajadores mineros sino a sus familias, teniendo en cuenta que, de los entrevistados, casi el 90% de los trabajadores están casados o con convivientes, cuyas jornadas atípicas afectan gravemente con el proyecto de familia. En las entrevistas se ha evidenciado el impacto de su actividad en su dinámica familiar, la mayoría señala que existe culpa por estar ausentes en fechas importantes y en las actividades familiares, lo que provoca distanciamiento familiar, así como la pérdida de amistades y alejamiento de la vida social.
- Esta problemática laboral y social se evidencia en las enfermedades, enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo que se han reportado en las

encuestas. Enfermedades y afectaciones a la salud tales como: gastrointestinales, pérdida de audición, daños en la columna vertebral, fatiga, fibromialgia, estrés, fibrosis pulmonar, trombosis en miembros superiores e inferiores; entre otros.

- Se evidencia, asimismo, el impacto en la salud psicosocial de las jornadas atípicas debido a que el 80% las y los encuestados manifiesta sentirse triste o deprimido y tener sensación de soledad.
- Producto de la pandemia, las empresas mineras han incrementado las jornadas laborales, tanto de la jornada atípica como del tiempo diario de trabajo. La mitad de las y los encuestados registran nuevas jornadas laborales de 28x14, pero hay casos extremos de 45 días continuos de labores por 14 días de descanso como se registra en la minera Tauro SAC.
- Todas las empresas superan las 48 horas semanales de trabajo y las 8 horas diarias, la mayoría trabaja 12 horas diarias, se ha registrado casos donde se trabaja 14 horas diarias.
- Se evidencia que las organizaciones sindicales pueden ser actores que contribuyan a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores mineros. Por la presión sindical se ha logrado que algunas empresas retrocedan y reformulen sus jornadas extenuantes a partir de enero del 2021.
- Uno de los soportes para la sostenibilidad de la competitividad minera a escala global y que promueva el desarrollo del país, es diálogo entre los actores principales de esta actividad: estado, empresarios y trabajadores. Sin embargo, en el documento "*Propuestas de medidas normativas, de gestión y de política pública para afianzar la sostenibilidad del sector minero*" no se menciona a las trabajadoras ni a los trabajadores del sector, tampoco a sus organizaciones sindicales; cuya legitimidad y legalidad están fuera de toda duda.
- El sistema de las jornadas atípicas debe ser punto de agenda en espacios de diálogo social entre trabajadores, empleadores y Estado.
- La aplicación de jornadas atípicas en minería debe observar la jornada laboral de 48 horas semanales y el Convenio Nº1 de la OIT, esto es, que este sistema no debería superar el promedio de ocho horas diarias de labor ni de 48 semanales de trabajo; con o sin pandemia. Ello debido a los graves impactos sobre la vida y salud de las y los trabajadores mineros.
- La participación de las y los representantes de las y los trabajadores ante el Comité paritario de seguridad y salud ocupacional en minería y del Sistema

de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo es fundamental. No solo por las funciones propias del Comité sino por la cercanía con los problemas de las y los trabajadores. Lo central es un afán de servicio a favor de la prevención y evitar mayores daños a la salud de las y los trabajadores en la actividad minera.

Bibliografía

Amat y León, P. (2016). *Transitando caminos: Mujeres y minería.* Lima: Filomena Tomayra, ediciones.

Anne Spurgeon, J Malcolm Harrington, Cary L Cooper. (1997). Health and safety problems associated with long working hours: a review of the current position. *Occupational and Environmental Medicine*, 367-375.

Anthony Sverre Wagstaff, Jenny-Anne Sigstad Lie. (2011). Shift and night work and long working hours--a systematic review of safety implications. *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health*, 173-185.

Boivin DB, Tremblay GM, James FO. (2007). Working on atypical schedules. *Sleep Medicine*, 578-589.

Caso Tacna Sindicato de Trabajadores de Toquepala y anexos , Exp. N° 4635-2004-AA/TC. Sentencia Aclaratoria de la Sentencia Expedida por el Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional 16 de mayo de 2006).

Chávez Revilla, O. (2010). *Influencia de las jornadas laborales atípicas en accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales en la actividad minera.* . Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política.

CIES. (2018). *La minería como motor de desarrollo económico para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 8, 9, 12 y 17.* Lima: CIES. Obtenido de https://www.up.edu.pe/egp/Documentos/agenda_2030_la_mineria_como_motor_de_desarrollo_economico_para_el_cumplimiento_de_los_ods_89_12_y_17.pdf

CIES. (2018). *La mineria peruana y los objetivos de desarrollo sostenible.* Lima: CIES y Cooperación Alemana. Obtenido de https://minsus.net/mineria-sustentable/wp-content/uploads/2019/02/La-mineria-peruana-y-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible.pdf

Comisión para el desarrollo minero sostenible. (2020). *Propuestas de medidas normativas, de gestión y de política pública para afianzar la sosteniblidad del sector minero* . Lima .

Culpepper, L. (2010). The social and economic burden of shift-work disorder. *The Journal of Family Practice*, S3-S11.

Dominguez, N. (15 de enero de 2019). *Noticias SER.PE*. Obtenido de http://noticiasser.pe/opinion/cien-anos-de-la-jornada-de-las-ocho-horas-1919-2019

Dongen, H. P. (2006). Shift work and inter-individual differences in sleep and sleepiness. *Chronobiology International*, 1139-1147.

Falcón-Arrieta, M. (2015). *LAS JORNADAS ATÍPICAS EN EL SECTOR MINERO: IMPACTO DE LOS CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.* Piura: Universidad de Piura.

Folkard, S. (2008). Shift work, safety, and aging. *Chronobiology International*, 183-198.

Fundación UOCRA. (2009). *Salud y seguridad en la minería.* Buenos Aires: Fundación UOCRA. Obtenido de https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/salud_seg_mineria.pdf

IPE. (2017). *EL VALOR AGREGADO DE LA MINERÍA EN EL PERÚ.* LIma: Instituto de Estudios Energético Minero.

ISAT. (2003). *Las jornadas atípicas en la minería.* Lima: ISAT.

Köhler, E., Rojot, J., & Bielenski, H. (1992). *Reducción/reorganización de la jornada de trabajo y desarrollo de formas atípicas de trabajo.* Madrid: Economía y sociología del trabajo.

Marticorena, M. (07 de octubre de 2014). Minería: Las razones de sus jornadas Laborales Atípicas. *Diario El Comercio*, pág. 14. Obtenido de http://elcomercio.pe/economia/peru/mineria-razones-sus-jornadas-laborales-atipicas-noticia-1762223

Martínez García, M. X. (2015). ESTUDIO SOBRE LAS JORNADAS DE TRABAJO. *ITA IUS ESTO*, 1-38. Obtenido de http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2019/10/10.7.-MAR%C3%8DA-XIMENA-MART%C3%8DNEZ-GARC%C3%8DA.pdf

Massey, S. (2018). Work-leave rotation pattern and incidence of offshore workplace injury. . *Occupational Medicine*, 184-186.

Matthias Vogel, Tanja Braungardt, Wolfgang Meyer, Wolfgang Schneider. (2012). The effects of shift work on physical and mental health. 1121-1132.

MIMP. (9 de diciembre de 1959). *RESOLUCION LEGISLATIVA Nº 13282*. Obtenido de Aprueban la Declaración Universal de Derechos Humanos: http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/diff/iiv/sistemauniversal_onu/1_ResolucionLegislativa_13282_DUDDHH.pdf

MIMP. (28 de marzo de 1978). *DECRETO LEY Nº 22129*. Obtenido de Adoptan Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aceptado por la ONU: http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/diff/iiv/sistemauniversal_onu/3_DLey_22129_PIDESC.pdf

MINEM. (2020). *Boletín Estadístico Minero. Setiembre 2020.* Lima: MINEM. Obtenido de http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/PUBLICACIONES/VARIABLES/2020/BEMset2020.pdf

Molina, O. (2020). *Sector mienro en el Perú. Competitividad, productividad e innovación.* Lima: CAF-Banco de Desarrollo de América Latina y el Programa CIEPLAN-UTALCA. Obtenido de http://www.cieplan.org/wp-content/uploads/2019/09/MOLINA-sintesis-ejecutiva-mineria-Peru_web_compressed-1.pdf

Mori, J. P. (2017). Valoración económica de la vida del trabajador minero peruano. *Ambiente y Desarrollo*, 143-158.

MTPE. (2007). *Directiva Nacional No. 002-2007-MTPE/2.11.1.* Lima: MTPE. Obtenido de http://adm.estudioherrera.com/upload/DIRECTIVA%20NACIONAL%20N%C2%BA%20002-2007-MTPE%202-11%201.pdf

MTPE. (2013). *Informe N° 03-2013-MTPE/2/14.* Lima: MTPE. Obtenido de http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/DGT/opinion/informe_03_2013.pdf

Nanfu Deng, Taylor P Kohn, Larry I Lipshultz , Alexander W Pastuszak. (2018). The Relationship Between Shift Work and Men's Health. *Sexual medicine reviews*, 446-456.

Nicholson PJ, D'Auria DA. (1999). Shift work, health, the working time regulations and health assessments. 127-137.

OAS. (s.f.). *TRATADOS MULTILATERALES*. Obtenido de PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html

Observatorio de conflictos mineros en el Perú. (20 de Octubre de 2020). *Observatorio de conflictos mineros en el Perú*. Obtenido de http://conflictosmineros.org.pe/2020/10/21/trabajadores-de-minera-las-bambas-exigen-reduccion-de-la-jornada-de-trabajo/?fbclid=IwAR2L0cg5jx91dI-1Mi1tqNaehx6JlPkx8VkWn7Of1iuimfpprkG3aE_rZSws

OIT. (2002). *Condiciones de trabajo, seguridad y salud ocupacional en la minería del Perú.* Lima: OIT. Obtenido de http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/publ/docutrab/dt-145/dt_145.pdf

OIT. (2005). *93ª Conferencia Internacional del Trabajo Las jornadas de trabajo en todo el mundo: el equilibrio entre flexibilidad y protección.* Ginebra: OIT. Obtenido de https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_075267/lang--es/index.htm

OIT. (2017). Trabajar juntos para promover un medio ambiente de trabajo seguro y saludable. *!06 Conferencia Internacional del Trabajo* (pág. 22). Ginebra: OIT.

OIT. (2019 a). *SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: EN EL CENTRO DEL FUTURO DEL TRABAJO.* Ginebra: OIT. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_686762.pdf

OIT. (2019 b). *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial para el Futuro del Trabajo.* Ginebra : OIT. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662541.pdf

Scott, A. (2000). Shift work and health. *Primary Care*, 1057-1079.

SIGWEB. (2011). *RIESGOS EN LA MINERÍA DE ALTURA GEOGRÁFICA.* Santiago: EL PORTAL DE LOS EXPERTOS EN PREVENCIÓN DE RIESGOS EN CHILE. Obtenido de http://www.sigweb.cl/wp-content/uploads/biblioteca/RiesgosAlturaGeografica.pdf

Takahashi, M. (2019). Sociomedical problems of overwork-related deaths and disorders in Japan. *Journal of Occupational Health*, 269-277.

Tribunal Constitucional . (17 de abril de 2004). STC Nº4635-2004-aa/tc.

Vanessa Riethmeister, Raymond Matthews, Drew Dawson, Michiel de Boer, Sandra Brouwer, Ute Bültmann. (2019). Time-of-day and days-on-shift predict increased fatigue over two-week offshore day-shifts. *Applied ergonomics*, 157-163.

Vargas D, Manuel, Osorio F, Jorge, Jiménez E, Daniel, Moraga C, Fernando, Sepúlveda D, Margarita, Del Solar H, José, Hudson M, Cristián, Cortés M, Guillermo, & León L, Angélica. (2001). Mal agudo de montaña a 3.500 y 4.250 m: Un estudio de la incidencia y severidad de la sintomatología. *Revista médica de Chile*, 166-172. doi: https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872001000200007

Villavicencio, A. (2013). La Reducción de la Jornada de Trabajo:Entre El Sueño y la Quimera. *Derecho y Sociedad*, 227-238.

William J Murphy, C. L. (2016). Hearing protector fit testing with off-shore oil-rig inspectors in Louisiana and Texas. *International Journal of Audiology*, 688-698.

Yu Moon Chau, Sandra West, Virginia Mapedzahama. (2014). Night work and the reproductive health of women: an integrated literature review. *Journal of Midwifery Womens Health*, 113-126.

"LA NUEVA CONVIVENCIA SOCIAL EN EL TRABAJO": EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES EN TIEMPOS DEL COVID-19

André Jorge Cossio Peralta*

Este trabajo introduce una reflexión sobre el marco normativo del deber de prevención en el reinicio de las actividades empresariales y su tensión con derechos fundamentales en el trabajo dentro del contexto de las necesidades de control de riesgos de contagio por la pandemia del Covid-19.**

Sumario: Introducción. **I.** El Plan de Reanudación de Actividades y los Planes de Vigilancia, Prevención y Control de Covid-19 en el Trabajo. **II.** El deber de prevención del empleador reforzado. **III.** La compleja relación entre la intimidad personal del trabajador y la prevención y control de Covid-19 en el lugar de trabajo. **IV.** Hacia la "Nueva Convivencia Social en el Trabajo". Reflexión final; Bibliografía.

Introducción

El domingo 3 de mayo de 2020, se publicó en el diario oficial "el Peruano" el Decreto Supremo Nº 080-2020-PCM (en adelante: "DS080") que "aprueba

* Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Cuenta con el Título de Postgrado de Especialización en "Constitución Social y Derechos Humanos Laborales, Tendencias Globales en la Etapa Actual" expedido por la Universidad de Castilla La-Mancha (España). Profesor de Derecho Laboral Especial en la Facultad de Derecho de la PUCP. Asociado Principal de Rubio, Leguía, Normand. Correo electrónico: acossio@pucp.pe y acossio@rubio.pe

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

la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del Covid-19". Este decreto supremo aprobó la reanudación de las actividades económicas para las diferentes entidades, empresas o personas naturales o jurídicas, en un total de cuatro fases, de modo tal que la primera de estas se ejecute durante el mes de mayo de 2020.

La reanudación de las actividades, conforme a lo previsto en el referido decreto supremo, está condicionada al cumplimiento de los "Lineamientos para la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores con riesgo de Exposición a Covid-19", aprobados por el Ministerio de Salud (en adelante: "MINSA"), así como a los respectivos protocolos sectoriales. De este modo, la vigilancia de la salud de los trabajadores constituye el eje esencial para el reinicio de las actividades. Por ende, todo empleador[1]--formal—que pretenda reiniciar sus actividades deberá contar con un "Plan para la vigilancia, prevención y control de COVID-19 en el Trabajo" ("Plan de Vigilancia Covid-19").

El 22 de mayo de 2020, en conferencia de prensa, el presidente de la República anunció la emisión de un nuevo decreto supremo que promovía la nueva convivencia social y, a la vez, extendió el aislamiento social obligatorio hasta el día 30 de junio de 2020. Al día siguiente, se publicó el Decreto Supremo Nº 094-2020-PCM, denominado "Decreto Supremo que establece las medidas que debe observar la ciudadanía hacia una nueva convivencia social y prórroga del Estado de Emergencia Nacional (EEN) por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del Covid-19.

Según las cifras oficiales de la aplicación del Ministerio de Salud (MINSA) "Perú en tus Manos", al 13 de junio de 2020 nuestro país reporta 225,132 personas infectadas por Covid-19; 1113 en las Unidades de Cuidados Intensivos; y, 6,498 personas fallecidas a causa de esta enfermedad. En paralelo, múltiples empresas y/o empleadores formales han obtenido la aprobación de sus respectivos Planes de Vigilancia Covid-19 por parte de sus sectores y del MINSA, lo que permite visualizar la mayor presencia de trabajadores formales que retornen a sus centros de labores durante el mes de junio. Simultáneamente, y desde hace sema-

1 Cabe precisar que cada sector ha emitido un particular criterio de focalización para la reanudación de las actividades. Es decir, no cualquier empresa o empleador podrá reanudar sus actividades, sino solo aquellos que cumplan con las características que apruebe el ministerio del sector. Nivel de ventas, cantidad de locales, entre otros.

nas, se advierte la "reactivación económica" del sector informal, quienes, como resulta evidente, no acatarán algún protocolo o plan de vigilancia y prevención de Covid-19. Tendremos, entonces, un panorama complicado con mayor presencia de personas en las calles y con un mayor riesgo de contagio por parte de aquellos trabajadores del sector formal que deban trasladarse hasta sus centros de trabajo.

En este contexto, la vigilancia de la salud de aquellos trabajadores que retornen a sus centros de trabajo resulta fundamental. El cumplimiento de este deber empresarial, y como ya hemos examinado ampliamente en otro lugar[2], está limitado por el respeto al derecho fundamental a la intimidad de todo trabajador. No obstante, en una situación de pandemia, podrán presentarse circunstancias que justifiquen una mayor intervención en este derecho fundamental, con el objetivo de preservar la seguridad y salud de todas las personas que comparten un mismo centro de trabajo; y, en general, de la comunidad por razones de salud pública.

En este trabajo, revisaremos de modo general aspectos centrales en materia del respeto al derecho a la intimidad personal de los trabajadores que pueden surgir como consecuencia del cumplimiento de los Planes de Vigilancia de Covid-19. Por ejemplo, la información contenida en las fichas de evaluación sintomatológica, el control de temperatura al ingreso y salida de los centros de trabajo, la posibilidad de informar un caso positivo de Covid-19 a otros compañeros de trabajo, a fin de cumplir con la trazabilidad de la enfermedad, entre otros.

I. El Plan de Reanudación de Actividades y los Planes de Vigilancia, Prevención y Control de Covid-19 en el Trabajo

El DS080 estableció cuatro criterios fundamentales que deben observarse para la reanudación de las actividades: (i) de salud pública, sobre la base de la información que emita el MINSA respecto a la situación epidemiológica del país; (ii) de movilidad interna, en función al incremento del riesgo de contagio; (iii) de dimensión social; y, (iv) de actividad económica, sobre la base de la evaluación que el Poder Ejecutivo efectúe de cada sector[3].

Este decreto supremo ordenó que los sectores competentes de cada actividad incluida en la fase de reanudación de actividades[4] proceda a aprobar los proto-

2 COSSIO PERALTA, André Jorge. *"El Derecho a la Intimidad en la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores"*. Lima: Jurista Editores, 2018.

3 Cfr. artículo 2º.

4 Minería e Industria, Construcción, Servicios y Turismo, Comercio, conforme a lo previsto en el

colos sectoriales en un plazo máximo de 5 días calendarios, contados desde el día 4 de mayo de 2020. Para este efecto, los sectores debían tener en cuenta los lineamientos generales aprobados por el MINSA para la vigilancia, prevención y control de Covid-19 en el trabajo. De este modo, el empleador cuyas actividades están comprendidas dentro de la Fase 1 de reanudación de actividades está en la obligación de contar con su respectivo Plan, el cual debe observar los lineamientos generales y sectoriales, para que éste sea aprobado por el sector pertinente y el MINSA debiendo ser registrado en el Sistema Integrado para COVID-19 (SISCOVID) de esta entidad. Las empresas que no paralizaron sus actividades durante el aislamiento social obligatorio (cuarentena) están obligados a adecuarse a tales disposiciones, pero sin que este hecho afecte la continuidad de sus actividades[5].

La fiscalización del cumplimiento de estos lineamientos se encuentra a cargo de las autoridades sanitarias, los Gobiernos Locales y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), en el marco de sus respectivas competencias[6]. Revisemos cuáles son los lineamientos generales aprobados por el MINSA.

Mediante Resolución Ministerial Nº 239-2020-MINSA de fecha 28 de abril de 2020, se aprobó el Documento Técnico: "Lineamientos para la vigilancia de los trabajadores con riesgo de exposición a Covid-19" (en adelante: "los Lineamientos Generales")[7]. En estos Lineamientos Generales se estableció que todo empleador, sin importar el tipo de actividad, incluyendo instituciones públicas y privadas, previo al reinicio de sus actividades debe elaborar su Plan de Vigilancia de Covid-19. La preparación de este plan se encuentra a cargo del servicio de seguridad y salud en el trabajo de cada empleador, para luego ser aprobado, en un plazo máximo de 48 horas, por el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo (CSST) o supervisor de seguridad en el trabajo, según corresponda[8].

Anexo del Decreto Supremo Nº 080-2020-PCM.

5 Disposición complementaria final del Decreto Supremo Nº 080-2020-PCM.

6 Cfr. artículo 4º del Decreto Supremo Nº 080-2020-PCM.

7 Este documento, en un periodo menor a 20 días naturales, ha sido objeto de dos modificaciones: la primera, a través de la Resolución Ministerial Nº 265-2020-MINSA de fecha 7 de mayo de 2020; y, la segunda, por medio de la Resolución Ministerial Nº 283-2020-MINSA de fecha 13 de mayo de 2020.

8 En el Perú, las empresas que cuentan con 20 trabajadores están obligadas a conformar un Comité paritario de Seguridad y Salud en el Trabajo. Con menos de 20 trabajadores, solo debe garantizarse que los trabajadores elijan libremente a un Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo. Cfr. artículos 29º y 30º de la LSST.

En los Lineamientos Generales se han considerado 7 lineamientos básicos: (i) limpieza y desinfección de los centros de trabajo; (ii) evaluación de la condición de salud del trabajador previo al regreso o reincorporación al centro de trabajo; (iii) lavado y desinfección de manos obligatorio; (iv) sensibilización de la prevención del contagio en el centro de trabajo; (v) medidas preventivas de aplicación colectiva; (vi) medidas de protección personal; y, (vii) vigilancia de la salud del trabajador en el contexto del Covid-19.

Los Lineamientos Generales—al menos en su versión original—partían de presuponer que todo empleador, a la fecha de emisión de la Resolución Ministerial Nº 239-2020-MINSA, ya contaba con todo el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, lo que, entre otras obligaciones, implica que, por lo menos, cuenten con el CSST—o supervisor de seguridad y salud en el trabajo, de ser el caso—y el Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo. Por ejemplo, en el caso del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, en el numeral 6.1.23 de los Lineamientos Generales se definió de la siguiente manera: *"(…) De acuerdo a lo establecido en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, todo empleador organiza un servicio de seguridad y salud en el trabajo, cuya finalidad es esencialmente preventiva"*.

En efecto, debe recordarse que la Ley Nº 29783[9], Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSST), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 005-2012-TR (RLSST)[10], se encuentran en vigor desde hace más de 8 años. Por ende, el MINSA asumió que todos los empleadores del sector formal ya cumplían con las obligaciones generales en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo. Veremos más adelante que esta premisa ha variado a la fecha.

Ahora bien, de las diferentes obligaciones establecidas en los Lineamientos Generales, nos interesa hacer referencia a algunos que inciden sobre la esfera personal e intimidad de los trabajadores. Así, se ha previsto que todo empleador debe otorgar a todos sus trabajadores una ficha de evaluación sintomatológica de manera previa al regreso o reincorporación al centro de trabajo[11]. Esta ficha tiene el carácter de declaración jurada y debe ser respondida obligatoriamente por todos los trabajadores.

9 Publicada en el diario oficial "el Peruano", el día 20 de agosto de 2011.

10 Publicado en el diario oficial "el Peruano", el día 25 de abril de 2012.

11 Originalmente, en el inciso 2º del numeral 7.2.2.1 se señaló: *"aplicación a cada trabajador, de manera previa al regreso o reincorporación, la Ficha de sintomatología COVID-19 (Anexo 2), de carácter declarativo; la cual debe ser respondida en su totalidad"*. Esta disposición fue modificada mediante la Resolución Ministerial Nº 265-2020-MINSA y, a la fecha, se indica: *"Los trabajadores deben completar una Ficha de Sintomatología COVID-19 (Anexo 2) que será entregada por el empleador"*.

De igual manera, se ha establecido la obligación del empleador de controlar la temperatura corporal al momento de ingreso al centro de trabajo y al finalizar la jornada laboral; aplicación de pruebas serológicas o moleculares para Covid-19 a todos los trabajadores que regresan o se incorporan a puestos de trabajo con muy alto, alto y mediano riesgo de exposición a este virus[12]; se indicará la evaluación médica de síntomas COVID-19 a todo trabajador que presente temperatura mayor a 38.0º C; se debe identificar los contactos en el centro de trabajo de todo trabajador con fiebre y evidencias de sintomatología COVID-19; entre otros.

Estas obligaciones forman parte del deber de prevención específico del empleador en el contexto de la pandemia por el brote de Covid-19 en el Perú. Creemos que, en este escenario, estaremos ante el cumplimiento de un deber general de prevención reforzado.

II. El deber de prevención del empleador reforzado

Debe recordarse que, conforme a lo previsto en la LSST, en virtud el deber general de prevención de todo empleador, en este recae la responsabilidad de garantizar el establecimiento de todos los medios y condiciones que permitan proteger la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de todas aquellas personas que se encuentren dentro del centro de trabajo[13]. Así, y como he desarrollado ampliamente en otro lugar[14], este [el deber de prevención] es un deber de medios, mas no de resultados, en virtud del cual el empleador debe proporcionar y cumplir con todas las condiciones necesarias para eliminar al mínimo posible los peligros y riesgos existentes en el centro de trabajo.

Como parte de las múltiples obligaciones que conlleva el deber empresarial de prevención, los empleadores requieren contar con un Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SST), lo que implica la adopción de las siguientes medidas que se aplican en este orden de prioridad: (i) eliminación de los peligros y riesgos; (ii) tratamiento, control o asilamiento de los peligros y riesgos, (iii)

12 Bajo riesgo: personas que no requieren contacto con personas que se conoce o se sospecha que están infectados con COVID-19; mediano riesgo: incluyen aquellos trabajos que requieren un contacto frecuente y/o cercano con personas que podrían estar infectadas con COVID-19, pero no son pacientes que se conoce o se sospecha que portan COVID-19; alto riesgo: trabajo con potencial de exposición a fuentes conocidas o sospechosas de COVID-19; muy alto riesgo: trabajos con contacto directo con casos COVID-19. Cfr. numeral 6.1.19 de los Lineamientos Generales.

13 Artículo I del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley 29783.

14 COSSIO PERALTA, André. Op. cit.

minimizar los peligros y riesgos, con la adaptación de sistemas de trabajo seguro; (iv) programar la sustitución progresiva de los procedimientos y productos peligrosos por aquellos que produzcan un menor o ningún riesgo para el trabajador; y, (v) otorgar equipos de protección personal adecuados, asegurándose que los trabajadores los utilicen y conserven de forma correcta[15].

El Sistema de Gestión en SST es una obligación de todos los empleadores y no está condicionado a un número mínimo de trabajadores. Así, tanto las empresas de 10 o 100 o 1000 trabajadores están en la obligación de contar con una Política de SST, Registros del Sistema de Gestión de SST (enfermedades profesionales, capacitaciones, accidentes de trabajo, exámenes médicos, entre otros), contar con un Reglamento Interno de SST, brindar capacitaciones en materia de SST, existiendo diferencias en lo relativo a la constitución del Comité de SST[16] y al Servicio de SST.

En el caso del Servicio de SST, cabe recordar que todo empleador está en la obligación de conformar este servicio, ya sea propio[17] o común a varios empleadores. Este servicio, entre otras funciones, se encarga de identificar y evaluar los riesgos que puedan afectar la salud de los trabajadores en el lugar de trabajo, así como su estado de salud. La vigilancia de la salud de los trabajadores se encuentra a cargo de un Médico cirujano colegiado y habilitado por el Colegio Médico del Perú con especialidad en medicina ocupacional[18]. Para empresas con más de 500 trabajadores, el empleador debe garantizar la presencia del médico ocupacional por 6 horas diarias por 5 días a la semana; y, para empresas con 500 o menos trabajadores, la vigilancia de la salud de los trabajadores sigue a cargo del Médico Ocupacional, pero sin una exigencia de un mínimo de horas presenciales[19]. Las

15 Art. 21º de la LSST.

16 Cfr. cita 9.

17 En virtud de lo previsto en el artículo 26-A del RLSST, incorporado mediante Decreto Supremo Nº 006-2014-TR, el empleador puede contratar a una empresa especializada para la gestión, implementación, monitoreo y cumplimiento de las disposiciones reglamentarias sobre SST. De este modo, el empleador podría tercerizar el Servicio SST.

18 En estricto, el numeral 6.6.1 del Documento Técnico: "Protocolos de Exámenes Médicos Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos Obligatorios por Actividad", aprobado por Resolución Ministerial Nº 312-2011-MINSA, que fuera modificado por la Resolución Ministerial Nº 004-2014-MINSA, dispone que el servicio estará a cargo de: (i) médico cirujano con segunda especialidad en Medicina Ocupacional y Medio Ambiente, o Medicina del Trabajo, debidamente titulado, colegiado y habilitado por el Colegio Médico del Perú; o, (ii) médico cirujano con Maestría en Salud Ocupacional o Maestría en Salud Ocupacional y Ambiental o Maestría en Medicina Ocupacional y Medio Ambiente, debidamente colegiado y habilitado por el Colegio Médico del Perú.

19 Los Servicios de Salud Ocupacional para la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores deben estar conformados por equipos multidisciplinarios, por lo que, como mínimo, deben contar con alguno

actividades de vigilancia de la salud de los trabajadores que ejecuta el Médico Ocupacional incluyen a los contratistas, empresas especiales de servicios y a todos aquellos trabajadores que realicen actividades conjuntas en un mismo ambiente de trabajo[20].

Todas estas obligaciones están relacionadas a la prevención de riesgos y peligros asociados a la particular actividad que ejecutan los trabajadores. En otras palabras, a los riesgos profesionales que existen en cada labor con el objeto de evitar y/o prevenir las enfermedades y accidentes de trabajo[21]. Sin embargo, el Covid-19 es una enfermedad viral que se transmite de persona a persona, por lo que, en rigor, no tiene origen ocupacional al no estar relacionado a un particular riesgo profesional, salvo para aquellos trabajadores cuyas actividades implican alto o muy alto riesgo de exposición con personas que padecen Covid-19, como, por ejemplo, los profesionales de salud dedicados a la atención de dichos pacientes[22].

Por esta razón, el monitoreo del estado de salud del trabajador se erige como la actividad fundamental de prevención para evitar la propagación de Covid-19 en el centro de trabajo, sin perjuicio de la desinfección y limpieza de los lugares de trabajo como se ha previsto en los Lineamientos Generales. De ahí que en el numeral 7.2.7.1 de este documento, se haya establecido de forma expresa que la vigilancia de la salud de los trabajadores constituye una práctica necesaria, la cual debe efectuarse "(…) de forma permanente durante el tiempo que establezca el Ministerio de Salud".

de los siguientes profesionales: Ingeniero de Higiene y Seguridad Ocupacional, Profesional de la Salud o de Ingeniería con Especialidad en Seguridad y Salud Ocupacional, Licenciada en Enfermería con experiencia en Salud Ocupacional. Cfr. numeral 6.7.5 Documento Técnico: "Protocolos de Exámenes Médicos Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos Obligatorios por Actividad", aprobado por Resolución Ministerial 312-2011-MINSA

20 Cfr. numeral 6.7.2. del del Documento Técnico: "Protocolos de Exámenes Médicos Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos Obligatorios por Actividad", aprobado por Resolución Ministerial Nº 312-2011-MINSA, modificado por la Resolución Ministerial Nº 571-2014-MINSA.

21 Según el glosario de términos del RLSST, Accidente de Trabajo (AT) es: "Todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, y aun fuera del lugar y horas de trabajo". Por su parte, la enfermedad profesional (EP) ha sido definida como la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo relacionadas al trabajo.

22 El Congreso de la República, con fecha 24 de mayo de 2020, aprobó el Proyecto de Ley Nº 5098/2020-CR que incorpora al Covid-19 dentro del listado de enfermedades profesionales de los servidores de la salud. A la fecha de preparación del presente trabajo, el proyecto de ley se encuentra pendiente de promulgación u observación por parte del presidente de la República.

Así, la vigilancia de la salud de los trabajadores, en el contexto del Covid-19, pasaría a ser, a la vez, parte de las obligaciones del empleador en materia de monitoreo de los agentes biológicos que pueden estar presentes en el medio ambiente de trabajo. En efecto, el empleador está obligado a prever que la exposición a agentes biológicos en el centro de trabajo no genere daños en la salud de los trabajadores[23], de modo tal que estos cumplan sus funciones en condiciones y en un medio ambiente de trabajo[24] seguro y saludable.

La pandemia generada por el Covid-19 exige que se acentúe el cumplimiento del deber de prevención del empleador, maximizándose los esfuerzos en el control estricto del estado de salud de todos los trabajadores que retomen sus actividades presenciales, así como de aquellos que continúan laborando por estar vinculados a la prestación de servicios esenciales. De este modo, estimamos que los Lineamientos Generales aprobados por el MINSA han incorporado nuevos contenidos y/u obligaciones al deber general de prevención del empleador y, por ende, se trata de un deber de prevención reforzado[25].

III. La compleja relación entre la intimidad personal del trabajador y la prevención y control de Covid-19 en el lugar de trabajo

Los datos sobre el estado de salud de los trabajadores constituyen datos sensibles, conforme a lo señalado en las definiciones operativas previstas en la Ley de Protección de Datos Personales, Ley Nº 29733 (LPDP). Así, pues, cuando el trabajador remite la ficha de evaluación sintomatológica a su empleador está proporcionando información sensible sobre sus condiciones de salud y, de igual forma, sobre aspectos vinculados a su vida privada, dado que se requiere datos sobre algún posible contacto con personas que sean un caso confirmado de Covid-19.

23 Cfr. art. 56º de la LSST.

24 De acuerdo con el glosario de términos del RLSST, se entiende por condiciones y medio ambiente de trabajo a los elementos, agentes, o factores que tienen influencia en la generación de riesgos que afectan la seguridad y salud de los trabajadores, en los que se incluyen, la naturaleza, intensidades, concentraciones o niveles de presencia de los agentes biológicos existentes en el ambiente de trabajo.

25 No obstante, resulta contradictorio con este deber de prevención reforzado que, a través de la Resolución Ministerial Nº 283-2020-MINSA se haya modificado el punto 8.6 (sexta disposición complementaria de los Lineamientos Generales), al disponerse que durante la Emergencia Sanitaria por SARS-CoV-2, se reconozca de forma implícita que existen empresas públicas y privadas que hasta la fecha no han implementado un Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo. Estas empresas—infractoras de una obligación esencial en materia de SST—pueden optar por aplicar el Anexo 1 de los Lineamientos Generales (referidos a la presencia de profesionales de la salud) para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a Covid-19.

La misma calificación corresponde a los datos sobre la temperatura corporal de los trabajadores, la cual debe ser controlada al momento del ingreso y a la salida del centro de trabajo[26].

El trabajador, de igual manera, cumple un rol importante en la adopción de medidas de vigilancia, prevención y control de Covid-19 en el centro de trabajo. Todas las medidas de prevención y lineamientos que disponga el empleador formarán parte de las obligaciones específicas que los trabajadores deben cumplir en materia de SST. Para este efecto, debe recordarse que, conforme a lo dispuesto en la LSST, el trabajador está obligado a cumplir con las normas, reglamentos e instrucciones específicas en materia de SST; debe someterse a los exámenes médicos a que estén obligados por norma expresa, siempre que se garantice la confidencialidad de sus resultados; así como comunicar al empleador todo evento o situación que pueda poner en riesgo su seguridad y salud; entre otros[27].

En este contexto, se ha previsto que si el empleador identifica un caso sospechoso de padecer Covid-19, pero se trata de un trabajador de bajo riesgo, el empleador debe identificar los contactos en el domicilio de este y, al mismo tiempo, realizar un seguimiento clínico a distancia[28]. En caso el profesional de la salud del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo del empleador identifique a un trabajador con fiebre y que presente la sintomatología Covid-19, tiene que identificar a todas las personas con las que éste ha tenido contacto en el centro de trabajo[29].

De este modo, y como parte de las obligaciones específicas de los trabajadores para prevenir, controlar y vigilar la presencia de Covid-19 en el centro de trabajo,

26 Cfr. inciso 3 del punto 7.2.2.1 y 7.2.7.2 de los Lineamientos Generales. Para los casos de puestos de trabajo de muy alto riesgo de exposición a Covid-19, la medición de la temperatura se efectúa al inicio, a la mitad y al término de la jornada de trabajo, conforme a lo dispuesto en el numeral 7.2.7.5 de los Lineamientos Generales.

27 Art. 79º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley Nº 29783.

28 Cfr. inciso 4 del punto 7.2.2.2 de los Lineamientos Generales. Conforme a lo previsto en el literal n) del punto 6.1 del Documento Técnico "Prevención, Diagnóstico y Tratamiento de Personas afectadas por Covid-19 en el Perú, aprobado por Resolución Ministerial Nº 193-2020-MINSA, el seguimiento clínico a distancia comprende a las actividades realizadas mediante llamadas telefónicas, aplicativo virtual o página web para aquellos casos leves de asilamiento domiciliario, contactos en cuarentena, así como respecto de aquellos pacientes hospitalizados que han sido dado de alta.

29 Cfr. inciso 3º del punto 7.2.7.6 de los Lineamientos Generales. Conforme a lo previsto en el literal i) del punto 6.1 del Documento Técnico "Prevención, Diagnóstico y Tratamiento de Personas afectadas por Covid-19 en el Perú, aprobado por Resolución Ministerial Nº 193-2020-MINSA, por contacto directo se entiende a "[la] persona que se encuentra de forma continua en el mismo ambiente de un paciente confirmado de infección por COVID-19 (lugar de trabajo, aula, hogar, establecimientos penitenciarios, asilos, entre otros)".

el personal estará obligado a revelar la información sobre las personas con las que ha tenido en contacto en su domicilio; comunicar de forma inmediata a su empleador en caso presente algún tipo de indicio de la sintomatología Covid-19; someterse a las pruebas serológicas o moleculares de descarte de Covid-19; e, inclusive, reportar con qué personas ha tenido contacto dentro del centro de trabajo. En este último caso, de forma indirecta, el trabajador otorga su consentimiento para que el empleador ubique a los compañeros de trabajo con quienes ha tenido contacto y así rastrear o controlar una probable propagación del Covid-19 en el lugar de trabajo.

Ahora bien, a pesar de que nos encontramos ante una grave crisis sanitaria a nivel nacional, el derecho a la intimidad, la vida privada y la confidencialidad de los datos de sanitarios del trabajador no pueden quedar neutralizados o desprotegidos. En otras palabras, la pandemia generada por el Covid-19 justifica que exista, tanto por razones de salud pública y de garantizar la seguridad y salud en el trabajo, una mayor injerencia o intervención en la esfera privada o personal del trabajador, pero ello no debe significar que, de forma automática, estos derechos ya no deban respetarse y/o no ser garantizados por el empleador.

Ciertamente, en la Opinión Consultiva Nº 32-2020-JUS/DGTAIPD de fecha 5 de mayo de 2020, la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales ha recordado que el derecho a la protección de datos personales no es absoluto y, por ende, se ejerce armonizando el ejercicio de otros derechos, como correspondería en este caso garantizar el estado de salud de la comunidad o de las personas que comparten un mismo centro de trabajo. Por ende, esta autoridad reconoce que el empleador puede utilizar los datos personales de sus trabajadores relativos a su estado de salud para la adopción de medidas de prevención, vigilancia y control de Covid-19, al sustentarse en su deber de garante de la seguridad y salud de todas las personas que se encuentran en un mismo lugar de trabajo. Sin embargo, la referida autoridad hace expreso recordatorio que el empleador no ha quedado exonerado de cumplir con las obligaciones relativas al tratamiento y utilización de datos personales, por lo que los datos sensibles del personal solo pueden ser utilizados en caso estén directamente vinculados a la finalidad puntual de contener la propagación del virus y "(…) no extenderse a otras distintas, ni mantener datos personales por más tiempo del necesario para la finalidad para la que se recaban"[30].

30 Ver considerandos 17 a 38 de la en la Opinión Consultiva Nº 32-2020-JUS/DGTAIPD de fecha 5 de mayo de 2020.

En efecto, la información que recabe el empleador debe estar estrictamente vinculada a los objetivos de contención y prevención del Covid-19 en el lugar de trabajo, por lo que debe tener un absoluto y adecuado cuidado del manejo de esta para no incurrir o generar situaciones que puedan derivar en una estigmatización o discriminación en el trabajador afectado por Covid-19; o, inclusive, requerir información que resulte excesivamente invasiva a su esfera privada o intimidad personal. Por ejemplo, sería una invasión ilegítima al derecho a la vida privada e intimidad personal que el empleador exija a que, de forma adicional a la ficha de evaluación sintomatológica, el trabajador también deba revelar la identidad y ocupación de las personas que conviven con este en su domicilio, así como el detalle de sus actividades cuando no esté prestando servicios a favor de la empresa. De igual manera, se afectaría la confidencialidad de los datos relacionados al estado de salud, si el Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo del empleador revela la identidad del trabajador que padece Covid-19 a todos los trabajadores de un mismo centro de trabajo, a pesar de no haber tenido un contacto directo con este. Inclusive, en las situaciones de contacto directo, el empleador tendría que implementar mecanismos que combinen la adopción de medidas de prevención y una menor afectación a la confidencialidad e intimidad de su personal.

Por esta razón, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) recomienda que los empleadores no revelen las razones que motivan la licencia de un trabajador o si éste ha debido ejecutar su trabajo a distancia; inclusive, la OIT sugiere que, cuando existan trabajadores con un riesgo elevado a contacto con una persona infectada por Covid-19, el empleador tiene que notificarles dicho hecho, pero realizando esfuerzos suficientes para que la sola información que ha proporcionado no les permita identificar a la persona infectada[31]. El objetivo primordial de estas recomendaciones de la OIT consiste en prevenir situaciones de discriminación u acoso en lugar de trabajo en perjuicio de aquellos que pudieran haber contraído el Covid-19[32].

De igual manera, en la Declaración del Procesamiento de Datos Personales en el contexto del brote del Covid-19 de fecha 19 de marzo de 2020, la Autoridad Europea de Protección de Datos Personales (*European Data Protección Board*), se ha dispuesto que: (i) el empleador solo debe requerir aquella información que sea proporcional y relevante para la adopción de medidas de prevención en el lugar

31 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *"Cómo gestionar el lugar de trabajo durante la crisis del COVID-19: Una Guía para los Empleadores"*. Primera edición. GINEBRA: OIT, 2020, pág. 34.

32 Ídem, pág. 33.

de trabajo; (ii) los empleadores solo deben procesar información de la salud de sus trabajadores solo si así es requerido por las legislaciones locales; (iii) el empleador debe informar a los compañeros de trabajo sobre casos positivos de Covid-19 y de las medidas de prevención a adoptar, pero no debe comunicar mayor información de la que sea absolutamente necesaria; incluso si resulta necesario revelar la identidad del trabajador infectado, y así está permitido en la legislación local, el empleador debe comunicarse previamente con aquel e indicarle que su información será compartida y así proteger su integridad y dignidad.[33]

Por su parte, la Agencia Española de Protección de Datos ha reconocido que, incluso en este contexto de pandemia, la normativa sobre protección de datos personales se aplica en su integridad, pues esta permite garantizar y/o salvaguardar un derecho fundamental[34]. No obstante, dicha autoridad reconoce que los empleadores, conforme a lo dispuesto en la normativa de prevención de riesgos laborales, deberá tratar los datos sanitarios de sus trabajadores para garantizar la salud de todos sus trabajadores, incluyendo a aquellos otros trabajadores que no sean titulares de los datos recabados por el empleador, con el único objetivo de proteger la salud y evitar contagios al interior de los lugares de trabajo[35].

Vemos, pues, que tanto a nivel nacional como internacional se ha reafirmado la vigencia de la protección de la intimidad, privacidad y datos personales de los trabajadores; pero tal protección debe ejecutarse en armonía de la preservación de la seguridad y salud no solo del propio trabajador, sino también de sus compañeros de trabajo y de la comunidad en general. No obstante, se reafirma el principio finalista del tratamiento de estos datos, de modo tal que el empleador solo podrá utilizar aquella información que resulte absoluta y específicamente necesaria para prevenir y controlar la propagación del Covid-19 en el lugar de trabajo. La infracción a dicho principio podría dar lugar a intervenciones injustificadas en la esfera privada del trabajador.

33 COMISIÓN EUROPEA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. *"Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak".* En: http://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf 14/06/2020 17:28 horas

34 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Informe N/REF 0017/2020* de marzo de 2020. En: http://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf 14/06/2020 17:48 horas, pág. 1.

35 Idem, pág. 6.

IV. Hacia la "Nueva Convivencia Social en el Trabajo"

¿Cuáles serán las nuevas reglas de convivencia social en el trabajo? A continuación, algunos breves comentarios:

(i) Control de temperatura corporal.- Los trabajadores deberán someterse al control de temperatura al inicio y al término de su jornada de trabajo. La toma de la temperatura se encuentra bajo la responsabilidad del profesional de la salud del Servicio de Seguridad y Salud del empleador. Como parte de las obligaciones relativas a la protección de datos personales, y de conformidad con lo previsto en el artículo 18º de la LPDP, el trabajador deberá ser informado de la finalidad de obtener dicha información, vale decir, que la misma está vinculada a las medidas de vigilancia de la salud dispuestas por el MINSA y que tienen que ser ejecutadas por todos los empleadores. De igual manera, el empleador tendría que informar quienes serán los encargados del tratamiento de su información personal, a qué personas o áreas de la empresa se trasladará ésta y el tiempo que se conservará este dato.

En esta nueva convivencia social, el trabajador está obligado a permitir que el empleador conozca su temperatura corporal, como condición necesaria para que pueda prestar o realizar sus actividades presenciales en el centro de trabajo. No obstante, los Lineamientos Generales no han precisado si existirá un registro[36] al cual se deba trasladar la temperatura corporal del trabajador, por lo que, podrían presentarse situaciones en las que el empleador no podría acreditar que cumple con esta obligación ante eventuales fiscalizaciones de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL).

En otras latitudes, se han brindado recomendaciones para el control de la temperatura corporal, tanto para el ingreso a establecimientos comerciales, como a los centros de trabajo. Por ejemplo, en España—uno de los países europeos más golpeados por la pandemia—se han detallado cuáles son las obligaciones de los empleadores sobre este punto en particular, precisando que estos deben brindar la mayor información a su personal sobre el uso del dato personal, y que, al tratarse de una medida de prevención de riesgos

36 Cabe destacar que en la redacción original del numeral 7.2.7.3 de los Lineamientos Generales se estableció que "el profesional de la salud (…) es responsable que se realice, la toma y **registro** de la temperatura de cada trabajador". Esta disposición fue modificada por la Resolución Ministerial Nº 265-2020-MINSA, de modo que la redacción vigente dispone que "el profesional de la salud (…) es responsable de que se **realice**, la toma de la temperatura de cada trabajador".

laborales, el control debe ser ejecutado por personal cualificado[37]. Inclusive, la toma de temperatura para el ingreso a establecimientos comerciales a través de cámaras térmicas u otros instrumentos han sido calificados como una intervención intensa en la intimidad personal[38]. Análoga calificación podría corresponder a la instalación de una cámara térmica en el lugar de trabajo para verificar la temperatura corporal de todo el personal durante el cumplimiento de toda su jornada de trabajo.

(ii) Ficha de evaluación sintomatológica.- El trabajador debe reportar si en los últimos 14 días calendario previos a su reincorporación ha tenido síntomas de alza de temperatura, fiebre, tos, estornudos, dificultad para respirar, contacto con personas positivas a Covid-19, si está tomando alguna medicación, entre otros datos personales. Comentario particular merece la obligación de informar la medicación exacta que estuviera recibiendo algún trabajador. No toda medicación está relacionada a la sintomatología Covid-19, por lo que podrían presentarse casos que la revelación de la medicación podría conllevar que se traslade información al empleador sobre una condición particular de salud del trabajador que éste prefiere preservar de manera confidencial. Por ejemplo, si un trabajador presenta una enfermedad mental y viene recibiendo una medicación diaria, detallar esta información no necesariamente contribuiría a la prevención y control de Covid-19 en el centro de trabajo.

De igual manera, si el empleador decide añadir información adicional a la ficha de evaluación sintomatológica, tal información debe estar directamente vinculada a las medidas de prevención y control de Covid-19. En otras palabras, se tendría que justificar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de requerir una información que resulte más invasiva a la intimidad personal y vida privada de los trabajadores. Por ejemplo, exigir que se informe si el trabajador convive con una persona cuyas actividades implican un alto o muy alto nivel de exposición a Covid-19. Es notorio que en estos casos resultará de plena aplicación el *test* de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la intervención en el derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores.

37 HERRERO GIMÉMEZ, Rubén. *"Intimidad y nuevos escenarios del Covid-19: La toma de temperatura de los ciudadanos bajo duda de su legalidad"*. En: https://elcierredigital.com/investigacion/112537953/medicion-temperatura-ciudadanos-coronavirus-sospecha-legalidad.html 14/06/2020 19:10 horas.

38 "COVID-19: termómetros que vulneran la protección de datos". En: La Vanguardia digital: https://www.lavanguardia.com/seguros/20200512/481111611176/termemetros-proteccion-de-datos-privacidad-temperatura.html 14/06/2020 19:18 horas

(iii) Revelación del estado de salud a otros compañeros de trabajo.- Como hemos visto en el punto 3 del presente trabajo, las recomendaciones de la OIT están orientadas a que, de trasladarse información a otros compañeros de trabajo, a fin de rastrear adecuadamente posibles contagios de Covid-19, el empleador debe realizar sus máximos esfuerzos para ejecutar tal acción sin revelar la identidad específica del trabajador, salvo supuestos excepcionales. Este estándar internacional, como hemos visto, pretende prevenir situaciones de discriminación y estigmatización sobre aquel trabajador positivo a Covid-19.

De este modo, el empleador al momento de aplicar las pruebas serológicas o moleculares a los contactos directos del trabajador positivo a Covid-19, tendría que informar que esta acción concreta se ejecutará por haberse presentado un caso sospechoso o positivo a dicha enfermedad, cuidando de no proporcionar la identificación del trabajador. Esta no debería ser considerada una regla absoluta, puesto que pueden presentarse situaciones que sí demanden una plena identificación de la persona, en función a la gravedad de la situación o del brote que se evidencie en cada lugar de trabajo. Nuevamente, estos casos quedarán sujetos a un análisis de proporcionalidad y razonabilidad de la medida.

(iv) Sometimiento periódico a pruebas de descarte de Covid-19.- Las pruebas de descarte de Covid-19 (serológicas o moleculares) son obligatorias para los trabajadores que realizan actividades de mediano, alto o muy alto riesgo de exposición a esta enfermedad. Inclusive, la aplicación de estas pruebas para puestos de trabajo de baja exposición a Covid-19 resulta potestativa a la indicación que efectúe el profesional de la salud del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo del empleador[39]. Así, el trabajador que desempeña u ocupa un puesto de trabajo de bajo riesgo de exposición estará obligado a someterse a dicha prueba, por la sola prescripción del profesional de la salud. Más aún, la periodicidad de toma de estas pruebas no ha sido detallada en los Lineamientos Generales, por lo que ésta deberá ser definida por el profesional de la salud del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo.

De esta forma, en rigor, todos los trabajadores estarán obligados a someterse a las pruebas de descarte de Covid-19 en la oportunidad que defina el empleador, la cual constituirá un examen médico ocupacional indispensable para el desarrollo de las actividades presenciales en el centro de trabajo. El principio

39 Cfr. numeral 4 del punto 7.2.2.1 de los Lineamientos Generales.

de voluntariedad de los exámenes médicos ocupacionales[40] cederá ante el contexto de pandemia y la grave crisis sanitaria que afronta nuestro país. En efecto, como sostiene Max Mendel, en tiempos de pandemia la mayor recolección de información sobre el estado de salud de las personas resulta deseable desde una perspectiva de salud pública[41].

(v) Seguimiento a distancia diario al trabajador identificado como caso sospechoso.- El empleador, a través de su Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, deberá realizar un seguimiento clínico a distancia diario al trabajador identificado como sospechoso a la sintomatología Covid-19. Este seguimiento debe ser realizado por profesionales médicos cada 24 horas a todos los casos leves de Covid-19, con o sin factores de riesgo, tanto al trabajador como a sus contactos, el cual se ejecutará por un plazo de 14 días después del inicio de los síntomas[42].

El empleador ejecutará este monitoreo a través de llamadas telefónicas, aplicativos virtuales o mediante alguna página web o plataforma diseñada para este efecto. El objetivo de este monitoreo consiste en identificar signos de alarma, mantener un registro de contactos y que en estos se identifique signos y síntomas respiratorios[43]. Así, la información que se obtenga en este seguimiento diario deberá estar rigurosamente vinculada a dicha finalidad. De lo contrario, la función preventiva y vigilancia de la salud del trabajador podría quedar desvirtuada y se produciría una invasión injustificada a la intimidad y esfera privada del trabajador. Resultaría un exceso a la finalidad preventiva si se obliga al trabajador a activar el dispositivo GPS de su celular para monitorear e identificar cada uno de sus movimientos y traslados durante todo el plazo del seguimiento clínico a distancia.

Reflexión final

¿La adopción de medidas de prevención y control de Covid-19 en el centro de trabajo implican una completa y absoluta intervención del empleador en la

40 Para un mayor detalle sobre la configuración de este principio ver COSSIO PERALTA, André; op. cit, págs. 109 a 113.

41 MAX MENDEL, Clarissa Long. *"Privacy and Pandemics"*. En: Law in the Time of Covid-19. Columbia Law School https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?filename=12&article=1239&context=books&type=additional 2020, pág. 90.

42 Ver cita 29.

43 Cfr. literal c) del punto 7.12.1 del Documento Técnico "Prevención, Diagnóstico y Tratamiento de Personas afectadas por Covid-19 en el Perú, aprobado por Resolución Ministerial 193-2020-MINSA

intimidad personal o vida privada del trabajador? El acceso y tratamiento de los datos personales relativos a la salud de los trabajadores, reiteramos, deberá estar estrictamente vinculada a los fines de prevención y contención de posibles contagios de Covid-19 en el centro de trabajo. El empleador no ha quedado exonerado de sus obligaciones relativas a la confidencialidad y protección de los datos personales relativos a la salud de sus trabajadores. Por ende, el tratamiento deberá ejecutarse en absoluto respeto a dichas obligaciones, con el objeto de evitar intervenciones excesivas en la esfera privada del trabajador e, incluso, prevenir situaciones de discriminación y estigmatización sobre trabajadores que hayan dado positivos a Covid-19.

Bibliografía

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Informe N/REF 0017/2020* de marzo de 2020. En: http://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf 14/06/2020 17:48 horas.

COSSIO PERALTA, André Jorge. *"El Derecho a la Intimidad en la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores"*. Lima: Jurista Editores, 2018, 170 págs.

COMISIÓN EUROPEA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. *"Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak"*. En: http://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf 14/06/2020 17:28 horas.

HERRERO GIMÉMEZ, Rubén. *"Intimidad y nuevos escenarios del Covid-19: La toma de temperatura de los ciudadanos bajo duda de su legalidad"*. En: https://elcierredigital.com/investigacion/112537953/medicion-temperatura-ciudadanos-coronavirus-sospecha-legalidad.html 14/06/2020 19:10 horas.

MAX MENDEL, Clarissa Long. *"Privacy and Pandemics"*. En: Law in the Time of Covid-19. Columbia Law School https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?filename=12&article=1239&context=books&type=additional 2020, págs. 89 – 98.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *"Cómo gestionar el lugar de trabajo durante la crisis del COVID-19: Una Guía para los Empleadores"*. Primera edición. GINEBRA: OIT, 2020, 37 págs.

"COVID-19: termómetros que vulneran la protección de datos". En: La Vanguardia digital: https://www.lavanguardia.com/seguros/20200512/481111611176/termemetros-proteccion-de-datos-privacidad-temperatura.html 14/06/2020 19:18 horas.

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Esta contribución es posible gracias al esfuerzo de la delegación Peruana de Jóvenes Juristas -subsección americana- de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – SIDTySS, quien ha elaborado, con autores de delegaciones de Chile y Colombia, un estudio comparativo de las medidas normativas en seguridad y salud en el trabajo que se han adoptado en los países respectivos.*

CHILE
Ma. Soledad Jofré Bustos**

¿El Gobierno ha promulgado alguna nueva ley o normativa que regule las obligaciones de los empleadores sobre salud mental de los trabajadores en el contexto Covid 19?

En el mes de mayo del año en curso, la Superintendencia de Seguridad Social, emitió el documento "Covid 19: Directrices para una salud mental en los trabajadores/as", que establece orientaciones en la materia siguiendo los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud, y que señala que la salud mental es una materia que se incluye en el deber de protección del empleador regulado en el código del trabajo. Las directrices se enfocan en el temor al contagio, y a la necesaria información que deben tener los trabajadores sobre las medidas de seguridad en el trabajo.

¿El Gobierno ha promulgado alguna nueva ley o normativa que regule las obligaciones de los empleadores cuando los trabajadores realizan trabajo en casa (trabajo remoto) en materia de seguridad y salud en el trabajo?

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

** Abogada y Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Investigadora Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Talca, Centrass. majofre@utalca.cl

Si bien en Chile se permitía el trabajo remoto ya que lo reconocía el código del trabajo a propósito de los trabajadores que se encontraban excluidos de la limitación de jornada de trabajo, no existía regulación específica sobre la materia. Sin embargo, el 1 de abril de este año comenzó a regir la Ley N° 21.220, que modificó el código regulando expresamente el trabajo a distancia y el teletrabajo. Dicha ley y particularmente su reglamento del 3 de julio de 2020, regulan las materias de salud y seguridad de los trabajadores que presten servicios bajo dichas modalidades, estableciendo obligaciones específicas para los empleadores debiendo proporcionar todos los elementos de protección personal a los trabajadores, además tiene la obligación de comunicar los riesgos y las medidas de prevención que correspondan, entre otras obligaciones en particular.

¿El Gobierno ha promulgado alguna nueva ley o normativa que regule las obligaciones de los empleadores cuando los empleados realizan trabajo presencial en la empresa en materia de seguridad y salud en el trabajo **durante la pandemia?**

El código del trabajo establece el deber de protección del empleador, quien debe tomar todas las medidas necesarias para cuidar la vida y la salud de los trabajadores, que demás se apoya en la Ley 16.744 que regula el seguro de accidentes y enfermedades profesionales. En el contexto de covid 19, la Dirección del Trabajo emitió el Dictamen N° 1116/04 de 6 de marzo 2020, que "fija criterios y orientaciones sobre el impacto laboral de una emergencia sanitaria", y luego fue complementado por el dictamen N° 1239/05 de 19 de marzo. En dichos pronunciamientos se reitera que es deber el empleador cuidar la salud de los trabajadores, y en dicho sentido debe entregar información efectiva para la prevención y contención del virus, y adoptar todas las medidas para poder cumplir los protocolos e instrucciones de la autoridad sanitaria, entre las cuales se destacan fomentar el correcto lavado de manos, reforzar aseo de los lugares de trabajo, orientaciones para guardar distancia en espacios comunes.

COLOMBIA

Ricardo Barona Betancourt*

¿El Gobierno ha promulgado alguna nueva ley o normativa que regule las obligaciones de los empleadores sobre salud mental de los trabajadores en el contexto Covid 19?

El Ministerio del Trabajo, en la Resolución 666 del 24 de abril de 2020, sobre salud mental, manifestó, que las empresas deben buscar la asesoría y acompañamiento de su Administradora de Riesgos Laborales (en adelante, ARL) para atender las necesidades de salud mental de los trabajadores, incluidos los casos de aislamiento social o trabajo en casa.

¿El Gobierno ha promulgado alguna nueva ley o normativa que regule las obligaciones de los empleadores cuando los trabajadores realizan trabajo en casa (trabajo remoto) en materia de seguridad y salud en el trabajo?

El Ministerio del Trabajo profirió la Circular 41 del 2 de junio del 2020, donde se señalaron los siguientes aspectos sobre la seguridad y salud en el trabajo, en los casos de trabajo en casa o trabajo remoto:

1. El empleador debe incluir el trabajo en casa en su metodología para la identificación, evaluación, valoración y control de peligros y riesgos de la empresa, adoptando las acciones necesarias según su Plan de Trabajo anual del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo.
2. El empleador debe notificar a la ARL sobre la ejecución temporal del trabajo en casa, indicando condiciones de tiempo, modo y lugar.
3. Las ARL incluirán al trabajo en casa en sus actividades de promoción y prevención y suministrarán soporte al empleador sobre pausas activas virtuales.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamerica de la Universidad de Alcalá (España). Magister en Derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos de la Universidad San Carlos de Guatemala. Docente de la Universidad Externado de Colombia. Socio de Barona Llanos Abogados Consultoreres S.A.S. Correo electrónico: ricardo.b@baronallanos.org

4. Las ARL enviarán recomendaciones sobre postura y ubicación de elementos de trabajo.
5. El empleador debe retroalimentar constantemente a los trabajadores sobre las dificultades para el desarrollo de su labor y las posibles soluciones.
6. El empleador debe realizar un seguimiento a sus trabajadores en relación con su salud y recomendaciones de autocuidado para prevenir el Covid.19, atendiendo los protocolos expedidos para ello.
7. Los trabajadores deben cumplir en casa las normas, reglamentos e instrucciones de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo de la empresa, así como suministrar información al empleador sobre cualquier cambio de su estado de salud que afecte o pueda afectar su capacidad de trabajar o la de los otros trabajadores o el empleador.
8. Es deber de los trabajadores participar en la prevención de los riesgos laborales mediante los comités paritarios de seguridad y salud en el trabajo, o como vigías ocupacionales; reportar accidentes de trabajo, y participar en actividades virtuales de salud y prevención del empleador o la ARL, cumpliendo con las obligaciones del artículo 222 del Decreto 1295 de 1994.

9. El empleador debe dar a conocer a los trabajadores los mecanismos de comunicación para reportar cualquier novedad derivada del desempeño del trabajo en casa. También deben instruir a los trabajadores sobre el reporte de accidentes o incidentes de trabajo.
10. Las ARL deben ajustar los reportes de presuntos accidentes de trabajo o Furat, incluyendo la posibilidad de reporte de accidentes de trabajo sucedidos en la ejecución del trabajo en casa.
11. El Comité de Convivencia Laboral debe facilitar el reporte de quejas por parte de los trabajadores.

¿El Gobierno ha promulgado alguna nueva ley o normativa que regule las obligaciones de los empleadores cuando los empleados realizan trabajo presencial en la empresa en materia de seguridad y salud en el trabajo durante la pandemia?

El Ministerio del Trabajo, profirió la Resolución 666 del 24 de abril de 2020, donde se establecieron las principales obligaciones y responsabilidades del empleador o contratante, en materia de seguridad y salud en el trabajo, en los casos de trabajo presencial:

1. Adoptar, adaptar e implementar las normas contenidas en esta resolución.
2. Capacitar a sus trabajadores y contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios o de obra las medidas indicadas en este protocolo.
3. Implementar las acciones que permitan garantizar la continuidad de las actividades y la protección integral de los trabajadores, contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios o de obra, y demás personas que estén presentes en las instalaciones o lugares de trabajo
4. Adoptar medidas de control administrativo para la reducción de la exposición, tales como la flexibilización de turnos y horarios de trabajo, asi como propiciar el trabajo remoto o trabajo en casa.
5. Reportar a la Entidad promotora de salud o EPS y a la ARL correspondiente los casos sospechosos y confirmados de COVID-19.
6. Incorporar en los canales oficiales de comunicación y puntos de atención establecidos la información relacionada con la prevención, propagación y atención del COV1D-19 con el fin de darla a conocer a sus trabajadores, contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios o de obra y comunidad en general.
7. Apoyarse en la ARL en materia de identificación, valoración del riesgo y en conjunto con las EPS en lo relacionado con las actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad.
8. Solicitar la asistencia y asesoría técnica de la ARL para verificar medidas y acciones adoptadas a sus diferentes actividades.
9. Proveer a los empleados los elementos de protección personal que deban utilizarse para el cumplimiento de las actividades laborales que desarrolle para el empleador.
10. Promover ante sus trabajadores y contratistas, que tengan celulares inteligentes el uso de la aplicación "*CoronApp*"[1] para registrar en ella su estado de salud.

1 Ante la pandemia del Covid-19, el Gobierno colombiano decidió recurrir a la tecnología y a la innovación para salvar la mayor cantidad de vidas posibles, por eso, junto al Instituto Nacional de Salud (INS) crearon la aplicación CoronApp Colombia.
Esta aplicación es una de las fuentes de datos para la toma de decisiones del estado.

PERÚ

Fiorella P. Peyrone Villacorta*

¿El Gobierno ha promulgado alguna nueva ley o normativa que regule las obligaciones de los empleadores sobre salud mental de los trabajadores en el contexto Covid 19?

Desde el año 2019 nuestro país cuenta con una Ley sobre Salud Mental y mediante su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2020-SA se ha establecido medidas concretas y obligaciones para todo empleador, con respecto a medidas de promoción de salud mental y prevención de dichos riesgos, que contempla la obligación de implementar programas diversos que promuevan estilos de vida saludable y prevención[2].

La norma promulgada al respecto en el contexto generado por la Pandemia del Covid 19, es la Resolución Ministerial N° 448-2020-MINSA, que contiene los Lineamientos para la Vigilancia, Prevención y Control de la salud de los trabajadores ante COVID-19 contempla disposiciones con respecto a la salud mental. Así, señala que debe existir vigilancia ante exposición a factores de riesgo psicosocial. De igual manera, se estipula que el Plan de Vigilancia del empleador debe contener medidas de salud mental para conservar un adecuado clima laboral. Como señala Silvia Rebaza[3], esta mención resulta positiva, dado que no solo

* Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo. Egresada de la Maestría en Derecho de Trabajo y Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada fundadora de la Sección Peruana de Jóvenes Juristas perteneciente a la Sección Americana de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Correo: fpeyronev@pucp.pe

2 En el artículo 14° de dicha norma se estableció que las instituciones públicas y privadas deberán realizar actividades de carácter preventivo en relación con los riesgos que afectan a sus trabajadores. Dentro de las medidas señaladas por la norma se encuentra la gestión de un plan y programa continuos de cuidado del personal, que incluye de manera específica implementar los siguientes programas: (a) Programa que promueva nutrición y alimentación saludable que fomente el uso razonable y saludable de expendedores de bebidas y alimentos; (b) Programa de actividad física, con tiempo flexible para la actividad física individual y colectiva; (c) Actividades socioculturales y deportivas; (d) Gimnasia laboral y cuidados ergonómicos; (e) Acceso a servicios sociales y de salud; (f) Programa de reconocimientos y logros que mejoren el bienestar y empoderen al personal; (g) Estrategias institucionales para el manejo y flexibilidad del tiempo, según necesidades temporales y de emergencias personales, contextualizadas a cada institución y/o territorio; (h) Programas para promover el autocuidado, el buen trato y una vida libre de violencia; (i) Programas de abordaje del agotamiento profesional, que incluya detección, prevención, atención y monitoreo; (j) Capacitación laboral en competencias socioemocionales; (k) Seguimiento y evaluación de las actividades.

3 Disponible en: https://polemos.pe/prevencion-de-riesgos-psicosociales-y-promocion-de-la-sa-

se exige a las empresas el contemplar medidas concretas de vigilancia de factores de riesgo psicosocial y promoción de la salud mental de forma general, sino que también de forma específica durante la coyuntura, lo cual deberá ser también cumplido por todo empleador mientras el personal realiza trabajo remoto.

¿El Gobierno ha promulgado alguna nueva ley o normativa que regule las obligaciones de los empleadores cuando los trabajadores realizan trabajo en casa (trabajo remoto) en materia de seguridad y salud en el trabajo?

En el Perú contábamos con regulación sobre trabajo en domicilio y teletrabajo[4], durante la Pandemia del Covid 19, mediante el Decreto de Urgencia N° 026-2020, se crea la figura del "trabajo remoto", aquel que se caracteriza por la prestación de servicios subordinada con la presencia física del trabajador en su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario, utilizando cualquier medio o mecanismo que posibilite realizar las labores fuera del centro de trabajo, siempre que la naturaleza de las labores lo permita. Al respecto, incluso se ha establecido que dentro de los equipos y medios para desarrollar el trabajo remoto se incluyen a las TIC´s, así como los de cualquier otra naturaleza que resulten necesarios para la prestación de los servicios.

Se aprecia que en la definición del trabajo remoto se encuentra involucrada la figura del trabajador a domicilio y además del teletrabajador, esto es, debido a que se permite que el trabajador realice sus labores en su domicilio mediante cualquier medio o mecanismo que le posibilite realizar su trabajo, lo cual incluye equipos o herramientas y además a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos; no obstante, existe un vacío respecto de la regulación de la prevención de los riesgos laborales en el trabajo remoto.

lud-mental-durante-trabajo-remoto-por-coyuntura-covid-19/

4 Mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR, se encuentra regulado el trabajo a domicilio, que es aquel que se ejecuta, habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por este, sin supervisión directa e inmediata del empleador. Conforme se aprecia, la norma estaría pensada para los trabajadores que realizan trabajos de manufactura de prendas, trabajo artesanal, entre otros. Asimismo, contamos con la Ley N° 30036 y con el Decreto Supremo N° 017-2015-TR, que regulan el teletrabajo, considerando a aquel trabajo subordinado de labores sin la presencia física del trabajador en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores. Se precisa que en su regulación se han considerado una serie de mecanismos específicos a fin de garantizar la seguridad y salud de los teletrabajadores.

¿El Gobierno ha promulgado alguna nueva ley o normativa que regule las obligaciones de los empleadores cuando los empleados realizan trabajo presencial en la empresa en materia de seguridad y salud en el trabajo **durante el Covid 19?**

La Ley N° 28783, Ley de seguridad y salud en el trabajo y su reglamento y normas especiales, establece el deber de protección del empleador, quien debe tomar todas las medidas necesarias para promover la cultura de prevención de riesgos laborales en el país y la vigilancia de los factores del medio ambiente de trabajo (incluido los factores de riesgo biológicos como los virus) y de las prácticas de trabajo que puedan afectar a la salud de los trabajadores.

En el contexto de Covid 19, el Ministerio de Salud emitió la Resolución Ministerial N° 448-2020-MINSA, que contiene los Lineamientos para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores ante COVID-19. En dicha norma se reitera que es deber el empleador cuidar la salud de los trabajadores, y en dicho sentido debe entregar información efectiva para la prevención y contención del virus Sars Cov 2 generador de la enfermedad Covid 10, y adoptar todas las medidas para poder cumplir los protocolos e instrucciones de la autoridad sanitaria, entre las cuales se destacan fomentar el correcto lavado de manos, limpieza, la vigilancia de la salud con profesionales de la salud, orientaciones para guardar distancia en espacios comunes, entre otros.

Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Laborem

N.º 23/2020

SEGURIDAD SOCIAL

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SITUACIÓN ACTUAL Y NECESIDAD DE REFORMA DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO*

Leopoldo Gamarra Vílchez**

En este artículo, examinamos el proceso de la privatización de las pensiones en los 90 y la reversión al sector público en los 2000 a través de reformas profundas y otras parciales en el sistema privado de pensiones en el contexto latinoamericano; asimismo, se analiza la situación actual y la necesidad de reforma del sistema de pensiones en el Perú, para ello se parte de un diagnóstico y de las causas del fracaso del modelo del seguro contributivo. Terminamos planteando algunas medidas estructurales como la creación de un sistema multipilar de acuerdo con el Convenio 102 de la OIT.

Sumario: 1. Introducción**. 2.** El contexto latinoamericano: el *péndulo* de la privatización de los 90 a la reversión al sector público en los 2000. 2.1. La reforma total con la reversión del sistema privado al público. 2.2. La reforma parcial con cambios en el sistema privado de pensiones. **3.** La reforma necesaria y estructural del sistema de pensiones en el Perú. 3.1. La realidad del sistema de seguro de pensiones. 3.2. Causas del fracaso del modelo del seguro contributivo de pensiones.3.3. Propuesta de reforma: crear un sistema multipilar de pensiones. **4.** A modo de conclusión. 5.Referencia bibliográfica.

Palabras clave: Pensiones, seguro contributivo, sistema multipilar, reforma tributaria, seguridad social.

* Este artículo fue presentado como ponencia al IX Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social; pero, por un duende informático no llegó a su destino para ser publicado como tal. Ahora, gracias a Luis Mendoza director de la Revista de la SPDTSS, se publica en este número.

** Coordinador de la maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, miembro investigador del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT) de la Universidad Alcalá de España.
Contacto: leopoldo.gamarra@edu.uah.es

Abstract: In this article, we examine the process of the privatization of pensions in the 90s and the reversion to the public sector in the 2000s through profound and other partial reforms in the private pension system in the Latin American context; Likewise, the current situation and the need for reform of the pension system in Peru are analyzed, for this we start from a diagnosis and the causes of the failure of the contributory insurance model. We ended up proposing some structural measures such as the creation of a multipillar system in accordance with ILO Convention 102.

Key Words: Pensions, contributory insurance, multipillar system, tax reform, social security.

1. Introducción

En estos últimos meses en el Perú, tenemos varias medidas legales para tratar de paliar los problemas económicos que nos afectan por el covid-19: miles de personas han perdido su empleo y muchos reclaman el retiro de sus aportes que tienen en el sistema de pensiones; esto nos obliga a buscar alternativas frente a estos problemas concretos. En ese sentido, es importante el quehacer académico; por ello, agradezco muy especialmente a Luis Mendoza, director de la revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, por invitarme a participar en este número de la revista.

En el presente artículo analizamos la situación actual y la necesidad de reformar el sistema de pensiones en el Perú en el contexto latinoamericano. Lo hacemos en tres apartados: el primero, tiene el propósito de examinar la situación de la privatización del seguro social de pensiones en América Latina, destacamos algunos de los factores que tuvieron un impacto decisivo para su implementación; asimismo, en el punto dos, se analiza la situación actual y la necesidad de reforma del sistema de pensiones en el Perú, para ello se parte de un diagnóstico y de las causas del fracaso del modelo del seguro contributivo dual. Finalmente, desarrollamos la propuesta de algunas medidas estructurales como la creación de un sistema multipilar de acuerdo con el Convenio 102 de la OIT.

2. El contexto latinoamericano: el *péndulo* de la privatización de los 90 a la reversión al sector público en los 2000

La reforma de las pensiones en América Latina, en las tres últimas décadas, podemos denominarla el *péndulo*[1] que comprende la privatización en los 90 y la

1 La palabra péndulo proviene del latín *pendulus* que se traduce como algo "pendiente" que oscila por

reversión al sector público en los 2000; así, el concepto del péndulo puede ayudar a entender esa oscilación por distintas fuerzas económicas y sociales.

Los efectos de la privatización del seguro social en pensiones, en casi todos los países de América Latina[2], agudizaron los problemas como la segmentación en las pensiones y el costo en las prestaciones de pensiones. Esto llevó en los años 2000 a cambios profundos en dos sentidos: i) reforma total con la reversión del sistema privado al público, y ii) reformas parciales, pero importantes que afectaron al sistema privado de pensiones. Veamos.

2.1. La reforma total con la reversión del sistema privado al público

A lo largo del período de 1990 al 2000 de implementación del sistema privado de pensiones se demostró que existen riesgos estructurales de funcionamiento:

i) No pueden garantizar una tasa de reemplazo fija al momento de hacerse efectivo "como pensión", puesto que su valor final depende de la capitalización individual[3];

ii) Muchas empresas dejan de cotizar para dedicar los fondos de sus trabajadores a otros fines más rentables (hay muchos ejemplos);

iii) Muchos fondos en las AFP, para hacerlos más rentables, son inversiones muy arriesgadas.

En resumen, la rentabilidad de los fondos privados no está asegurada, puesto que depende de los mercados de valores que por definición no tienen nada que ver con fines sociales y dependen del contexto económico financiero[4]. Con un

la acción de distintas fuerzas y que ayuda a medir el paso del tiempo. Simbólicamente consideramos que nos puede ayudar a entender los acontecimientos o fenómenos sociales demostrando sus oscilaciones o retornos a un mismo hecho después de cambiar su esencia. En el sentido de la utilidad del término, se conoce el péndulo de Newton, para demostrar cómo se conserva la energía; el péndulo de Foucault, para demostrar la rotación de nuestro planeta; y el péndulo de Charpy, para demostrar la tenacidad de los materiales.

2 Aunque el proceso también se presentó en otros lugares como en Europa Oriental y en algunos países de lo que fue la Unión Soviética.

3 Esto afecta, evidentemente a los trabajadores con menos ingresos porque cotizan menos o también puede ser afectado por la inflación continuamente.

4 Concepto contrario al seguro social que un trabajador deposite parte de sus ingresos a un fondo que gestionará una empresa privada y esta invierte ese dinero en el mercado financiero de acuerdo con sus propios criterios, buscando en todo momento revalorizarlo a través de procedimientos riesgosos y especulativos, obteniendo ganancias con dichas operaciones y en algunos casos afectando la finali-

proceso lento, 18 países del mundo, 13 de Europa Oriental y la antigua Unión Soviética y 5 de América Latina revirtieron las privatizaciones; es decir, el 60 por ciento de los países que habían privatizado las pensiones revirtieron el proceso y comenzaron a volver a los sistemas públicos.

Tenemos en general, según la OIT (Durán Fabio: 2018), a "Venezuela (2000), Ecuador (2002), Nicaragua (2005), Bulgaria (2007), Argentina (2008), Eslovaquia (2008), Estonia, Letonia y Lituania (2009), Bolivia (2009), Hungría (2010), Croacia y Macedonia (2011), Polonia (2011), Federación de Rusia (2012), Kazajstán (2013), República Checa (2016) y Rumania (2017)". Específicamente, en América Latina tenemos hasta hoy cinco países, como se puede observar en el siguiente cuadro 1, que han realizado la reversión del sistema privado de pensiones al público[5].

Cuadro 1
Países que han realizado la reversión del sistema privado al público

País	Ley	Año	Características
Venezuela	Ley orgánica	2000	Seguro social integral
Ecuador		2002	Seguro social
Argentina	Ley 26425	2008	Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA).
Bolivia	Ley 065	2010	Sistema Integral de Pensiones
Nicaragua	D.P. 06	2019	Sistema de seguro social

Fuente: elaboración propia con distintos datos de cada país.

De los cinco países, tenemos como uno de los más emblemáticos lo sucedido en Argentina que en el 2008 eliminó el sistema privado y creo a través de la Ley 26425 el Sistema Integrado Previsional Argentino[6] ; así mismo, en Bolivia el 2010 se sancionó la Ley 065 que creó Sistema Integral de Pensiones de carácter público.

dad del fondo de pensiones.

5 La realidad demostró que el Estado moderno es garante del bienestar de los ciudadanos, lo que no puede dejarse en manos de empresas privadas. Sin embargo, deben mejorar algunos aspectos, por supuesto, de la seguridad social, de eso no cabe duda. Ningún sistema de Seguridad Social en América Latina o en el mundo ha podido subsistir o tener buenos beneficios sin tres elementos: una doctrina con conceptos, principios y teorías concordantes que sustenten una política social; el tema de la transparencia y la difusión. Son temas elementos muy importantes que sustentan los sistemas de protección social como es la Seguridad Social (los tres tienen una concordancia y una correspondencia intrínseca).

6 En efecto, en el 2008 en plena crisis económica Argentina tomó la decisión de volver al sistema público. La decisión, primero del Poder Ejecutivo, fue ratificada por unanimidad en ambas cámaras del Poder Legislativo, fue la eliminación del sistema, el traspaso de los beneficiarios del régimen

2.2.La reforma parcial con cambios en el sistema privado de pensiones

Como señalamos, muchos países luego de pasar por la experiencia de la privatización del seguro de pensiones y al estar en un nuevo contexto político, económico y social, comenzaron a realizar cambios y modificaciones importantes en cuanto a la regulación del sistema privado de pensiones, incluso como en Chile la situación se tornó en impopular con marchas en contra de la privatización.

En los años 2000 varios países volvieron a reformar parcialmente sus sistemas de pensiones privado; así, tenemos en el siguiente cuadro 2.

Cuadro 2
Países que han realizado cambios importantes al sistema privado de pensiones

País	Ley	Año	Características
Colombia	Ley 797	2003	Se modifican los requisitos de edad y del número de cotizaciones.
Chile	Ley 20255	2006 y 2008	Sistema de pensiones solidarias de vejez e invalidez "pilar solidario".
Perú	Ley 27617 Ley 30425	01/01/2002 21/3/ 2016	Creó el régimen temporal de Jubilación Adelantada, el 2018 se hizo permanente. Se faculta a los afiliados de las AFP retirar, hasta el 95.5. % de su fondo.

Fuente: elaboración propia con distintos datos de cada país.

Estos cambios se deben, entre otras razones, como señala la OIT (Durán Fabio: 2018), "a los elevados costos fiscales de la privatización, la disminución o el estancamiento de la cobertura y los niveles de las prestaciones, los altísimos costos administrativos, el traslado de los riesgos económicos y financieros a los individuos, lo que los exponía a pensiones cada vez más bajas, y la falta de beneficios tangibles para el desarrollo nacional. La privatización de las pensiones no estaba proporcionando seguridad de ingresos a la mayoría de las personas adultas mayores; por el contrario, los niveles de prestaciones se deterioraron, lo que dio lugar al aumento de las desigualdades de género y de ingresos".

Así, Colombia en el 2003 modificó la Ley 100 mediante Ley 797 que en su artículo 9 señala que para la pensión de jubilación es necesario cumplir cincuenta y cinco (55) años si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. Y que a partir del 1 de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años

de capitalización al régimen público y, obviamente, también el traspaso de los afiliados al régimen público.

para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre; asimismo, es necesario haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Por otro lado, en el debate actual sobre la reforma de las pensiones, hay un acuerdo sobre la ampliación de los programas no contributivo existentes: "Colombia Mayor" y "Beneficios Económicos Periódicos", y la idea también es eliminar la dualidad del sistema paralelo actual[7].

La reforma en Chile se inició el 2006, en plena crisis económica internacional porque el sistema no funcionó como se esperaba, a tal punto que, en marzo de 2008, el Congreso, por unanimidad realizó cambios y otros ajustes mediante la Ley 20255, manteniendo el sistema de capitalización individual, como la "pensión básica". Entonces, ¿cuáles fueron los aspectos relevantes de la reforma previsional? Esta reforma conserva como base el modelo de las cuentas individuales, pero se fortalece el tema de la solidaridad, se introdujo incentivos y se amplió la cobertura de cotizantes y beneficiarios; también, una mayor integración y coordinación interinstitucional; y, un aumento de los incentivos para la cotización y el ahorro. Actualmente en Chile existe la propuesta de retorno al sistema público que lleva años de debate y se encuentra en este momento en el Senado de la República[8].

En el caso del Perú, en los últimos meses del 2008, con la crisis financiera internacional que afectó principalmente a la Bolsa de Valores - escenario inversor de los fondos de los afiliados a las AFP- lo que tuvo un gran impacto en el discurso boyante y de confianza, casi absoluta, en el mercado financiero, se produjo una ostensible disminución del valor de la cartera administrada por las AFP. En efecto, de 64,294 millones de nuevos soles se pasó a 49,652 millones de nuevos soles, lo que significó una pérdida de 14,642 millones de nuevos soles.

La contundencia de las cifras citadas llevó a la presentación de iniciativas legislativa, las mismas que han buscado conjugar la crítica al sistema privado y

7 Esta propuesta es generalmente aceptada, dada su insostenibilidad económica y política; sin embargo, las opiniones difieren en cuanto a si el componente contributivo debe basarse en un sistema público o en cuentas individuales privadas. Un sector aboga por el cierre del sistema privado de ahorro individual, considerado por algunos sectores como un mal negocio para el Estado y para los individuos, que beneficia sólo a las administradoras de los fondos de pensiones. Mientras que el otro sector promueve la eliminación del sistema de beneficio definido, avanzando hacia un sistema de varios pilares, con cuentas individuales gestionadas de forma privada como primer pilar obligatorio.

8 La reforma importante de pensiones en Chile, que se realizó entre el 2006 y el 2008, tuvo como base aspectos relacionados con la cobertura y adecuación de beneficios, como la caída en la cobertura del esquema contributivo. Con la privatización se pensaba que iba a permitir incrementar la cobertura, porque los individuos al tener una cuenta individual les iban a hacer mucho más atractivo afiliarse al sistema. Esto no ha pasado en ningún país donde se ha aplicado una reforma de este tipo y no pasó en Chile; más bien, había una tendencia hacia estancamiento o reducción de la cobertura contributiva.

la concreción de propuestas alternativas. Temas como la nulidad de la afiliación al SPP[9], la reversibilidad de la afiliación al Régimen Privado[10], la devolución de aportes[11], la representación de los trabajadores en el Directorio de las AFP[12], la participación de entidades del sistema bancario o la comisión cobrada por la Administración de los Fondos de Pensiones[13], se han traducido en propuestas legislativas cuyos temas son retomados cada cierto tiempo.

3. La reforma necesaria y estructural del sistema de pensiones en el Perú

Dada la gravedad del sistema contributivo de pensiones en el Perú se necesita una reforma estructural que debe partir de la realidad de estos últimos años.

3.1. La realidad del sistema de seguro de pensiones

Al analizar el seguro de pensiones debemos tener en cuenta tres variables: i) la cobertura de los aportantes y de los beneficiarios, ii) los beneficios otorgados en cuanto a cantidad y calidad; y, iii) la sostenibilidad financiera. En el caso de nuestro país es importante tener en cuenta que la cobertura es limitada tanto en el sistema público como en el privado, esto se debe básicamente al grado de informalidad que tenemos en el empleo; así, de la PEA en el SNP no pasa del 26.5 % y en el SPP del 40 %, según el cuadro 3.

9 Proyecto de Ley 326/2000-CR, de 6 de setiembre de 2000, que adiciona al artículo 51 del Título V del Compendio de Normas de la Superintendencia la causal de nulidad de afiliación al SPP, cuando el promotor de la AFP no proporcionó suficiente información al afiliado.

10 Proyecto de Ley 0435/2001-CR, de 23 de agosto de 2001, que propone el establecimiento de la reversibilidad de afiliación del Sistema Privado de Pensiones al Sistema Nacional de Pensiones con carácter excepcional.

11 Proyecto de Ley 02847/2002-CR, de 14 de mayo de 2002, que propone la devolución de aportes a solicitud de los afiliados hasta un máximo de 60 aportaciones en el SSP.

12 Proyecto de Ley 04192/2002-CR, de 14 de octubre de 2002, que propone disponer la elección de representantes de los trabajadores ante el Directorio de las AFP.

13 Proyecto de Ley 08332/2003-CR, de 25 de setiembre de 2003, que propone la participación de entidades del sistema bancario, financiero y de seguros dentro del SPP. Así también, plantea la modificación del artículo 24 del TUO del SPP relativo a la forma de determinar la comisión cobrada por la administración de fondos, estableciendo una comisión del 1% de la remuneración asegurable del afiliado.

Cuadro 3
Ratios de cobertura en los sistemas de pensiones (en %)

Sistema	Indicadores	2014	2015	2016	2017	2018
SNP	Afiliados/PEA	24.4	25.8	26.2	26.4	26.5
	Cotizantes/PEA	9.6	9.9	9.6	9.3	9.2
	Pensionistas/Pob 65+	25.9	25.7	25.5	25.1	24.7
SPP	Afiliados/PEA	34.9	36.1	37.1	38.4	40.2
	Cotizantes/PEA	15.4	15.7	15.3	17.3	17.3
	Pensionistas/Pob 65+	7.3	7.9	7.8	7.8	7.8
Total	Afiliados/PEA	59.3	61.9	63.3	64.7	66.7
	Cotizantes/PEA	25	25.6	25	26.6	26.5
	Pensionistas/Pob 65+	33.2	33.6	33.3	32.9	32.5

Fuente: MEF, con datos del INEI, ONP, SBS.

El sistema contributivo público es conocido como el sistema nacional de pensiones (SNP) normado por el Decreto Ley 19990 del 24 de abril de 1973, actualmente a cargo de la ONP, beneficia a los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, a los obreros y servidores públicos. Comprende tres prestaciones: las pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivientes, sobresaliendo la primera. Es un sistema de reparto en donde los trabajadores activos constituyen un fondo pensionario común que en el diseño original debería financiar sus futuras pensiones; es decir, asumiendo el otorgamiento de prestaciones fijas, sobre contribuciones no-definidas, en valor suficiente para que la aportación colectiva de los trabajadores financie las pensiones[14].

El derecho a la pensión de jubilación se determina sobre la base de los criterios de la edad del trabajador (65 años) y sus años de aporte (20 años como mínimo), la tasa de aporte es del 13% de la remuneración pensionable y está a cargo del trabajador, las pensiones se rigen por topes: con un mínimo (S/. 500) y un máximo (S/. 893) de pensiones[15].

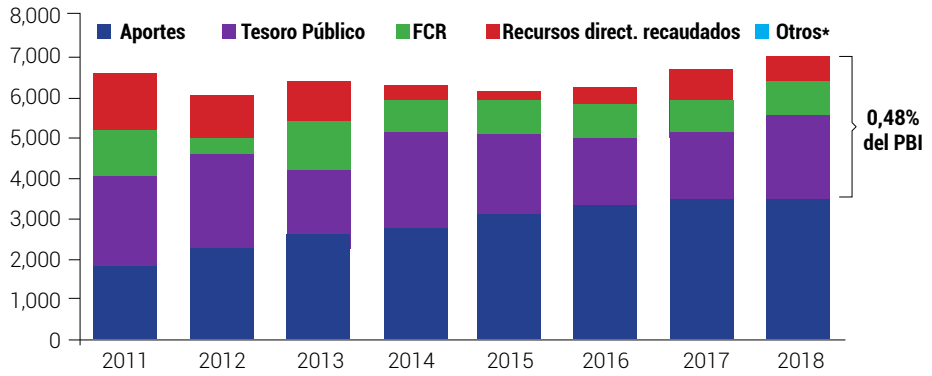
14 Al respecto, ver: Banco Central de Reserva del Perú, "Regímenes de Pensiones a cargo del Estado"; Sub gerencia del Sector Público, Departamento de Análisis del Sector Público, 14 de Julio de 2003; www.bcrp.gob.pe; y, "Los Sistemas de Pensiones en el Perú" Ministerio de Economía y Finanzas, Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales, Mayo 2004. También el estudio importante es el "Informe sobre los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y otros a cargo del Estado de la Comisión Especial encargada del Estudio de los Regímenes Pensionarios por el D.S. 003-2001-TR del 15 de Julio de 2001".

15 Existe un régimen de jubilación adelantada: edad (55 hombres y 50 mujeres) y aporte (20 años mínimo) al que se pueden acoger los despedidos por reducción o cese colectivo; en este caso la pensión base se reduce en 4 % por cada año de adelanto respecto de la edad de jubilación.

Los cambios normativos están referidos a los montos de las pensiones máxima y mínima, al cálculo de la remuneración de referencia, tasa de reemplazo y al requisito de los años de aportación para acceder a los beneficios de la jubilación[16]. El principal problema es el financiamiento, las pensiones proceden fundamentalmente de los recursos ordinarios; es decir de impuestos generales, porque el porcentaje de los aportes al fondo como contribuciones no cubre totalmente el gasto de las prestaciones; es decir, las prestaciones sociales al beneficiario no dependen de sus aportes proporcionalmente como un impuesto sobre la planilla. Aunque la cifra de inscritos en el SNP del DL 19990 es algo más de cuatro millones de trabajadores que supera en 40 % al 2011, registrando con ello un crecimiento promedio anual de 11%. Pero lo realmente relevante es el presupuesto del sistema según las fuentes, como se puede observar en el gráfico.

Gráfico 1

Presupuesto institucional de la ONP según fuente, 2011-2018
(millones de S/)



*/ Decreto Ley N.º 18846, Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), alicuotas de ENATA, EMSAL, saldos de balance y otros.
Fuente: Memoria Institucional ONP 2011-2018.

Otro tema de cuestionamiento al sistema público[17]: los problemas derivados de haber relajado criterios razonables de incorporación con normas especiales que alteran las proporciones de suma de aportes y planilla de pensiones, y por tanto la creciente importancia de los impuestos generales para financiar las planillas.

16 Principales modificaciones: Decreto Ley 20604 (07/05/74); Decreto Ley 25967 (19/12/92); Ley 27615 (01/01/02); Ley 28071 (04/09/03); Ley 28678 (02/02/06); Ley 28991 (27/03/07); Ley 29451 (20/11/09) y la Ley 29711 (18/06/11). Aunque hace unos meses existe el Dictamen aprobado en el Congreso para el retiro del 100 % del SNP.

17 Ver: "Regímenes de Pensiones a cargo del Estado", www.bcrp.gob.pe; e "Informe sobre los Regímenes Previsionales de los DL 19990 y 20530 y otros a cargo del Estado". Comisión Especial encargada del Estudio de los Regímenes Pensionarios (D.S. 003-2001-TR); 15 de Julio de 2001".

En cuanto al sistema contributivo privado de pensiones, el papel que ha cumplido en el Perú como dinamizador de la actividad económica y mecanismo de ahorro

Por otro lado, el sistema privado de pensiones (SPP) ha cumplido un importante rol a nivel macroeconómico; sin embargo, no viene cumpliendo con igual eficacia los objetivos esperados de un sistema previsional, específicamente la ampliación de la cobertura y la generación de pensiones adecuadas. Sin embargo, existen determinados cuestionamientos[18]; así tenemos sobre las tendencias que operan en la economía corren en círculo perverso, pues si bien tenemos un relativo "envejecimiento en la población", al mismo tiempo tenemos una reducción en el empleo formal que aporta a los esquemas previsionales[19].

Por tanto, se mezclan y combinan, diversos factores: menores contribuciones previsionales (por la vía de aporte directo o por impuestos recaudados), porciones del ingreso (ahorro previsional) que en sistemas de capitalización individual no lograron el monto necesario para pensión mínima; mayores presiones a la caja fiscal para cumplir obligaciones previsionales de planilla, redención de bonos de reconocimiento y prácticamente inexistentes programas de atención para la tercera edad, bajo la línea de pobreza.

Bajo estas circunstancias, el SPP creó duda y escepticismo en la población sobre la participación de la empresa privada, y en muchos beneficiarios la convicción de que los problemas sociales como la seguridad social deben ser asumidos con responsabilidad tripartita del Estado, empleador y trabajador[20]. Lo peor fueron los cambios en los años 2000. En efecto, con el objeto de hacer más eficiente el desempeño del SPP fue fundamental realizar cambios en su implementación para el beneficio de los afiliados.

18 En general sobre este tema las fuentes importantes son la diversa documentación publicada en su página web por el BCR; el estudio de Eduardo Morón y Eliana Carranza "Diez años del Sistema Privado de Pensiones, avances, retos y reformas 1993-2003" CIUP 2003. También Jorge Rojas "El Sistema Privado de Pensiones y su Rol en la Economía Peruana" www.consorcio.org; y Jorge Paz y Rafael Ugaz "Análisis del Sistema Privado de Pensiones desde un enfoque de Costos Hundidos" CIES, www.consorcio.org.

19 Sobre el tema demográfico se debe ver Aramburu y Mendoza "La Población Peruana Perspectivas y Retos" en Economía y Sociedad 50, noviembre 2003, CIES; y sobre las tendencias de informalización y avance de la temporalidad en el mercado laboral ver la sistematización de diversas fuentes para Lima, citadas en la exposición "Barreras Microeconómicas al crecimiento", de Luke Haggarty, Banco Mundial, abril 2004 en el BCRP (www.bcrp.gob.pe).

20 Sobre la responsabilidad tripartita en seguridad social, ver el trabajo de Alfonso Barrada Rodríguez y Bernardo Gonzalo González, *La financiación de la protección social en España a propósito del Pacto de Toledo,* CES, Madrid, junio 1997.

De este modo se aprobaron distintas medidas como la jubilación anticipada para que un afiliado pueda jubilarse antes de los 65 años siempre y cuando haya acumulado en su Cuenta Individual de Capitalización la cantidad suficiente para obtener una pensión, bajo la modalidad de Retiro Programado, igual o superior al 50% del promedio de los ingresos percibidos y rentas declaradas en los últimos diez años.

Sin embargo, los dos cambios importantes que atentan al sistema privado se aprobaron posteriormente: la Ley 27617 del 01/01/2002 creó temporalmente el Régimen Especial de Jubilación Anticipada para desempleados en el SPP[21], que el 2018 con la Ley 30425 se hizo permanente. Y con la Ley 30425 del 21 de abril de 2016 se faculta a los afiliados de las AFP retirar, a partir de 65 años, hasta el 95.5. % de su fondo que puede ser parcial o total hasta completar el máximo correspondiente, con lo cual en la práctica se cierra el SPP. "Esta medida podría considerarse como un paso hacia la desaparición definitiva del sistema privado de cuentas individuales", según la OIT (Durán Fabio: 2018),

Finalmente, con los Decretos de Urgencia 026-2020 del 15 de marzo, 029-2020 del 20 de marzo, 034-2020 del 1 de abril y el 038-2020 del 14 de abril 2020, se establecen el retiro del fondo de pensiones del SPP para mitigar los efectos del Covid-19; también se promulgó por insistencia del Congreso la Ley 31017 del 31 de abril 2020 que aprobó el retiro de 25 % de sus fondos; incluso ahora se debate en el Congreso la posibilidad del retiro del 100 %, con lo cual de aprobarse se estaría cerrando en la práctica el SSP.

3.2.Causas del fracaso del modelo del seguro contributivo de pensiones

Con la vigencia del seguro contributivo público y privado de pensiones, actualmente tenemos dos problemas principales, que afectan seriamente el modelo dual o paralelo de pensiones: i) el financiamiento en el sistema público que procede fundamentalmente de los recursos ordinarios; es decir, de impuestos generales;

21 Es un esquema temporal que proporciona condiciones de jubilación más flexibles para los trabajadores afiliados al SPP que se encuentren en situación de desempleo por un periodo igual o mayor a 12 meses consecutivos e ininterrumpidos. Deben tener por lo menos 55 años cumplidos y estar desempleado por lo menos 12 meses antes de solicitar la pensión. Su pensión debe ser mayor o igual al 30% del promedio de las últimas 60 remuneraciones (5 años), debidamente actualizadas por el Índice de Precios al Consumidor, o una pensión no menor a un monto equivalente a dos Remuneraciones Mínimas Vitales.

ii) el costo administrativo, las bajas pensiones y en la práctica el cierre del sistema privado con las medidas últimas del Congreso.

En el primer caso, el problema se hizo estructural con la implementación del sistema privado de pensiones; es decir, el Estado tomó medidas radicales para cerrar en la práctica el sistema público, medidas como el requisito del aporte de 20 años como mínimo para la jubilación y el tope de pensión máxima (tope hacia arriba) que generaron el traslado masivo de los aportantes con mayor recurso del público al sistema privado porque en este último no existen dichos requisitos.

De acuerdo con el Informe de la Comisión de Protección Social (2017) seis de cada 10 afiliados al SNP no recibirían pensión por no tener 20 años de aporte; es decir, aproximadamente 2,8 millones de afiliados del SNP no recibirían pensión (de 4,6 millones de afiliados en el año 2018), los afiliados que no completan aportes durante 20 años[22]. Estas cifras son corroboradas por el estudio del Banco Interamericano de Desarrollo (2015) que estima una densidad de contribución de 30 por ciento en el SNP.

En efecto, el Decreto Ley 19990, que regula el sistema público de pensiones, tuvo que ser modificado para favorecer expresamente al sistema privado, con las dos medidas mencionadas[23]. Así, por Decreto Ley 25967 del 7 de diciembre de 1992, se establecieron: "Artículo 1°. - Ningún asegurado de los distintos regímenes pensionarios que administra el Instituto Peruano de Seguridad Social, podrá obtener el goce de pensión de jubilación, si no acredita haber efectuado aportaciones por un periodo no menor de veinte años …". (El subrayado es nuestro). "Artículo 3°. - La pensión máxima mensual que abonará el Instituto Peruano de Seguridad Social, por cualquiera de los regímenes pensionarios que administra, no podrá ser mayor de SEISCIENTOS Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 600.00) …". (El subrayado es nuestro).

El primer artículo generó muchos problemas a los futuros jubilados en el sistema público que no llegan a cumplir el requisito de veinte años de aportes, incluso existen muchos casos que solo le faltaba algunos meses o semanas o días y se quedaron sin pensión. El efecto, además del malestar en los aportantes, fue la observación el 2007 de la Comisión de Expertos de la OIT para la aplicación de

22 El tope máximo, según el Convenio 102 de la OIT, es de 15 años de aportes para recibir pensión.

23 Además, con el artículo 7 del Decreto Ley 25967, se crea la Oficina Nacional de Normalización Previsional (ONP) que sustituyó al Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) que regulaba las dos prestaciones importantes (salud y pensiones del seguro social), con la ONP se separa esta función para ser exclusivamente competente solo en pensiones.

los convenios y recomendaciones, que es el principal órgano de control de la OIT, dirigida al Perú respecto del cumplimiento del Convenio 102.

Dicha observación, fue relativa al cumplimiento del artículo 29 del Convenio en tanto que los sistemas de seguridad social deben garantizar una pensión, aunque sea parcial a las personas que hayan cotizado un mínimo de 15 años. La comisión de expertos tomó nota de que en el sistema peruano de no contar con 20 años de cotizaciones no se le reconoce una pensión. Entonces, la comisión solicitó al Estado peruano que modifique su legislación para dar cumplimiento del artículo 29 del convenio y así asegurar que a partir de los 15 años de cotizaciones se tenga el derecho a una pensión. También la observación fue relativa a la cuestión de la participación de los asegurados en los sistemas de pensiones[24].

Hasta estos días, ninguna de estas observaciones realizadas por la Comisión de Expertos de la OIT hechas al Estado peruano se han levantado para cumplir con el Convenio 102; incluso, respecto a la participación de los beneficiarios, el gobierno peruano indicó que la imposición de medios de participación podría constituir una violación al derecho a la propiedad privada.

En realidad, en el proceso de privatización se aprobaron medidas legales para cerrar prácticamente el sistema público; posteriormente sucedió lo mismo con el sistema privado[25]. Se aprobaron leyes que atentaron su objetivo primigenio del Decreto Ley 25897 que creó el sistema privado de pensiones, con normas para el retiro de porcentajes importantes para otros fines como la compra de inmuebles o el pago de créditos hipotecarios; pero, lo último y definitivo, que en la práctica constituye el fracaso del sistema privado, fue el retiro del 95.5% de los fondos a través de la Ley 30425 que fue modificada por la Ley 30478[26].

En efecto, consideramos grave el impacto de la ley mencionada porque en la práctica se cierra el sistema privado de pensiones en la medida que permite que las

24 Esto porque uno de los principios básicos del Convenio 102, aplicable a todos los sistemas de seguridad social, es que de alguna manera debe existir un mecanismo que permita que los asegurados estén por lo menos consultados en las decisiones relativas en los sistemas de pensiones y de salud.

25 A este proceso o comportamiento del Estado de favorecer al sistema privado en su momento y luego, en la práctica cerrarla, como se hizo con el sistema público, le he denominado *el péndulo de la seguridad social* que expresa la oscilación de los sistemas por distintas razones o fuerzas coyunturales.

26 El error técnico fue haber aprobado inicialmente el retiro del 95.5 % (Ley 30425) sin considerar que el beneficiario quedaría sin seguro de salud; por ello, se precisó con la Ley 30478: "El monto equivalente al 4.5% restante de la CIC de aportes obligatorios, deberá ser retenido y transferido por la AFP directamente a Essalud en un período máximo de 30 días a la entrega señalada en el párrafo anterior, para garantizar el acceso a las mismas prestaciones y beneficios del asegurado regular del régimen contributivo de la seguridad social en salud señalado en la Ley 26790…" (Art. 3).

personas pierdan, como consecuencia del retiro casi total de su fondo, el derecho de contar con una pensión. Como muy bien señala el BCR "(…) las leyes que permiten el retiro de fondos han generado que el SPP deje de funcionar plenamente como sistema de pensiones" [27] (El subrayado es nuestro).

A pesar de que en la ley se establece que "el afiliado que ejerza esta opción no tendrá derecho a ningún beneficio de garantía estatal", cuando la persona requiere de una protección especial, como la vejez, es en ese momento que recae en el Estado la obligación de resolver estas dificultades económicas futuras, que puedan causarle impedimento a la personas de cubrir sus necesidades básicas y las de su familia, a través del uso de la recaudación tributaria de todos porque según el Convenio 102 de la OIT, es el Estado el último garante en materia de seguridad social en un país que ha suscrito y ratificado dicho convenio, como el Perú.

Se afecta totalmente el sentido de lo que significa el seguro social de pensiones, puesto que se parte del concepto de la falta de cultura previsional de los trabajadores que tienen derecho a esta prestación[28]. Es decir, cuando el supuesto jubilado retire el 99.5% de lo aportado tendrá que asumir personalmente los riesgos de lo que hará al disponer del fondo, decidirá en qué gastar el dinero (por experiencia conocemos que se gastan en todo menos en conservar el carácter pensionario del fondo).

También decíamos que el fracaso del sistema privado de pensiones se debe al problema estructural de las bajas pensiones, en muchos casos ni siquiera se llega al monto mínimo que otorga el sistema público con el que presuntamente se puede garantizar la sobrevivencia de una persona. Es decir, en el sistema privado nunca se implementó la pensión mínima, con lo cual no se le niega al beneficiario acceder a una pensión, pero puede ser una pensión muy reducida o insignificante que dependerá del monto acumulado[29].

27 Exposición "Consideraciones para una reforma del sistema de pensiones" del Banco Central de Reserva del Perú ante la Comisión especial multipartidaria encargada de evaluar, diseñar y proponer el proyecto de ley para la reforma integral del sistema previsional peruano del Congreso de la República, del 3 de julio de 2020.

28 El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el Expediente 0050-2004-PI/TC, considera que el derecho a la pensión está constituido por tres elementos esenciales: el derecho de acceso a la pensión, a no ser privado arbitrariamente de ella y el derecho a una pensión mínima vital.

29 A manera de ejemplo podemos calcular que un trabajador con sueldo mínimo o ganando 1000 soles mensuales y con un acumulado de 20 años más intereses tendría aproximadamente 50,000 soles de fondo, por lo que al cumplir 65 años recibiría de jubilación S/ 120 soles aproximadamente (equivalente a treinta euros).

Ese hecho que es común para muchos jubilados del sistema privado de pensiones afecta el objetivo por el que fue creado y la oferta planteada desde sus inicios: "la provisión de pensiones dignas, adecuadas para las personas, cuando estas se jubilen, no haciendo distinción en la población económica activa y contando con todas las garantías de control y transparencia". Además, se incumple la segunda observación hecha por Comisión de Expertos de la OIT para la aplicación de los convenios y recomendaciones, que es el principal órgano de control de la OIT, dirigida al Perú respecto del cumplimiento del Convenio 102. Fue el hecho de que en el sistema privado de pensiones no existe la posibilidad de conocer de antemano el monto de las pensiones. Y en virtud del convenio, debe existir tal claridad, que en el sistema privado de pensiones depende de la rentabilidad de las inversiones de las AFP y por ello no puede haber tal condición.

En todo caso, de todas formas, las pensiones del sistema privado por lo menos deben cumplir con la cuantía mínima fijada en los artículos 65 y 66 del Convenio 102[30]**.** Por tanto, el mecanismo de mercado no se destina a decidir lo que es bueno para la colectividad y tampoco a garantizar los derechos fundamentales, considerando que busca la maximización de los lucros individuales y no la realización de los planes de vida, valiosos libremente elegidos por cada persona. Las decisiones del modo de convivencia colectiva caben a la propia sociedad de forma democrática, a través de las instituciones políticas y jurídicas del Estado.

3.3.Propuesta de reforma: crear un sistema multipilar de pensiones

Ante la realidad mencionada, nuestra propuesta es crear un sistema multipilar de pensiones: un piso mínimo social no contributivo, un segundo semicontributivo público obligatorio y luego un contributivo público obligatorio. Lo importante de esta propuesta concreta es que está en concordancia con el Convenio 102 y la Recomendación 202 de la OIT que ha suscrito y ratificado[31].

En esa línea, los objetivos concretos son:

30 En efecto, el artículo 66 fija que por lo menos se debe garantizar el 40% del salario de un trabajador no calificado. Entonces, el Estado debe velar que las pensiones del sistema privado cumplan con ese mínimo.

31 Incluso el Banco Mundial, que fue la institución que divulgó la privatización, ha matizado sus propuestas iniciales a la vista de los efectos perversos y negativos que ha producido en los países en los que se ha llevado a cabo la privatización de las pensiones del seguro social.

i) Construir un sistema de pensiones único e integrado: en el sentido de que el sistema es para todos los trabajadores sean dependientes e independientes, porque los tres pilares se complementarían entre sí;

ii) Ampliar la cobertura del sistema a través de un pilar básico y universal y del pilar de cuenta de semi-contributivo de los trabajadores autónomos, a lo que sería el otro pilar público contributivo obligatorio;

iii) Reducir los costos del sistema a través de economías de escala, la reducción de costos innecesarios y una participación más efectiva del Estado en cuanto a los servicios de administración.

Se propone que el pilar básico se diseñe para que cubra a todas las personas mayores de 65 años en pobreza y tienda a la universalidad. Los resultados del Programa Pensión 65 muestran mejoras en el bienestar de los usuarios en los siguientes aspectos[32]: "mejoró su salud emocional al disminuir su nivel de depresión en 9%, incrementó su sensación de contribución económica en el hogar en 12% y autovaloración en 7%, los hogares con un usuario incrementaron su consumo en un promedio de 40% …"[33]. Pero, es necesario mejorar algunos aspectos administrativos[34].

Por otro lado, el 86% de trabajadores independientes entre 18 y 65 años no está afiliado a ningún sistema previsional; por ello, es crucial porque permitiría incluirlos en el sistema de pensiones. Ahí, se plantea que sea semicontributivo con incentivos para el ahorro previsional de trabajadores independientes, y así superar también el grave problema de la informalidad. Un sistema de prestaciones semicontributivo de pensiones para los trabajadores independientes, que agrupa al mayor porcentaje de la población trabajadora, pero también reporta el mayor porcentaje de informalidad.

32 El 19 de octubre de 2011, con el Decreto Supremo 081-2011-PCM se creó el Programa Nacional de Asistencia Solidaria "Pensión 65", como un régimen previsional (asistencial) no contributivo que otorga una prestación básica mensual a favor de los adultos en condición de extrema pobreza a partir de los 65 años.

33 Exposición "Situación del Programa pensión 65" del Ministerio de desarrollo e inclusión social del Perú ante la Comisión especial multipartidaria encargada de evaluar, diseñar y proponer el proyecto de ley para la reforma integral del sistema previsional peruano del Congreso de la República, del 3 de julio de 2020.

34 Como: (i) focalizar geográficamente a los beneficiaros, (ii) actualizar permanentemente la información del padrón general de los beneficiarios y (iii) realizar mecanismos especiales para detectar filtraciones.

Entonces, se establecería la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores independientes a un régimen de pensiones, estableciendo beneficios como: tasas de aporte escalonadas, que se incrementarán o reducirán según la edad e ingresos del afiliado; prestaciones de salud complementarias, en base a capas de cobertura simple; deducción de los aportes del Impuesto a la Renta; etc. Se trata de implementar programas de premios o estímulo a la cotización continua, en los cuales el Estado se comprometa a aportar en la cuenta del asegurado que ha realizado -por ejemplo- un aporte ininterrumpido de dos o tres años, pagando "un sol adicional por cada sol cotizado", sujeto a un máximo en montos y duración.

Tomando como referencia la propuesta del BBVA[35], para los trabajadores independientes con ingresos iguales o menores a una RMV. Los incentivos ayudarían a superar la experiencia del intento frustrado que hubo sobre la implementación del aporte previsional obligatorio de los trabajadores independientes[36].

Con la propuesta del pilar 2 semicontributivo, se podría superar el problema más serio y difícil que es la informalidad de la actividad económica, en donde los trabajadores fuera de la ley no cotizan a ningún seguro y, por lo tanto, no se contribuye al desarrollo del sistema de pensiones. Como hemos señalado, los ingresos necesarios para financiar las pensiones vienen de las cotizaciones sociales de los trabajadores en general, que podrán proporcionar una mayor recaudación cuanto más empleo haya en la economía. Por eso es muy importante que el empleo formal sea fomentado y garantizado por el Estado. Si de la PEA solo cotizaran el 90 %, tendríamos más de quince millones de trabajadoras pagando impuestos y cotizando para una verdadera Seguridad Social.

Las medidas propuestas contribuirían a mejorar el sistema actual, pero no son suficientes para alcanzar pensiones adecuadas para todos nuestros ciudadanos. "Se requiere realizar reformas estructurales que permitan formalizar la economía y ele-

35 Noelia Bernal et lat, *Una mirada al Sistema Peruano de Pensiones. Diagnóstico y propuestas*. Lima, BBVA, 2008, p. 113-116.

36 En efecto, la Ley 29903 del 19 de julio del 2012, en su artículo 8 establecía la obligación del trabajador independiente a la afiliación a un sistema pensionario, debiendo optar entre el SNP o el SPP; y, el artículo 9 establecía la tasa de aporte obligatorio para los trabajadores independientes que perciban ingresos mensuales mayores a 1,5 de la Remuneración Mínima Vital. Sin embargo, a través de la Ley 30237 de setiembre del 2014 se derogó los artículos 8 y 9 de la Ley 29903 con la finalidad de eliminar el aporte previsional obligatorio, restableciendo el aporte libre y voluntario de los trabajadores independientes al sistema de pensiones (Informe Laboral de AELE, "*Multa Paucis*: Jubilación para locadores un retroceso más", Vol. XXVIII, N° 332, setiembre 2013, p.1).

var la productividad de nuestros ciudadanos. Estas reformas permitirían ampliar la cobertura del sistema y elevar las pensiones"[37].

Por eso, una vía fundamental para garantizar el futuro de las pensiones es acabar con la informalidad laboral que se encuentran incluso dentro de las empresas formales. Y para ello es preciso fomentar y mejorar la administración tributaria para que no sean solamente los trabajadores que se encuentran en las planillas los que coticen para la existencia del seguro social. La integración de todos los trabajadores en el mercado de trabajo formal, con una sola ley general del trabajo, como veremos más adelante, debe ser un objetivo e inversión pública de gran importancia y una estrategia fundamental para garantizar el futuro de las pensiones públicas.

Con la informalidad el Estado y toda la sociedad renuncian a una gran fuente de ingresos.

Finalmente, el planteamiento de implementar un pilar contributivo obligatorio supone el retorno al sistema público y el cierre del sistema privado de pensiones[38]. De esta forma, se solucionaría el problema del sistema público que es el gasto del Estado en cubrir las deficiencias de un sistema contributivo dual para el financiamiento necesario a través del aporte de cada trabajador y empleador para tener un seguro de jubilación. También se solucionaría, técnicamente los "fondos de pensiones privados" que no son tales, son simplemente el ahorro acumulado del trabajador a lo largo de su vida[39].

En todo caso, eso dependerá del sueldo que recibe y del trabajo continuo en un escenario de sueldos bajos e inestabilidad en el empleo. La crisis económica actual demuestra esta situación: no solo la inseguridad económica, sino que se

37 Exposición "Consideraciones para una reforma del sistema de pensiones" del Banco Central de Reserva del Perú ante la Comisión especial multipartidaria encargada de evaluar, diseñar y proponer el proyecto de ley para la reforma integral del sistema previsional peruano del Congreso de la República, del 3 de julio de 2020.

38 En el sistema de capitalización, el criterio es la rentabilidad de las empresas administradoras de pensiones, independientemente del beneficio que ello supusiese al pensionista. En la crisis del 2008 hemos podido constatar como estas empresas antepusieron sus intereses a las de sus aportantes, práctica generalizada y que adquiere dimensiones dramáticas en situaciones como la actual de la pandemia del coronavirus.

39 En sentido estricto, la pensión que alguien percibe luego de una determinada edad es resultado de lo que ha invertido (ahorrado), incluyendo los rendimientos capitalizados a lo largo de su vida. En el sistema de capitalización individual, se fijan las prestaciones sobre el saldo final disponible en la cuenta individual, como una forma de organizar el ahorro, cuando las personas capitalizan aportaciones y rendimientos sobre ellas para financiar sus pensiones de jubilación; es lo que tenemos como un sistema de capitalización individual.

renuncia a los mecanismos de solidaridad intergeneracional que permitirían alcanzar más estabilidad económica, mayor bienestar y lazos sociales más fraternos y humanos.

Admitiendo una administración con los cambios señalados lograríamos financieramente cubrir los gastos necesarios para una pensión o tasa de retorno justo y digno. En tanto, utilizando los aportes de todos los trabajadores en una caja única y que las pensiones dependan proporcionalmente de los aportes tanto progresivamente desde un período mínimo hasta un máximo en el tiempo; y, para ello, se debe utilizar el cálculo actuarial. Con ello, se desbarataría la afirmación que las aportaciones realizadas por un afiliado resultan insuficientes para cubrir las pensiones que se le otorgan, claro bajo las reglas existentes**.**

Podemos señalar, dos ventajas frente al sistema privado de pensiones: i) se transfieren rentas de períodos de actividad laboral hacia los períodos de no actividad, ya que las pensiones que los beneficiarios reciben son generadas en los períodos de actividad; ii) la existencia fáctica de la redistribución intergeneracional, los beneficiarios son normalmente personas mayores que ya no pueden trabajar, pero tienen sus pensiones gracias a los jóvenes (generaciones posteriores a los mayores) que aportan por estar en actividad laboral.

Estos dos elementos permiten y aseguran la existencia del seguro social contributivo a largo plazo sin que pueda ser afectado por falta de liquidez o crisis económica porque los recursos son generados por el propio sistema para cubrir los tres riesgos de las pensiones. De esta manera se alcanza un equilibrio financiero entre los aportes de los trabajadores y el pago de las prestaciones; sin embargo, ese equilibrio o no, depende de muchos factores fundamentalmente de la cantidad y cumplimiento de los aportantes.

4. A modo de conclusión

Podemos señalar algunas ideas, a manera de conclusión, influenciado por "el espíritu del tiempo"[40]: tras el fracaso del sistema contributivo dual de las pensiones en el Perú, con más de 30 años de aplicación, la realidad se ha vuelto a imponer[41].

40 Traducción de la expresión alemana *Zeitgeist,* muy utilizada por los profesores y los sociólogos, que no es otra cosa que la empatía con la coyuntura, buscando atrapar eufemísticamente el espíritu del tiempo.

41 Al respecto, es interesante el reciente trabajo de Van Veen que desarrolla una visión general del comportamiento de la teoría macroeconómica en los últimos 40 años, bajo el sugestivo título ¿Han

También hemos reseñado los problemas centrales que enfrenta el seguro social en América Latina en cuanto a las insuficiencias como sistema contributivo y los intentos de un modelo privado que han llevado a problemas sociales de insatisfacción de los afiliados y beneficiarios, simplemente porque dicho modelo no es adecuado en los términos como se viene implementando.

Es indudable que superar ese fracaso requiere voluntad política y mucho esfuerzo del Estado y la ciudadanía; en esa dimensión, las políticas estructurales son fundamentales. Por ello, consideramos cuatro requisitos para que funcione nuestra propuesta de un sistema multipilar de pensiones de acuerdo con el Convenio 102 y la Recomendación 202 de la OIT: i) proporcionalidad entre los aportes y las pensiones; ii) una estructura de empleo amplia y formal; iii) una buena administración institucionalizada que sea eficiente y eficaz; iv) una cultura previsional de los trabajadores y una adecuada participación como veedores.

De estos cuatro requisitos, el segundo es imprescindible: se necesita la capacidad de generar actividad económica sostenible con empleo amplio y formal, con buenos ingresos y mejor distribuidos. Los altos niveles de desempleo, especialmente en la población más joven y en el de larga duración, reducen la cantidad de ingresos en el sistema de pensiones porque los desempleados no pueden cotizar; es decir, lo que hace peligrar todo sistema contributivo es la falta de empleo, el empleo precario, los salarios bajos, la desigualdad económica, la especulación financiera, la informalidad en el trabajo, el incumplimiento del Estado, también el mal comportamiento de la gestión tanto administrativa como financiera.

5. Referencia bibliográfica

BANCO MUNDIAL, *Informe sobre el envejecimiento sin crisis*, Washington. Informe sobre el desarrollo mundial, Washington 1995.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Desarrollo más allá de la economía, Informe del Progreso Económico y Social en América Latina*, Washington D.C., 2000.

perdido los modelos macroeconómicos su conexión con la realidad económica? El enfoque se centra en las principales líneas de pensamiento y la historia detrás de los modelos más que en los detalles matemáticos de estos modelos. Sostiene que las crisis han sido el principal motor de los cambios en la teoría macroeconómica y que los debates actuales después serán el comienzo de un enfoque más plural de la macroeconomía y, en particular, de la relación entre el desarrollo y la realidad económica (¿Tom Van Veen, "Have macroecomic models lost their connetion with economic reality?").

BERTRANOU Fabio (coord.), *Envejecimiento, empleo y protección social en América Latina,* OIT para el Cono Sur de América Latina, Chile, 2006.

BORON Atilio (compilador), *Tiempos violentos: neoliberalismo,globalización y desigualdad en América Latina,* Ed. CLACSO, Buenos Aires, 2004.

BUSTOS Raúl, *Reforma de los Sistemas de Pensiones: peligros de los programas en América Latina,* Revista de Estudios Públicos, N° 58,1995.

CALVEZ Jean Yves, *Nécessité du Travail : disparation d'une valeur ou rédefinition*, Les Editions de I'telier, Paris, 1997.

CASTEL Robert, *Les metamorphoses de la question sociale: une chronique du salaire*, Editions Fayard, París, 1995.

CEPAL, *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile, 1998. Equidad, Desarrollo y Ciudadanía, Santiago de Chile, 2000.

DOLLS Mathias, *An Unemployment Re-Insurance Scheme for the Eurozone? Stabilizing and Redistributive Effects*, CESifo Working Papers 8219, april 2020.

DURÁN Fabio, *Reversión de la privatización de las pensiones: Reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa Oriental y América Oriental y América Latina (2000-2018),* OIT, Ginebra, 2018.

FURMAN Jason, *protecting people now, helping the economy rebound later*, in "Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fact and Do Whatever It Takes", Edited by Richard Baldwin and Beatrice Weder di Mauro, CEPR Press.

GAMARRA RONDINEL Ana, Hacia una tributación compasiva, Revista Páginas, Ed. CEP. Lima, agosto, 2014.

GORZ André, *Métamorphoses du Travail*, Ed. Galilée, Paris, 1988.

HABERMANS Jürgen, *Facticidad y validez,* Ed. Trotta, Madrid, 1998.

HAYEK Fréedrich, *Los fundamentos de la libertad*, Unión editorial, Madrid, 1998.

HUERTA DE SOTO Jesús, *Estudios de Economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2004.

JIMÉNEZ, Luís Felipe y CUADROS Jéssica, *Evaluación de las reformas a los sistemas de pensiones: Cuatro aspectos críticos y sugerencias de política,* CEPAL, serie Financiamiento del Desarrollo 131.

MARKEY Laurence, *Droit Social,* Université Louvain-la-Neuve, Bélgica, 2014.

MESA - LAGO, Carmelo y BERTRANOU Fabio, "Un reto de Iberoamérica en el siglo XXI: La extensión de la cobertura de la seguridad social", en América Latina Hoy Nº 48 (67-81).

MOLINA Carlos Gerardo, *Gasto público social*, BID, Washington D.C., 2000.

NORTH Douglas, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico,* Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

OIT, Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo (98ª Conferencia Internacional del Trabajo), Ginebra, OIT, 2009. World Social Security Report 2010-11, Ginebra, 2010

KRUGMAN Paul (2020), *The case for permanent stimulus*, in "Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fact and Do Whatever It Takes", Edited by Richard Baldwin and Beatrice Weder di Mauro, CEPR Press, p.213-219.

LETTIERI Alberto, *La Civilización en debate: de las revoluciones burguesas al neoliberalismo*, Ed. Prometeo libros, Buenos Aires, 2004.

PIKETTY Thomas, *Capital e ideología,* Ediciones Deusto*,* Barcelona*,* diciembre 2019.

SCHWARGER Helmut, CASALÍ Pablo y BERTRANOU Fabio (Coordinadores), *La Estrategia de Desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social de la OIT, el papel de los pisos de protección social en América Latina y el Caribe,* OIT, 2014.

SMITH Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, vol 1, Londres, 1776.

ROSAVALLON Pierre, *La nouvelle question sociale, repenser l'état-providence*, Editions du Seul, París, 1995.

VAN VEEN Tom, "Have macroecomic models lost their connetion with economic reality?", CESIFO Working papers N° 8256, april 2020.

Lima, octubre 2020

Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Laborem

N.º 23/2020

TENDENCIAS: JORNADA, TRABAJO A DISTANCIA Y DESCONEXIÓN DIGITAL

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y LOS DESAFÍOS PARA LATINOAMÉRICA: PERÚ, REPÚBLICA DOMINICANA Y URUGUAY

Bruno Sande*
Jaddy Ladrón de Guevara Landa**
Javier Suárez***

El artículo presenta un análisis sobre los antecedentes de la regulación del tiempo de trabajo y los desafíos de su regulación, tomando como ejemplo tres países que hemos considerado relevantes en el tratamiento de este instituto del derecho del trabajo. En ese sentido, consideramos relevante el tratamiento del teletrabajo y el derecho a la desconexión digital.

Sumario: I. Introducción. **II.** Antecedentes de la regulación del tiempo de trabajo en Latinoamérica. **III.** ¿Cómo se está regulando las jornadas de trabajo en contexto COVID-19? **IV.** Conclusiones. **V.** Desafíos.

Palabras clave: Jornada de Trabajo - regulación – tiempo de trabajo.

* Doctor en Derecho, Universidad Católica del Uruguay. Profesor de Estatutos Profesionales – Facultad de Derecho – Universidad de la República - Uruguay. Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho del Trabajo y Seguridad Social – Facultad de Derecho – Universidad de la República– Uruguay.

** Abogada por la Universidad Nacional Federico Villareal. Candidata a la Maestría de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú y con Segunda Especialización Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la misma universidad.

*** Abogado y Profesor de Practica Forense Laboral en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) de la República Dominicana.

I. Introducción

La primera conquista de los trabajadores fue el establecimiento de un horario de trabajo, la vida ha evolucionado mucho desde el Convenio 1 de la OIT, el cual data de entrada en vigor de fecha 13 de junio del 1921, 100 años han pasado y la vida ha revolucionado bastante. Así, se la regulación laboral está enmarcada en el cumplimiento de periodos como son los horarios laborales que se relacionan directamente a un trabajo presencial (centro de trabajo) con horarios determinados por día, tales construcciones se presentan como estructuras rígidas, muchas veces atentan contra el propio interés del trabajador, lo cual representa un desafío frente a las nuevas formas de trabajo y la forma de desarrollo de la economía.

Y en un contexto ocasionado por la pandemia del COVID-19, es pertinente realizar un estudio y críticas a la regulación vigente sobre las jornadas de trabajo y que merecen una especial atención por sus efectos y condiciones en las partes de una relación laboral.

En ese sentido, proponemos los desafíos que presenta la regulación vigente sobre jornadas de trabajo a partir del estudio de tres países como lo son Perú, Uruguay y República Dominicana, partiendo que el principal desafío en la regulación del tiempo de trabajo, en esta época y en el futuro, se relaciona con la posibilidad de flexibilizar la normativa relativa a la jornada de trabajo. Así, se ve como las rígidas estructuras que establecen las normas laborales, muchas veces atentan contra el propio interés del trabajador.

II. Antecedentes de la regulación del tiempo de trabajo en Latinoamérica:

1. Perú

Los antecedentes sobre jornadas de trabajo, lo encontramos en las primeras luchas obreras, con huelgas y acontecimientos que tienen como antecedentes a la Huelga de Panaderos de del 02 de mayo de 1901, la huelga de los trabajadores portuarios del Callao de mayo de 1913, y la Huelga de los trabajadores portuarios de Mollendo-Arequipa de 1904.

En ese proceso de constantes luchas, "a finales de 1912 e inicios de 1913 los trabajadores están en plena participación en la lucha por sus conquistas, especial-

mente la jornada de ocho horas de trabajo"[1]. Entre ellos, destacamos la huelga iniciada por los Jornaleros de la Unión General de Jornaleros del Callao, quienes solicitaban las 8 horas de trabajo y el abaratamiento del pan, huelga que trajo como consecuencia la emisión de la Resolución Suprema del 10 de enero de 1913, la cual regula la jornada de trabajo de descarga en el Muelle y Dársena del Callao, y específicamente establecía que:

Desde la fecha la descarga en el Muelle y Dársena y en la Bahía del Callao tendrá lugar durante todos los días útiles del año desde las 7 a.m. hasta las 11a.m. y desde la 1 p.m. hasta las 5 p.m. derogándose en esta parte el art. 41ºdel Reglamento aprobado por Resolución Suprema del 31 de enero de 1875.

Asimismo, en el 28 de noviembre de 1918, se emite la Ley 2851, la cual establece una jornada 8 horas y 45 horas semanales para las mujeres y menores entre 14 y 18 años. Luego con la ratificación del Convenio 1 de la OIT el 8 de noviembre de 1945 e incorporando a la Constitución Política de 1979.

De los antecedentes se verifica que las primeras regulaciones estaban referidas a periodos de trabajo por día, es decir horarios de trabajo en un lugar determinado (centros de trabajo), pero no una referencia normativa a la definición de tiempo de trabajo.

La normativa peruana vigente tampoco define el tiempo de trabajo. A nivel constitucional encontramos el límite máximo que fija la duración de jornada de trabajo, siendo el empleador quien organiza el tiempo de trabajo dentro del marco constitucional.

El ámbito constitucional sobre jornada de trabajo se encuentra regulada en el artículo 25° de la Constitución Política del Perú, el cual concordado con el artículo 22, guarda estrecha relación con los límites sobre la jornada laboral, estableciendo un correlato sobre el derecho al descanso, y a nivel legal se regula en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 007-2002-TR.

Resulta relevante señalar, que la organización del tiempo de trabajo es una facultad del empleador, sin embargo, tal facultad se encuentra limitado por la jornada máxima de trabajo; siendo de ocho horas diarias y un máximo de 48 horas semanales, pudiéndose establecer jornadas menores por convenio o decisión unilateral del empleador.

1 ZUBIETA Núñez Filomeno. La Conquista De Las Ocho Horas De Trabajo En El Perú: Una mirada Retrospectiva, 2019. Fecha de revisión 10 de noviembre de 2020. https://www.academia.edu/38139449/LA_CONQUISTA_DE_8_HORAS_DE_TRABAJO_EN_EL_PER%C3%9A

Así el Decreto Supremo N° 004-2006-TR, en su artículo 7°, regula el control de asistencia y salida, estableciendo que "Si el trabajador se encuentra en el centro de trabajo antes de la hora de ingreso y/o permanece después de la hora de salida, se presume que el empleador ha dispuesto la realización de labores en sobretiempo por todo el tiempo de permanencia del trabajador, salvo prueba en contrario, objetiva y razonable. Los empleadores deben adoptar las medidas suficientes que faciliten el retiro inmediato de los trabajadores del centro de trabajo una vez cumplido el horario de trabajo."

La regulación en el Perú, expresa que la jornada de trabajo se estructura en base a un concepto en relación al centro de trabajo, lo cual representa un desafío frente a las nuevas formas de trabajo y la forma de desarrollo de la economía.

2. República Dominicana

La legislación laboral de la República Dominicana, en el ámbito de la regulación del tiempo de trabajo, comenzó sus andares con la ratificación del Convenio No. 1 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT en adelante), el cual fue aprobado por la resolución No. 411 del Congreso Nacional, promulgada en fecha 16 de noviembre del 1932, mediante el cual se aprobaba una jordana de ocho horas por día y cuarenta y ocho horas por semana como el máximo para las empresas industriales.

Esta legislación nunca fue aplicada, si no que más bien fue utilizada por el régimen del momento, como propaganda política, para ese entonces la República Dominicana era gobernada por el tirano Rafael Leónidas Trujillo Molina, dictadura que duro más de treinta años hasta el ajusticiamiento de este.

En el año 1935 se promulgo la Ley No. 929 de fecha 21 de junio, en la cual se reconocía la jornada de ocho horas diarias y cuarenta y ocho por semana para todos los trabajadores, tanto industriales como comerciales, pero esta ley no tuvo mayor efectividad pues mediante Ley No. 1058 de fecha 20 de diciembre del mismo año se le otorgaron facultades al presidente de la República para que pudiera establecer jornadas mayores a las ya estipuladas por la Ley.

"Todos estos preceptos legales se promulgaron al margen de la existencia de un movimiento obrero fuerte y debidamente organizado, y como se trató de actos legislativos de fachada, que no respondían a la realidad social, fueron dispensados como favores gubernamentales que el tirano Trujillo podría retirar a su conveniencia"

En el año 1951 con la promulgación del Código Trujillo de Trabajo, se establece en el Titulo II de su libro Tercero, la normativa en cuanto al tiempo de labores, viniendo a ratificar lo establecido en el Convenio No. 1 de la OIT. Este Código Trujillo de Trabajo fue sustituido por la Ley 16-92, la cual fue publicada en fecha 29 de mayo del 1992, este nuevo Código de Trabajo al igual que su predecesor, estipula la jornada de trabajo de los trabajadores, con excepciones en algunos regímenes especiales, como los trabajadores domésticos, los trabajadores rurales, el personal de administración, entre otros.

El Código de Trabajo de la República Dominicana, establece en su Libro Tercero, Titulo II, Capítulo I, la jornada de trabajo (artículos 146 al 162), estableciendo una jornada máxima diaria y una jornada máxima semanal, en relación a esto el artículo 147 establece que el tiempo máximo de labores diarias será de ocho (8) horas y semanal de cuarenta y cuatro (44) horas, en trabajos peligrosos para la salud humana el artículo 148 establece que la jornada de labores diarias tendrá un máximo de seis (6) horas y un máximo semanal de treinta y seis (36) horas.

Esta jornada establecida en el Código de Trabajo, obligatoriamente tiene que terminar el sábado de cada semana a las doce (12PM) del mediodía. Así mismo es estipulado que el Ministro de Trabajo podrá tener la prerrogativa de dictar mediante resolución una hora de terminación diferente para ciertas empresas o negocios, dada su necesidad social y económica en las diferentes regiones del país.

En la práctica las mayorías de las empresas trabajan en un horario de ocho (8AM) de la mañana hasta las cinco (5PM) de la tarde, con una hora de almuerzo que generalmente se otorga al trabajador entre las doce (12Pm) de la tarde y la una (1PM) de la tarde, con lo que se dan en realidad las ocho (8) horas de labores diarias, terminando dichas empresas sus labores el sábado de cada semana al mediodía; algunas empresas del país han decidido iniciar sus labores a las nueve (9AM) de la mañana con lo cual terminan las mismas a las seis (6PM) de la tarde.

En relación a la jornada anual, no está establecido expresamente un artículo sobre el mismo, aunque el artículo 153 del Código de Trabajo establece que nunca podrán ser más de ochenta (80) horas trimestrales, las horas extraordinarias que trabajara el empleado únicamente en el caso de aumentos extraordinarios de la producción de las empresas, por lo cual dicho aumento tiene que ser comunicado a la Representación Local de Trabajo, que es una dependencia del Ministerio de Trabajo, para comprobar que dicho aumento se ajusta a esta razón, un aumento extraordinario de la producción.

El Código de Trabajo establece en relación a los descansos diarios en su artículo 157, que luego de cuatro horas de trabajo habrá un descanso de una hora y que luego de una jornada de cinco horas habrá un descanso de hora y media.

En relación al descanso semanal el Capítulo II, del Libro Tercero del Código de Trabajo en su artículo 163, establece: "Todo trabajador tiene derecho a un descanso semanal ininterrumpido de treinta y seis horas". En la práctica este descanso semanal se cumple en casi todas las empresas del país, las cuales terminan sus labores al mediodía del sábado y vuelven a operar a las ocho (8AM) de la mañana del lunes, lo que nos da una franja de tiempo como la estipulada por la legislación laboral.

El trabajador que labore este descanso semanal, tiene derecho al pago del mismo a un cien por cien del valor en base a su salario diario o podrá si así lo desee en la siguiente semana de disfrutar de dicho descanso conjuntamente con el descanso de la semana siguiente. Así mismo los días que son declarados no laborables por las leyes de la República, que caigan dentro de la jornada semanal del trabajador, serán dados de descanso remunerado al mismo, salvo que el mismo caiga dentro del periodo de descanso establecido semanalmente.

En nuestro país existen varias jornadas dependiendo del tipo de trabajador, el Código de Trabajo establece en su Libro Cuarto "De la regulación oficial de las condiciones de algunos contratos de trabajo", varias disposiciones relativas a contratos tales como la mujer embarazada, del trabajo de los menores, del trabajo de los domésticos, del trabajo del campo, del transporte terrestre y del transporte marítimo.

En cuanto a la mujer embarazada esta tiene el beneficio de gozar del llamado descanso pre y post natal, un tiempo de descanso antes y después del parto del bebe en gestación, el cual en su totalidad es de 12 semanas, cuestión que fue cambiado después por el convenio 183 sobre protección a la maternidad de la OIT, este descanso puede ser tomado siete semanas antes de la fecha previsible del parto, en la actualidad generalmente es tomado en su totalidad luego del parto del bebe, pues la trabajadora trata de extender lo más posible el cuidado a la criatura por nacer.

Luego de nacido él bebe y la trabajadora incorporada al trabajo la misma goza de tres descansos remunerados en la jornada laboral, para amamantar a su bebe, descansos de veinte (20) minutos cada uno, tal como lo establece el artículo 240 del Código de Trabajo, esto en la práctica es escasamente cumplido, pues el tiempo de traslado de la madre a la vivienda familiar es casi siempre mayor tiempo

que los 20 minutos otorgados. Así mismo otorga un descanso de media hora a la trabajadora parturienta, dentro del año que ha nacido la criatura para llevarlo al pediatra, según su conveniencia, esto tampoco en la práctica se aplica.

En cuanto al trabajo de los menores de edad, está estipulado que las jornadas laborales de los menores de dieciséis años en ningún caso podrá exceder la cantidad de seis horas diarias.

En cuanto al trabajo de los empleados domésticos, los encargados de las limpiezas del hogar y quehaceres domésticos, nuestra Ley de Trabajo establece que el trabajo de los domésticos no se sujeta a ningún horario en particular, simplemente que entre una jornada y otra de labores tiene que existir un reposo de nueve horas. Estos trabajadores gozan del mismo privilegio del descanso semanal ininterrumpido de treinta y seis (36) horas.

El trabajador domestico tiene la prerrogativa de que se le concedan los permisos necesarios para que este pueda asistir a una escuela, siempre y cuando esto sea compatible con su jornada de labores, lo que influye en que su jornada sea de menor cantidad de horas.

En cuanto a los trabajadores del campo, estos tienen las mismas prerrogativas que los demás trabajadores, lo único que su jornada de trabajo no podrá exceder de las diez horas diarias en ningún caso.

Los trabajadores del transporte terrestre "No están sujetos a la jornada ordinaria de trabajo los trabajadores ocupados en vehículo de transporte que presten servicios intermitentes" , lo que quiere dejar dicho que estos trabajadores podrán trabajar varias horas, pero siempre sin pasar de diez horas al día y sesenta horas semanales, esto establecido en el Reglamento de aplicación del Código de Trabajo , en la práctica generalmente estos trabajadores de carga reciben un salario por "Viaje", ya que en nuestro país los trabajadores del transporte son uno de los sectores más fuertemente organizados e incluso llegan a paralizar el país con sus protestas, pues manejan casi el 100% de toda la carga del país.

En cuanto a los trabajadores del transporte marítimo el reglamento para la aplicación del Código de Trabajo establece que no le serán aplicadas las reglas relativas a la jornada de trabajo y el cierre del establecimiento, pero la resolución No. 33/93 del Ministro de Trabajo establece ciertos parámetros en relación a estos trabajadores, a saber, en relación al tipo de buque en que realicen su trabajo.

Los trabajadores del transporte marítimo que estén a bordo de una nave de cabotaje internacional no podrán laborar más de 24 horas en periodos de dos

días, mientras la nave este en altamar, si la nave se encontrara en puerto, dichos trabajadores no podrán trabajar más de 8 horas diarias.

En cuanto a los trabajadores a bordo de naves dedicadas a la navegación de altura, solo podrán ser de ocho horas por día. Con relación a los trabajadores del personal de fonda de un buque de pasajeros este no podrá exceder de diez horas en un curso de catorce horas cuando el buque se encuentre en el mar y ocho horas por día cuando el buque este en puerto.

En relación con los trabajadores que realizan una actividad peligrosa o en condiciones insalubres, las horas de trabajo serán de 6 horas diarias y un máximo de 36 horas a la semana.

3 Uruguay

La limitación de la jornada, posee raigambre constitucional, así el artículo 54 de la Constitución de la República dispone que: "La Ley ha de reconocer a quién se hallare en una relación de trabajo o de servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral."

La norma es una clara manifestación del iusnaturalismo, sin embargo, como puede observarse no estableció a texto expreso cuál es el límite de horas en las que se puede trabajar, sino que ello lo dejó liberado a la producción legislativa.

A su vez, la norma no está exenta de dificultades interpretativas. En tal sentido, una parte de la doctrina uruguaya ha entendido que la limitación de la jornada queda liberada a lo que regule la ley, la que incluso podría determinar que ciertas categorías de trabajadores por sus especiales características no tengan limitada su jornada, otra, sin embargo entiende que la ley: "…debe reconocer la limitación de la jornada a todo sujeto que se halle en relación de trabajo, y sin introducir distinción alguna, ni excluir a ningún sujeto".[2]

Ahora bien, en Uruguay la ley reguló rápidamente la jornada de trabajo. Así ya desde fines del Siglo XIX, comenzaron los primeros movimientos obreros reivindicando el derecho a la limitación de la jornada, movimiento que toma fuerza en los primeros años del siglo XX, donde asume la presidencia del Uruguay, José

2 ROSENBAUM Federico, Manual de Tiempo de Trabajo, 1era edición, Montevideo, 2019, FCU, pág. 14. El destacado en la cita es propio.

Batlle y Ordoñez, quien poseía un discurso y pensamiento mucho más progresista que el tradicional hasta ese entonces.

Es así, que en 1915 se aprueba la primera ley de limitación de la jornada, la cual es establecida con carácter general en 8 horas de trabajo diarias.

La ley definitiva N° 5350[3] se votó el 17 de noviembre de 1915, bajo la presidencia de Feliciano Viera, y recogía en lo esencial un proyecto iniciado por Batlle con algunas pequeñas modificaciones, como ser el máximo de 48 horas semanales.[4]

La Ley N° 5350 continua vigente hasta el día de la fecha, siendo una norma de suma trascendencia para el Uruguay y Latinoamérica. Como ha sostenido la más prestigiosa doctrina juslaboralista: "…la ley uruguaya de 1915, instaurando la jornada de trabajo de 8 horas en todas las actividades con excepción del trabajo rural, representó un cambio considerable y pudo ser reputada el acto de nacimiento de la legislación de trabajo en América Latina."[5]

En cuanto a la normativa internacional, es de mencionar que Uruguay ha ratificado los Convenios Internacionales de Trabajo N° 1 y N° 30.

Finalmente, se aprobó el Decreto N° 611/80, el cual y a pesar de lo dispuesto en la Constitución de la República, delimitó aquellas categorías de trabajadores que "no se hallan comprendidos en la limitación de horario de trabajo". En la actualidad esos trabajadores son: a) el personal superior de los establecimientos industriales, comerciales y de servicios; b) los profesionales universitarios e idóneos de alta especialización que, en calidad de tales, cumplan tareas en establecimientos industriales, comerciales y de servicios; c) los viajantes y vendedores de plaza, corredores, cobradores e investigadores de cobranzas, promotores de cobranzas, promotores de ventas, asesores previsionales y asesores de inversión que realicen sus tareas fuera del establecimiento; y d) las empleadas de la Asociación Urugua-

3 El art. 1 de la Ley N° 5350 dispone: "El trabajo efectivo de los obreros de fábricas, talleres, astilleros, canteras, empresas de construcción de tierra ó en los puertos, costas y ríos; de los dependientes ó mozos de casas industriales ó de comercio, de los conductores, guardas y demás empleados de ferrocarriles y tranvías; de los carreros de playa, y, en general, de todas las personas que tengan tareas del mismo género de las de los obreros y empleados que se indican, no durará más de ocho horas por día."

4 NAHUM, Benjamín; La época Batllista, Ediciones de la Banda Orienta, Montevideo, pág. 30-31.

5 BARBAGELATA, HH; El Derecho del Trabajo en América Latina, Servicio de Publicaciones del Ministerio de trabajo y Seguridad Social, Madrid, pág. 55

ya de Aldeas Infantiles S.O.S. que desarrollen actividades en calidad de Madres S.O.S. o Tías S.O.S.

El Decreto presentado, y la consecuente exclusión de ciertos trabajadores de la limitación de la jornada, tampoco ha estado exento de críticas.

En la dogmática nacional, no se presentan análisis extremadamente profundos sobre la validez de este Decreto, sin embargo, en la práctica jurisprudencial ha sido aplicado, salvo por cierta jurisprudencia que lo ha tildado de inconstitucional.

PLÁ RODRIGUEZ sostenía que no se producía ningún problema sobre la legalidad de estas exclusiones, ya que algunas resultaban de la exclusión del legislador y la otras tres derivaban de la apreciación del Poder Ejecutivo que en el uso de la facultad reglamentaria ha entendido que los trabajadores pertenecientes a las categorías que allí se mencionan, no despeñaban tareas de la misma índole que los trabajadores mencionados en el art. 1 de la Ley N° 5350.[6]

Otra parte de la doctrina uruguaya ha entendido que el Decreto N° 1/80 es ilegal, por cuanto la Ley N° 5.350 incluye a los trabajadores que el propio Decreto intenta excluir, o, directamente, se ha sostenido la inconstitucionalidad del Decreto por contravenir el art. 54 de la Constitución de la Republica. [7]

Respecto al descanso intermedio, existen dos tipos de jornadas, continua y discontinua, y el régimen varía según nos encontremos en la industria o en el comercio.

En los establecimientos industriales la jornada continua implica un descanso de media hora, el cual es pago y no se debe conceder más allá de la quinta hora de labor. En la jornada discontinua, el descanso debe ser de dos horas, no será pago y no debe concederse más allá de la quinta hora de labor.

En el caso de los establecimientos comerciales, la jornada continua implica un descanso de media hora, el cual es pago y no se debe conceder más allá de la cuarta hora de labor. En la jornada discontinua el descanso debe ser de dos horas y media por lo menos, no será pago y no debe concederse más allá de la cuarta hora de labor.

6 PLA RODRIGUEZ, Américo, Curso de Derecho Laboral, Tomo II. Vol. II, Montevideo, 1988, Acali Editorial, pág. 14.

7 Ver por ejemplo, BARBAGELATA, Héctor Hugo, Derecho del Trabajo, Tomo I, Vol. II, Montevideo, FCU, pág. 48.

Tanto en la industria como en el comercio, el descanso intermedio en jornada discontinua se puede reducir a 1 hora si existe acuerdo escrito entre el trabajador y el empleador.

Finalmente, en cuanto a la limitación horaria semanal, también se presenta una diferenciación entre la industria y el comercio.

En el caso de los establecimientos industriales, existe un máximo de 48 horas semanales, con un descanso semanal de 24 horas ininterrumpidas. El personal administrativo de la industria, tendrá una jornada semanal de 44 horas.

En el caso del comercio, el límite semanal es de 44 horas semanales, con un descanso semanal de 36 horas ininterrumpidas.

Respecto al sector servicios, no ha sido regulado específicamente en Uruguay, encontrándose completamente dividida la doctrina y jurisprudencia en torno a cómo se encuentra limitado el horario semanal. Así, algunos aplican el régimen de la industria con un límite semanal de 48 horas y otros el del comercio con un límite semanal de 44 horas. No existen dudas, sin embargo, en cuanto a que la limitación diaria es de 8 horas.

Corresponde mencionar que para el caso que se trabaje por encima del límite legal se generan horas extras, las cuales se abonan con un recargo del 100% en las jornadas habituales de labor y a un 150% de recargo si se labora por encima de las 8 horas en los días de descanso semanal o en día feriado. Para el caso de trabajar en día de descanso, se abonan las horas trabajadas con un recargo del 100%.

III. ¿CÓMO SE ESTÁ REGULANDO LAS JORNADAS DE TRABAJO EN CONTEXTO COVID-19?

1. Perú

La regulación sobre jornadas de trabajo en el Perú, se mantiene vigente, y en el marco de la emergencia sanitaria se reguló la figura del trabajo remoto como medida temporal ante la imposibilidad de aplicar la figura del teletrabajo regulado por la Ley N° 30036, Ley que regula el Teletrabajo y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo No. 017-2015-TR.

La figura del trabajo remoto se encuentra regulado por el Decreto Supremo N° 010-2020-TR, del 24 de marzo de 2020, y el Decreto de Urgencia N° 026-

2020, que fijó medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del COVID – 19.

La creación temporal del trabajo remoto y del cual haremos referencia, ha incidido en las jornadas de trabajo en cuanto a la forma de organización del tiempo de trabajo por parte del empleador indicando que el cumplimiento de horarios no puede sobrepasar los límites de jornada ordinaria de trabajo.

La normativa sobre trabajo remoto señala que, la jornada ordinaria de trabajo que se aplica al trabajo remoto es la jornada pactada con el empleador antes de iniciar la modalidad de trabajo remoto o la que hubieran reconvenido con ocasión del mismo.

En ningún caso, la jornada ordinaria podrá exceder de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales. Es importante destacar que la norma expresa que el trabajador debe estar disponible durante la jornada de trabajo para las coordinaciones que resulten necesarias. En ese sentido, en la aplicación del trabajo remoto debe tener en cuenta la jornada laboral máxima y sus excepciones, son aplicables la reglas y limites previstas en el Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo N° 007-2002-TR. Por lo que, el trabajo que exceda la jornada laboral ordinaria tendría que estar sujeto al pago de horas extras o, podría acordarse convertirlas en días compensables.

Las excepciones a la aplicación de la jornada máxima legal, se encuentran reguladas en el marco general. Así, en la figura de trabajo remoto, no se encontrarán comprendidos en la jornada máxima de trabajo los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata de la jornada y los que prestan servicios intermitentes.

Merece tener en cuenta, la discusión que se presenta sobre los trabajadores no sujetos a fiscalización que realizan su trabajo fuera del centro de la empresa (que en este caso adquiere especial consideración en el caso de la aplicación del trabajo a distancia), toda vez que, no se encuentran comprendidos en la jornada máxima, conforme lo prevé el artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 007-2002-TR, y del literal c) del artículo 10 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo No. 008-2002-TR.

Tal discusión, se centraría en que la organización del trabajo de los trabajadores no sujetos a fiscalización podría significar el incumplimiento de la normativa laboral sobre jornada máxima, dado que a través del uso de la tecnología se puede realizar el seguimiento de las tareas del trabajador. En ese sentido, un aspecto

importante es la fiscalización respecto a las jornadas máxima establecida a la cual tienen derecho todos los trabajadores, o de la modificación de las condiciones pre establecidas en una modalidad presencial y con trabajo fuera del centro de labores, que, al adoptar la modalidad de trabajo remoto, deberán ser modificadas durante su vigencia, atendiendo a una jornada máxima y horario determinado por las partes al ser una nueva condición de trabajo.

Por otro lado, la normativa dispone que las partes puedan pactar que el trabajador distribuya libremente su jornada de trabajo en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades, respetando siempre la jornada máxima establecida. La jornada de trabajo solo se puede distribuir hasta por un máximo de seis (6) días a la semana.

En cuanto al derecho de desconexión digital, recientemente se ha regulado esta figura a través de derecho de desconexión digital regulado en el reciente Decreto de Urgencia Nº 127-2020, estableciendo una definición como obligación del empleador de desconectarse de los medios informáticos, telecomunicaciones y análogos.

Al respecto, consideramos que el derecho a la limitación de la jornada de trabajo encuentra asidero constitucional y que no era necesario crear un derecho, dado que esta se encuentra bajo el amparo del artículo 25 de la Constitución Política del Perú que limita la jornada máxima y que el derecho al descanso se encuentra regulado en el artículo 22 de la norma constitucional, con lo cual este derecho a desconectarse y a disfrutar del tiempo libre es parte del derecho del trabajador como persona.

Sin embargo, tal derecho requiere de eficacia, aun mas si consideramos que en países con alto grado de informalidad como en el caso peruano, se requiere de precisiones al respecto, considerando que la figura del trabajo remoto ha sido ampliada hasta el 31 de julio de 2021, y que las nuevas formas de organizar el trabajo y el uso cada vez más creciente de la tecnología afecte derechos fundamentales y no se dote de eficacia en su aplicación. Por lo tanto, corresponde que estos derechos no pierdan el contenido por prácticas que terminen volviéndolos en ineficaces.

2 República Dominicana

El Ministerio de Trabajo de la República Dominicana al inicio de la pandemia dicto la resolución 007/2020 en la cual instaba a los empleadores a flexibili-

zar las jornadas de trabajo allí donde se pudiere para cumplir con las normativas dictadas por el Gobierno Central con relación a toque de queda y otras medidas para cumplir con el distanciamiento social.

Las empresas tuvieron que adaptarse rápidamente a una situación para la cual nadie estaba preparado, la mayoría de las empresas decidieron cerrar sus instalaciones, pero los supermercados, farmacias y otros rubros de interés nacional que debían permanecer abiertos, debieron buscar la manera de cumplir con los empleados a disposición.

Pues al cerrar todas las empresas, incluidas las de transporte, la movilidad se vio bastante diezmada al inicio de la pandemia, por lo que añadido a esto y la resolución 007/2020 que exhortaba a enviar a los trabajadores vulnerables a la casa, las empresas se quedaron prácticamente con la mitad de su personal. Así mismo al toque de queda establecerse, lo horarios tenían que ser flexibilizados, pues no se podía trabajar todas las horas normales que se tenían antes de la pandemia.

Debiendo establecer jornadas diarias inferiores a las normales en el contrato de trabajo, lo que fue aceptado por los trabajadores, bajo la lupa del Ministerio de Trabajo el cual seguía fiscalizando la situación. Ahora mismo se está buscando la manera de establecer jornadas de trabajo que comiencen a hacer aflorar la industria hotelera que tanto ha sido diezmada con la pandemia.

El consejo consultivo de trabajo, órgano de consulta del Ministro de Trabajo y conclave donde se deben discutir la modificación de las leyes, se reunió para dictaminar y establecer una jornada especial en el sector hotelero, que permita flexibilizar la jornada diaria, semanal y trimestral, para la reactivación del sector, por lo que el dialogo social ha jugado un papel importante en el horario de trabajo.

En fecha 12 de noviembre del 2020, el Ministerio de Trabajo de la República Dominicana dicto la resolución 23/2020 sobre la regulación del teletrabajo como modalidad especial de trabajo. En la nombrada regulación el Ministerio se avoca a dar los pasos pertinentes para organizar el teletrabajo el cual hasta este momento no estaba regulado en ninguna pieza legal; se nombran conceptos novedosos para la legislación dominicana tales como la desconexión digital, la conciliación de la vida laboral y familiar y la reversibilidad en la modalidad de prestación del teletrabajo.

Esta resolución en términos de horario establece que "La jornada laboral de los teletrabajadores estará sujeta a las disposiciones del Código de Trabajo, y deberá ser notificada al Ministerio de Trabajo a través de la Dirección General de

Trabajo (DGT) haciendo uso de los formularios del Sistema Integrado de Relaciones Laborales (SIRLA)". Por lo que es el mismo sistema que establece la normativa vigente para regular el horario, la novedad que trae esta resolución es la implementación de la desconexión digital, como derecho de los trabajadores, cuando apenas se está abriendo el debate de que si debe o no debe ser un derecho fundamental de los trabajadores.

La resolución 23/2020 ayuda a traer esa necesaria discusión sobre los efectos del teletrabajo a la mesa, cuando dispone "Los teletrabajadores gozarán del derecho a la desconexión digital, fuera de su horario de trabajo estipulado en el contrato, para respetar y garantizar a este el disfrute total de sus descansos, permisos, vacaciones, así como el balance de su vida laboral y familiar, salvo en caso de una emergencia del empleador en relación con el servicio pactado."

El necesario convivir entre la vida laboral y familiar, debe ser el tema fundamental en esta agitada sociedad en la que nos encontramos, sirviendo una pandemia para acelerar el rumbo de cuestiones que estaríamos viendo a profundidad dentro de muchos años, resta al derecho laboral dominicano ponerse al día con los cambios que están sucediendo más allá de nuestras fronteras, entendemos que la resolución 23/2020 viene a jugar ese papel necesario en las discusiones al porvenir.

3 Uruguay

Anteriormente se mencionó cómo se regula la jornada en Uruguay a nivel general. La pandemia producida por el COVID-19 obviamente es una realidad que ha impactado en esa regulación, máxime cuando nos encontramos ante una legislación que en la materia es absolutamente rígida. En tal sentido, por ejemplo, en Uruguay no es posible canjear o acumular días de descanso, ni hacer compensaciones de horas de unos días a otros, ni tampoco fraccionar los días de licencias en períodos inferiores de 10 días o implementar lo que se conoce en otras partes del mundo como "bancos de horas", donde los trabajadores pueden exceder su jornada y en otros momentos laborar menos horas o viceversa.

Ahora bien, con relación a la pandemia por COVID19 y la jornada de trabajo, las medidas del Gobierno se han encaminado fundamentalmente hacia dos direcciones: por un lado, la promoción del teletrabajo, y por otro una ampliación de la cobertura del seguro por desempleo, donde los trabajadores reducen su carga horaria, y el organismo previsional abona un subsidio por el tiempo en que los trabajadores dejan de prestar la tarea.

Respecto al teletrabajo, el Decreto N° 93/2020 declaró el estado de emergencia nacional sanitaria como consecuencia de la pandemia originada por el virus COVID-19. Por su parte el Decreto N° 94/2020 publicado el 23 de marzo de 2020 dispuso en su art. 6: "Exhórtase a todos los empleadores a instrumentar y promover, en todos los casos que sea posible, que los trabajadores realicen sus tareas en sus domicilios.

Esta situación deberá ser comunicada a la Inspección General de Trabajo a sus efectos. El empleador deberá suministrar los implementos necesarios para realizar la tarea encomendada."

Por su parte, el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CONASSAT) en su Resolución N° 52/2020 aconsejó: "Adoptar medidas de organización del trabajo que mitiguen el riesgo de propagación del coronavirus COVID 19, en consonancia con las posibilidades y naturaleza de la actividad, como ser la implementación del trabajo a distancia, y la evaluación de evitar viajes al exterior por parte del personal."

En definitiva, las medidas del Gobierno fueron destinadas a implementar el teletrabajo o el trabajo desde el domicilio de los trabajadores, lo cual lució como razonable por las condiciones pandémicas. No obstante, desde el punto de vista jurídico y en especial desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, la decisión se enfrentó a la situación de que en el Uruguay no existe una regulación sobre el teletrabajo.

La inexistencia de tal regulación no se traduce en una desprotección, sino que determina que a los teletrabajadores se les aplican las mismas normas que a los trabajadores en general, lo que obviamente puede generar inconvenientes en la aplicación práctica, ya que los teletrabajadores se diferencian de los demás obreros justamente por el lugar y condición en que cumplen su función, por fuera de la fábrica o establecimiento comercial.

Ahora bien, con relación a la limitación de la jornada, los teletrabajadores la tendrán limitada conforme al sistema general. Así, salvo que se tratare de las categorías incluidas en el Decreto N° 611/80, tienen limitada su jornada a 8 horas diarias, se les debe otorgar el descanso intermedio y asimismo deben gozar del descanso semanal. En el caso de superar las 8 horas de labor tele trabajando se deben abonar horas extras, lo mismo acontece si se trabajó en día de descanso debiéndose abonar el recargo correspondiente.

Obviamente que en la práctica lo expresado se ha visto desvirtuado, básicamente porque muchas veces no existe un contralor por parte del empleador, y otras por la mayor dedicación en horas de trabajo que efectúa el trabajador.

Con relación a las medidas relacionadas al subsidio por desempleo que impactan en la jornada de trabajo es de señalar que por Resolución N° 143/2020 del 18 de marzo de 2020 el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social aprobó un régimen extraordinario por la emergencia sanitaria que aplica a todos los sectores que ya tenían acceso al subsidio por desempleo en general, que en el Uruguay abarca a la gran mayoría de los trabajadores dependientes.

La flexibilización al acceso al seguro de desempleo permitió que trabajadores mensuales, a los cuales se les reduzca su jornada en un mínimo del 50% o de 6 días al mes, puedan acceder al subsidio por desempleo. Así los trabajadores continuarán laborando por un lapso de tiempo en la empresa, y cobrarán un subsidio por el tiempo que dejan de laborar.

Por ejemplo, un trabajador labora 8 horas diarias y la empresa decide reducir su jornada a 4 horas diarias. Ese trabajador recibirá el pago de 4 horas por parte de la empresa, lo cual obviamente es salario, y por el resto recibirá un subsidio por parte del organismo previsional.

El monto del subsidio abonado por el organismo previsional es de un 25% del promedio mensual de las remuneraciones nominales computables percibidas en los últimos 6 meses, calculado en forma proporcional al período de amparo al subsidio.

Este subsidio en principio rigió por el plazo de 30 días; sin embargo, se ha extendido cuando culminó el plazo de vigencia, y en todas sus prórrogas.

Se trata obviamente de una forma de flexibilizar el acceso al subsidio por desempleo, pero también una forma de limitar la estadía de los trabajadores en la empresa y su jornada de trabajo.

Este régimen no sustituyó al general del subsidio por desempleo, sino que se agregó al mismo. Así, también por el régimen general, los trabajadores accederán al subsidio por desempleo si son despedidos por un plazo de 6 meses, o si existe una suspensión total del trabajo por un período de hasta 4 meses.

IV. Conclusiones

En el punto, con mayor o menor alcance, todos los países consagraron desde hace varias décadas, la limitación de la jornada, la que se erige como un derecho humano que alcanza a la generalidad de los trabajadores, salvo excepciones expresamente previstas en la normativa.

Ante la pandemia provocada por el COVID 19, los tres países en análisis, como también ha sucedido en la mayoría de los países de la región y del mundo, han instado a que los empleadores permitan que sus trabajadores realicen trabajo a distancia, remoto, o teletrabajo.

El trabajador remoto o teletrabajador, en lo que respecta a su jornada laboral, continúa teniendo limitada, ya sea por una consagración expresa o por aplicación de la normativa general del Derecho del Trabajo.

A su vez, en todos los países, se genera un pago extra, si se sobrepasan los límites diarios y semanales establecidos. Por lo que se está desalentando la extralimitación de la jornada, y el trabajo en descanso semanal. Es destacable esta protección mínima de la normativa laboral, ya que el teletrabajador tiende a laborar más horas de las habituales, atendiendo a la forma en que presta sus tareas, donde muchas veces se coordina el trabajo con sus tareas personales y diarias.

Si bien en todos los países se incentivó a flexibilizar el horario de trabajo, y a que los trabajadores laboren desde sus hogares o lugar de aislamiento, la carga económica de la pandemia cae fundamentalmente sobre las partes de la relación laboral. Tanto del trabajador que puede perder horas de trabajo, como del empleador que debe abonar horas que en definitiva no se pueden laborar efectivamente por la ausencia presencial en el centro de trabajo.

Solo en el caso de Uruguay se vislumbra una intervención y apoyo del Estado, a través de la seguridad social. En dicho caso, el Estado, mediante un subsidio especial, se hace cargo del pago al trabajador de un monto dinerario que cubre parcialmente las horas que deja de trabajar en la empresa. La medida, tiende a proteger, a los trabajadores que verán de esta forma menos diezmados sus ingresos y las empresas que no deben soportar toda la carga de la ausencia o disminución de productividad provocada pandemia. Incluso, en Uruguay, en la actualidad se está incentivando a que las empresas reincorporen a los trabajadores del seguro de desempleo, para lo cual se les otorga como beneficio un crédito fiscal.

V. Desafíos de la regulación del tiempo de trabajo

Los desafíos que presenta la regulación presente y a futuro de las jornadas de trabajo se encuentran en la flexibilización de estas, si bien es cierto que la primera conquista de los trabajadores fue el horario de trabajo, la vida ha evolucionado

mucho desde el Convenio 1 de la OIT, el cual data de entrada en vigor de fecha 13 de junio del 1921, 100 años han pasado y la vida ha revolucionado bastante.

Así, la posibilidad de flexibilizar la normativa relativa a la jornada de trabajo, se ve reflejada en las estructuras rígidas que establecen las normas laborales, y que muchas veces atentan contra el propio interés del trabajador.

Obviamente que ello no puede implicar la desregulación, o la ausencia del derecho a la limitación de la jornada, sino crear un instrumento más flexible y eficaz que permita al trabajador poder trabajar en un horario acorde y asimismo disfrutar de su espacio de ocio y vida familiar.

En el caso de los teletrabajadores o trabajadores remotos, parecería imperiosa una regulación más acorde con la realidad de este tipo de trabajo.

Como lo ha sostenido ROSENBAUM CARLI: "Claramente existen motivos relacionados con el tiempo de trabajo para justificar un marco regulatorio del teletrabajo. Tales causales se derivan de una síntesis y depuración definitiva de los fundamentos transparentados (y aún aquellos solapados y sin transparentar) por los interlocutores sociales que han desarrollado este tema. En efecto, es posible asumir una posición conciliadora, por un lado, entre las posturas que propugnan una flexibilidad absoluta en esta materia, y por otro lado, entre la regulación vigente al día de hoy sobre el tiempo de trabajo (que es calificada como "obsoleta")." [8]

En efecto, no se entiende prudente o adecuado consagrar una ausencia de limitación de jornada para los trabajadores remotos, teletrabajadores o trabajadores a distancia, pero si adoptar un marco regulatorio de mayor flexibilidad. Así, por ejemplo, podría pensarse en que el teletrabajador no deba realizar una jornada continua, sino que su jornada se pueda concretar dentro de un rango superior a las 8 horas, o incluso dentro de las 24 horas del día. También se podría plantear que trabajarán de manera intermitente, por ejemplo, en períodos no inferiores a dos horas, hasta completar el límite diario de 8 horas, o se podrían transportar las horas de exceso de trabajo de una jornada para otra, o acumular horas en la semana, mes o año, para compensar con descansos.

La flexibilidad de la jornada laboral es una cuestión que se debe enclavar en la conciliación de la vida laboral y familiar, la vida misma ha dado un giro a raíz de la pandemia, el trabajador y el empresario han entendido, que la conjunción de la

8 ROSENBAUM CARLI, Federico, El teletrabajo dependiente: cuestiones centrales en torno a su regulación en Revista Jurídica del Trabajo, Tomo II, agosto 2020, pág. 300-301.

vida que antes se regía en tres situaciones y ahora en una sola, al tener el descanso, el ocio y la vida laboral en un solo sitio, la casa, pues es claro que lo que estamos haciendo ahora no es teletrabajar sino sobrevivir.

EL IMPACTO DEL TELETRABAJO EN EL HOGAR A PARTIR DEL COVID-19

Willy Monzon Zevallos*

En el presente artículo se exponen algunos aspectos que se advirtieron en la realización de teletrabajo a partir de la aparición y propagación del COVID-19, si bien esta forma de prestación de servicios permite realizar distintas actividades laborales mediante el uso de las tecnologías de la comunicación y se presentaba como una forma de trabajo innovadora que descentralizaba e incrementaba la actividad productiva, actualmente afecta las actividades personales y familiares del trabajador; por lo que, a partir de la experiencia en el estado de emergencia y el confinamiento, resulta necesario realizar mayores adecuaciones al teletrabajo con el objeto de compatibilizar la vida laboral y la vida en el hogar de los trabajadores.

Palabras Claves: Teletrabajo, tecnología de la comunicación, confinamiento.

Abstract: In this article, some aspects that were noticed in teleworking from the appearance and spread of COVID-19 are exposed, although this form of service provision allows different work activities through the use of communication technologies and it was presented as an innovative form of work that decentralized and increased productive activity, currently affecting the worker's personal and family activities; Therefore, based on the experience in the state of emergency and confinement, it is necessary to make greater adjustments to telework in order to reconcile work life and life in the workers' home.

Keywords: Teleworking, communication technology, confinement.

Sumario: 1. Introducción. **2.** La tecnología como herramienta de descentralización productiva. **3.** El teletrabajo y el hogar como centro de trabajo. **4.** El impacto del teletrabajo en el hogar. **5.** El tiempo de trabajo en el hogar. **6.** El control del teletrabajo. **7.** Conclusiones.

* Abogado por la Universidad Andina de Cusco. Asociado activo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Abogado socio del area de derecho laboral y de la seguridad social del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados.

1. Introducción

Con la declaración de pandemia realizada por la OMS el 11 de marzo de 2020 debido a la propagación del COVID-19, a nivel internacional se implementaron políticas sanitarias y se aplicaron medidas excepcionales restringiendo derechos como la libertad de tránsito y reunión, paralizando de manera simultánea muchas actividades económicas, limitando el desarrollo de las relaciones laborales y generando confinamiento en los hogares, ante esas medidas, para mantener las relaciones laborales se aplica el teletrabajo como alternativa de la continuidad laboral, práctica que si bien resulta beneficiosa para efectos laborales, afecta la vida personal y familiar de los trabajadores, por lo que es necesario analizar el impacto esta forma de trabajo en el hogar durante el estado de emergencia.

2. La tecnología como herramienta de descentralización productiva

La historia del hombre se encuentra ligada en forma directa con el trabajo, ambos coexistieron desde sus orígenes, siendo el trabajo una necesidad de supervivencia, posteriormente una mercadería, hasta evolucionar en un derecho fundamental, el ser humano por instinto de conservación trata de dominar la naturaleza y a partir de una actividad consiente física, inventiva e intelectual, busca beneficiarse de los frutos de su actividad en distintas etapas, luchando por mejorar la distribución del trabajo en función a la evolución constante de distintos factores que determinaron el carácter dinámico del trabajo y por ende la necesidad de su reglamentación con el objeto de proteger al trabajador.

Teniendo en cuenta el desarrollo acelerado de los avances tecnológicos en todos los ámbitos del quehacer humano, queda claro que las formas de trabajo, se verán modificadas cada vez más por la automatización, el uso de la tecnología de la comunicación, el correo electrónico, las plataformas de videollamadas y las aplicaciones digitales (Apps), lo que generará que la prestación de servicios dependientes e independientes se adecuen a las nuevas herramientas o instrumentos tecnológicos que el empleador asigne al trabajador para garantizar su productividad e incluso para poder desarrollar la prestación de los servicios en lugares fuera del centro de labores.

A partir de la constante evolución tecnológica, se generan a la par variaciones en las modalidades de prestar determinados servicios a través del uso de herramientas que buscan mejorar los sitemas productivos y reducir sus costos; entre las herramientas que dinamizaron las actividades humanas se ubica principalmente

el correo electrónico que revolucionó la forma de comunicarnos y también, desde hace algunos años, el uso de las plataformas de videollamas que a través de aplicativos móviles permiten la comunicación en tiempo real desde cualquier lugar que cuente con una conexión a internet, siendo esa ventaja utilizada en las relaciones laborales.

El uso del correo eletrónico y las plataformas de videollamadas permiten descentralizar las actividades laborales, ya que con el uso de esas herramientas un gran número de servicios pueden realizarse fuera del centro de trabajo, lo que permite al trabajador distribuir y adecuar sus horarios con el objeto de conciliar su vida laboral con otras actividades, es así que con el uso de la tecnología de la comunicación aplicada a las relaciones laborales surge el teletrabajo, modalidad de prestación de servicios que ya se encuentra regulada y antes de la pandemia se presentaba como la principal alternativa para mejorar la producción de las labores que se podían ejecutar fuera del centro de trabajo.

Con la aparición de esas herramientas tecnológicas se genera la descentralización de muchas actividades productivas, es decir, se origina el efecto contrario al que originó el trabajo dependiente clásico, que se caracterizó por la necesidad del desplazamiento del trabajador al centro de labores para prestar sus servicios bajo subordinación y fiscalización directa, constituyendose esa caracteristica como el principal elemento distintivo de la relación laboral, pero que a la fecha se ve modificada por el uso de la tecnología que permite la realización del trabajo en un gran número de lugares distintos a las instalaciones del empleador, siendo necesario para ello únicamente contar con un ordenador, un teléfono móvil y acceso a internet.

Por tanto, muchas actividades laborales no se desarrollan dentro de los parámetros de la definición clásica del contrato de trabajo a partir del uso de tecnología de la comunicación, la cual se aprovecha con la finalidad de mejorar la relación de trabajo y, en situaciones anteriores a marzo 2020 el teletrabajo constituía una forma de laborar por la que cada vez más trabajadores optaban; sin embargo, la realidad era distinta a la que vivimos actualmente, ya que las medidas sanitarias que se aplicaron para frenar la pandemia, ocasionaron la paralización de un gran número de actividades en forma simultánea siendo obligatorio utilizar el internet y las plataformas de videollamadas para trabajar.

Durante el estado de emergencia a partir de la pandemia, el uso de la tecnología de la comunicación y el teletrabajo dejó de ser una alternativa y se convirtió en una necesidad impuesta por las circunstancias y las regulaciones normativas,

que obligaron a muchos trabajadores a adecuar la prestación de sus servicios con los equipos y en las condiciones que tenían en ese momento pero en un escenario distinto al que idealmente presentaba al teletrabajo como una alternativa a considerar en el desarrollo de las relaciones laborales, hecho que nos permitió conocer distintos aspectos del mismo, principalmente aquellos que inciden en el bienestar del trabajador y en sus actividades extra laborales.

A partir de lo manifestado, si bien la tecnología permite la descentralización productiva, ello no basta para mejorar la producción o las condiciones laborales, ya que para realizar teletrabajo en forma adecuada, no solo se requiere contar con las herramientas de comunicación básicas, sino además espacios de trabajo con características y condiciones mínimas que permitan separar la actividad laboral de las actividades particulares del trabajador, principalmente es necesario estar predispuesto para trabajar en un lugar distinto al centro de trabajo en el cual el empleador no ejercerá fiscalización directa, debido a que ello en lugar de mejorar podría disminuir la producción.

3. El teletrabajo y el hogar como centro de trabajo

Como antecedente es importante tener en cuenta el Convenio 177 de la OIT que regula el denominado trabajo a domicilio, por el cual una persona se obliga a realizar en su residencia a cambio de una remuneración, una determinada actividad (elaboración de productos o prestación de servicios) conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales[1], figura que resulta distinta al teletrabajo.

De acuerdo con Uribe García[2], el teletrabajo tuvo sus orígenes en la década de los setenta durante la crisis petrolera en la que surgió la necesidad de evitar desplazamientos que conllevaran el consumo de derivados de petróleo, fue así como el físico *Jack Nilles* planteó la idea de llevar el trabajo al trabajador con el uso de las tecnologías de la comunicación, surgiendo el concepto de *telecommuniting*

1 Convenio 177 OIT. Convenio sobre el trabajo a domicilio, en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C177 Consulta (Octubre 2020).

2 Uribe García, Silvia Catalina. "El teletrabajo en Colombia", en: *Lecciones de derecho laboral*. Homenaje por los 130 años de la Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 169.

(teledesplazamiento o telecomunicación) siendo este el antecedente del teletrabajo, la OIT define el teletrabajo como una forma de trabajo que se realiza en una ubicación alejada de una oficina central o instalaciones de producción, con el uso de la tecnología, siendo los tipos de teletrabajo los siguientes[3]:

- Escritorio multiusuario (*hot desking*). El trabajador trabaja a distancia una parte o la mayor parte del tiempo, y el resto del tiempo en la oficina principal. Cuando trabaja en la oficina principal, el trabajador ocupa un despacho no asignado, atribuido para una utilización puntual, y no dispone de un escritorio que le estaría reservado durante sus períodos de teletrabajo.
- Escritorio multiusuario con reserva (*hotelling*). Sistema similar al del escritorio multiusuario, pero los trabajadores deben realizar una reserva previa.
- Telecentros. Instalaciones que ofrecen estaciones de trabajo y otro equipo de oficina a los trabajadores de diversas entidades. Este tipo de teletrabajo se considera útil en la medida en que la tecnología que ofrecen es mejor que la disponible en la oficina a domicilio, pero se estima que está en declive debido al acceso generalizado a las redes de banda ancha, los ordenadores portátiles y los teléfonos inteligentes.
- Oficinas colaborativas. Se trata de entornos de trabajo virtuales en los que los trabajadores pueden trabajar en colaboración desde distintos lugares gracias a una red informática.

A diferencia del trabajo a domicilio, el teletrabajo califica como una modalidad de prestación de servicios que se caracteriza principalmente por que permite la realización de actividades a través del uso de tecnología de la comunicación y además porque puede desarrollarse bajo dependencia o en forma autónoma, siendo importante para el presente análisis enfocarnos en el teletrabajo sujeto a una relación de dependencia, es decir, en el ámbito de una relación laboral generada a partir de la celebración de un contrato de trabajo; por lo que, es importante tener en cuenta algunas definiciones de teletrabajo, entre ellas las que se citan en el siguiente cuadro:

3 Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros, en:https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531116.pdf Consulta (Octubre 2020).

Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo, Bruselas 2002.	El teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular.
Declaración de lineamientos y compromisos en materia de teletrabajo, para la promoción de trabajo decente y como garantía de calidad laboral, firmada en Buenos Aires en 2010.	El teletrabajo es la forma de organizar y realizar el trabajo a distancia mediante la utilización de las TIC en el domicilio del trabajador o en lugares o establecimientos ajenos al empleador.
Ley N 30036 – Ley que regula el teletrabajo, Perú 2013.	El teletrabajo se caracteriza por el desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado "teletrabajador", en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores. Son elementos que coadyuvan a tipificar el carácter subordinado de esta modalidad de trabajo, la provisión por el empleador de los medios físicos y métodos informáticos, la dependencia tecnológica y la propiedad de los resultados, entre otros.

Elaboración propia.

De acuerdo al Informe titulado "Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar, consecuencias en el ámbito laboral"[4] elaborado por la OIT, la regulación del teletrabajo tiene por finalidad mejorar la conciliación entre la vida laboral y personal y el rendimiento empresarial, y también para promover otros objetivos, como la continuidad operativa en tiempos de crisis y la inclusión de grupos específicos en el mercado de trabajo (como trabajadores mayores, mujeres con hijos pequeños y personas con discapacidades); sin embargo, durante la pandemia no se logró tal finalidad debido a que el informe fue elaborado en circunstancias en las que no se avizoraba una crisis como la que atravesamos.

Antes de la pandemia el trabajador en acuerdo con su empleador, podía solicitar realizar la prestación total o parcial de sus servicios mediante teletrabajo, siendo importante precisar que esa modalidad de trabajo no implica necesaria u obligatoriamente ejecutar las labores desde el hogar; sin embargo, esa plaza era el lugar que con más frecuencia se utilizaba para trabajar, a diferencia de esa situación, con la pandemia la prestación de servicios a través del teletrabajo se

4 Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral, en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_712531.pdf Consulta (Octubre 2020)

convirtió en obligatoria, lo que generó el desplazamiento del trabajo al hogar a partir de las disposiciones que la mayoría de Estados implementó para controlar la propagación del virus, entre ellas el confinamiento obligatorio.

Con el confinamiento obligatorio, el hogar del trabajador se convirtió en un centro de aislamiento y además en el centro de labores, pero ello en un escenario impensado en el que como manifesté, muchas actividades simultáneamente no podían realizarse con normalidad sino a través del teletrabajo, lo que determinó la presencia en el hogar de más de una persona, incluso familias cuyos miembros debían de realizar a la vez distintas actividades utilizando internet y las plataformas de videollamadas, ya sea con el simple objeto de comunicarse, realizar estudios, prestar sus servicios dependientes o en forma autónoma, lo que además incrementó y congestionó el uso de internet.

Bajo las condiciones generadas por el confinamiento durante la pandemia, el hogar se convirtió en el nuevo centro de trabajo, pero sin que en muchos casos el trabajador cuente como mínimo con espacios y equipos adecuados para la prestación de sus servicios, es más en muchos casos incluso los empleadores tuvieron que enviar al domicilio de los trabajadores los equipos necesarios para garantizar la continuidad de los servicios de sus trabajadores, siendo evidente que no es lo mismo prestar servicios en el local de la empresa que en un ambiente del hogar, lo que además genera que las actividades laborales invadan el espacio personal y familiar del trabajador.

Es evidente que muchos trabajadores no se adaptan a este cambio abrupto de la forma de trabajo utilizando internet y plataformas de reuniones, ya que estaban acostumbrados a realizar labores de manera presencial en las instalaciones de la empresa en la cual rara vea mezclaban los aspectos personales con los laborales, situación que no se presenta en la realidad, ya que al convertirse el hogar en el centro de trabajo, ya no existen espacios diferenciados físicamente ni emocionalmente, situación que determina que el hogar no pueda reemplazar al centro de trabajo en una circunstancia de crisis como la que atravesamos, ya que no es saludable trasladar las actividades laborales al hogar.

4. El impacto del teletrabajo en el hogar

Las diversas situaciones que se presentan durante la pandemia principalmente en la ejecución del teletrabajo dependiente, generan un impacto directo en las actividades del hogar y en la relación entre sus miembros, ello debido a que el

teletrabajo no es una alternativa para la que todos se encuentran preparados, por más que se generen algunos beneficios para el trabajador como por ejemplo el ahorro de tiempo y dinero, al no ser necesario requerir desplazamiento para asistir al centro de trabajo; si bien el teletrabajo puede generar un impacto positivo en la relación laboral, la experiencia en pandemia solo demuestra en gran medida que genera un impacto negativo en el hogar.

Si bien la finalidad de aplicar el teletrabajo buscaba conciliar la vida personal y familiar con las actividades laborales, la ejecución de esta forma de trabajo en la actual crisis en realidad reduce la calidad de vida, ya que, al desplazarse el trabajo al hogar el trabajador ya no puede diferenciar sus espacios y las actividades laborales irrumpen su espacio personal y familiar, lo que no solo afecta la salud del trabajador sino la de su entorno; motivo por el cual, en realidad no en todas las empresas se mantuvo o incrementó la productividad, ya que de acuerdo a estudios recientes demuestran que al realizar actividades laborales desde casa, el trabajador se expone a distracciones que no existían en el centro de labores.

El teletrabajo desde el hogar puede generar agotamiento ya que se rompe el equilibrio que debería mantenerse entre las actividades personales y laborales, además se pierde la sensación de comunidad laboral y la interacción con los compañeros de trabajo, situación que genera disminución de la productividad en el trabajo en equipo; adicionalmente, se utilizan espacios del hogar con fines laborales, lo que afecta el entorno familiar del trabajador, debido a que no todos los trabajadores cuentan con espacios que pueden destinar exclusivamente para fines laborales a lo que se suma la dificultad de establecer horarios, lo que a su vez puede afectar la salud del trabajador.

De la forma como se viene aplicando el teletrabajo en el hogar durante la crisis sanitaria, debido a la falta de planeamiento para aplicar esta modalidad de trabajo, permite una mayor autonomía al trabajador para la realización de la prestación de sus servicios; sin embargo, también puede incrementar la intensidad de trabajo; respecto la autonomía se genera una limitación para el empleador ya que actualmente no existen mecanismos que permitan una fiscalización adecuada del trabajador en su hogar; por lo que, antes de implementar formas de monitoreo, el empleador previamente deberá evaluar si con el uso de alguna herramienta de control, se afecta o no la intimidad del trabajador.

El teletrabajo desde el hogar genera sedentarismo, ya que el trabajador no realiza la misma actividad física como cuando debía desplazarse para acudir al centro de labores o cuando realizaba las labores en la oficina, también puede oca-

sionar conflictos entre la vida laboral y familiar, lo que podría conllevar a cuadros de estrés que afecten la salud y por ende la productividad del trabajador, todo ello debido a que con la pandemia el teletrabajo dejo de ser una modalidad excepcional de prestación de servicios, convirtiéndose por el momento en la regla general que podría mantenerse por un mayor periodo de tiempo mientras no se produzca una vacuna que permita el retorno del trabajo presencial en los centros de labor.

Evidentemente, el impacto del teletrabajo en el hogar será distinto dependiendo del tipo de trabajador que realice la prestación de sus servicios bajo esa modalidad, ya que será distinta la afectación que se genere para un trabajador soltero, para una trabajadora, para una pareja de trabajadores o una pareja de trabajadores con hijos o adultos a su cargo, ello debido a que al realizar trabajo desde el hogar, siempre influirá en las relaciones personales de los trabajadores y al convertirse en una modalidad de trabajo de uso obligatorio debido a la pandemia, es necesario realizar estudios que permitan obtener datos respecto el impacto del teletrabajo durante esta crisis, ya que nos encontramos en un escenario distinto al que existía antes de marzo de 2020.

A partir de la pandemia, en la mayoría de actividades laborales el teletrabajo se volvió la alternativa de trabajo más utilizada para continuar con la prestación de servicios y por tanto mantener la relación laboral; sin embargo, además de los múltiples beneficios que puede ofrecer esta forma de trabajo, también genera efectos negativos en la vida personal y familiar de los trabajadores, variando la intensidad del impacto de esos efectos en el hogar, debido a distintos los factores colaterales que influyen en la actividad laboral realizada fuera del centro de trabajo, situación que trato de explicar únicamente con fines referenciales en el siguiente cuadro:

Trabajador	Hogar	Actividades	Impacto del teletrabajo
Soltero (a)	Independiente	Trabajo/Hogar	Bajo
En pareja	Compartido	Trabajo/Hogar	Bajo/medio
En pareja con hijos	Compartido	Trabajo/Hogar/atención hijos	Medio/Alto
En pareja con hijos y adultos mayores su cargo	Compartido	Trabajo/Hogar/atención hijos/Atención adultos	Alto
Soltera con hijos	Compartido	Trabajo/Hogar/Hijos	Alto
Soltera con hijos y adultos mayores a su cargo	Compartido	Trabajo/Hogar/atención hijos/Atención adultos	Alto

Elaboración propia con fines referenciales. Pueden existir otros casos, por ejemplo, personas con discapacidad o personas bajo dependencia que no pueden valerse por si mismos, entre otros casos.

Como referí el impacto negativo del teletrabajo en el hogar será distinto para cada trabajador, por ejemplo, para un trabajador soltero podría ser bajo a diferencia de una pareja de trabajadores, una pareja de trabajadores con hijos o adultos mayores a su cargo y, una trabajadora soltera con hijos, situaciones que además se complicaron durante el estado de emergencia, ya que debido a las disposiciones gubernamentales se paralizaron varias actividades de manera simultánea, las que se reactivaran en forma progresiva, generando un confinamiento que viene afectando la vida personal y familiar de los trabajadores, ya que el hogar se convirtió en el centro de trabajo.

5. El tiempo de trabajo en el hogar

Si bien el impacto del teletrabajo en el hogar también incluye el tiempo de trabajo, considero necesario atender este punto de manera independiente, ya que la jornada de trabajo es un aspecto determinante en la relación laboral y la productividad, el cual se encuentra debidamente regulado por la legislación laboral y el control que realiza el empleador así como el propio trabajador para no exceder la prestación de sus servicios y con ello descuidar sus actividades personales y familiares; sin embargo, durante la pandemia se advierte una variación en la forma de aplicación del tiempo de trabajo ante la ausencia de mecanismos de control que puedan fiscalizar al trabajador en su hogar.

Teniendo en cuenta que el trabajo no es una mercancía, la jornada laboral debe fijarse de tal manera que el trabajador cuente con tiempo libre para desarrollar su proyecto de vida, con descanso que le permita resguardar su salud evitando el agotamiento que pueda poner en riesgo su vida, caso contrario se podría generar una reducción en la calidad de la prestación del servicio. La jornada de trabajo se define como el tiempo en el cual el trabajador dependiente debe prestar sus servicios a favor del empleador. Montoya Melgar[5], considera que la duración efectiva de la jornada depende de factores económicos, técnicos y legales; siendo necesario limitar la jornada para evitar efectos negativos sobre la producción.

Existía duda si la jornada de trabajo se medía por el tiempo de prestación efectiva o por el tiempo que el trabajador se encuentra a disposición del empleador, para ello es importante tener en cuenta la distinción que hace Stanley Kent

5 Montoya Melgar, Alfredo. Derecho del Trabajo. 34 Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 344.

citado por Pirolo y Murray[6], quien considera que existen tres clases de tiempo relacionadas a la determinación de la jornada, es decir: ***i)*** El tiempo legal, ***ii)*** El tiempo nominal y ***iii)*** El tiempo efectivo. El tiempo nominal es el que observa la OIT en el Convenio 30 sobre las horas de trabajo (Comercio y Oficina)[7] precisando que estas, son el tiempo durante el cual el personal se encuentra a disposición del empleador, con excepción de los descansos, durante los cuales el personal no se halla a la disposición.

Clases de tiempo para determinar la jornada según Stanley Kent	
Tiempo Legal o Reglamentario (Word time)	Tiempo fijado por mandato legal, contrato colectivo o reglamento de la empresa, de acuerdo con las exigencias de la legislación.
Tiempo Nominal (Nominal time)	Todo el lapso de tiempo durante el cual el trabajador se encuentra en el centro de labores en condiciones de prestar sus servicios.
Tiempo Efectivo (Actual time)	Es el que corresponde al trabajo realmente ejecutado a favor del empleador, descontando los periodos que se pierden por demoras o suspensión de la tarea.

Fuente: Stanley Kent, citado por Pirolo y Murray.
Elaboración propia.

Si bien antes de la pandemia la realización del teletrabajo permitía flexibilidad laboral, así como la posibilidad de que el trabajador pueda establecer su horario, a partir de marzo 2020 esa posibilidad se ve restringida para muchos trabajadores, ya que además de realizar la prestación de sus servicios, tienen que realizar las labores del hogar y en algunos casos atender y apoyar a sus parejas, sus hijos a efecto de que puedan participar en sus propias actividades durante el confinamiento, ocasionando el conjunto de actividades que la noche o la madrugada sean los espacios para establecer horarios de trabajo; más aun cuando en esas horas el internet no se congestiona.

Por tanto, mientras se mantengan las disposiciones de confinamiento y se aplique el teletrabajo como el mecanismo para mantener la actividad laboral sin riesgo de contagio, el trabajador y empleador deberán establecer mecanismos que permitan fijar un control adecuado y razonable del tiempo de trabajo que además permitan conciliar las actividades laborales y la vida personal y familiar del trabajador, ya que el tiempo de trabajo lamentablemente permite establecer y fijar el o los momentos en que se pueden realizar actividades extra laborales, pese a ello

6 Pirolo, Miguel Ángel y Murray, Cecilia. "Jornada de trabajo. Pausas y Descansos", en: *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo 3, la relación individual de trabajo II, coordinado por Diego Martin Tosca, dirigido por Mario Eduardo Ackerman. 1ra. Edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 592.

7 Este convenio no fue ratificado por el Perú.

teniendo en cuenta la situación que atravesamos por la pandemia, en algunos casos el tiempo de trabajo podría estar condicionado al tiempo de actividades extra laborales.

El teletrabajo además de permitir la flexibilidad del horario de trabajo, genera que el empleador en cualquier momento pueda requerir los servicios del trabajador incluso fuera del horario establecido, situación que a partir de marzo 2020 se volvió más común y recurrente mediante el uso de las herramientas como el correo electrónico y las plataformas de videollamadas; sin embargo, pese a la crisis que atravesamos, no resulta justificado exigir el teletrabajo más allá del horario que el empleador estableció para la prestación de los servicios, siendo necesario a partir de la pandemia volver a analizar la necesidad de regular la desconexión digital como un derecho laboral.

Podemos tomar como ejemplo a seguir la Ley 2016-1088 conocida como la ley "*Khomri*" que regula la adaptación del trabajo frente a los nuevos dispositivos tecnológicos, el nuevo apartado 7 del artículo L. 2242-8 del Código de Trabajo Francés[8], reconoció el ejercicio pleno que tiene todo trabajador a la desconexión y la obligación del empleador de incluir programas que regulen el manejo de los dispositivos tecnológicos, con el fin de asegurar el derecho de descanso, la vida personal y familiar de los trabajadores, estableciendo en acuerdo con estos, políticas para regular el derecho a la desconexión y el manejo razonable de los dispositivos tecnológicos utilizados en el teletrabajo.

En la actual situación que atravesamos y ante el estrés y la incertidubre que se genera al no conocer cuando terminar el confinamiento generado a partir de la pandemia, es necesario regular el uso de dispositivos tecnológicos fuera de la jornada laboral, ya que de lo contrario se genera al trabajador una sobrecarga de información y comunicación, lo que interfiere con su vida privada y limita su derecho al descanso diario, semanal o anual, afectando su salud, con la infointoxicación, el cibercansancio, el tecno estrés, la tecno adicción, entre otras pro-

8 "La negociación anual sobre la igualdad profesional ante las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo incluirá:
Las modalidades de pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos reguladores del uso de utensilios digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de las vacaciones, así como la vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa, o en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Está política definirá las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y sensibilización sobre el uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección"

blemáticas que se generan a partir del uso excesivo e inadecuado las herramientas tecnológias de comuniación.

6. El control del teletrabajo

En la actual situación generada por la pandemia, el teletrabajo en las relaciones laborales dependientes permite una mayor autonomía al trabajador para que este pueda establecer la oportunidad en que ejecutará las prestaciones a su cargo, si bien es posible realizar cierto control a través de las herramientas tecnológicas de comunicación, ante la falta de mayores mecanismos de control que permitan fiscalizar de manera objetiva la prestación de los servicios del trabajador fuera de las instalaciones de la empresa, la facultad de fiscalización del empleador se ve limitada al no poder realizar un control directo como cuando los servicios se ejecutan de manera presencial.

Ante la limitación en el control del teletrabajo, surge la necesidad de regular los mecanismos de fiscalización que el empleador podría implementar para controlar la actividad laboral del teletrabajador; sin embargo, al analizar esta forma de trabajo en el hogar, antes de establecer cualquier mecanismo de control, primero se deberá analizar si con ello se vulnera el derecho a la intimidad del trabajador; ya que, los servicios ejecutados con el uso de correo electrónico y plataformas de videollamadas se prestan desde el hogar, lo que limita cualquier tipo de injerencia no consentida del empleador por parte del trabajador, debido a que el servicio no se presta en una instalación de la empresa.

Se debe tener en cuenta que cualquier intromisión del empleador en el hogar del trabajador incluso a través de herramientas tecnológicas de comunicación como consecuencia de la prestación de servicios por teletrabajo, además de afectar el derecho a la intimidad del trabajador, configuraría una infracción al derecho a la inviolabilidad del domicilio e incluso una injerencia a la protección de sus datos personales; sin embargo, sin una regulación que establezca parámetros razonables de control adecuado, el empleador se encontraría limitado para poder ejercer su poder de dirección e incluso su potestad sancionadora frente al trabajador que incumpla sus obligaciones laborales.

Si bien el empleador puede fiscalizar las herramientas de trabajo, en el caso del correo electrónico de trabajo su control se encuentra restringido y no puede ejecutarse sin contar con consentimiento previo del trabajador, pese a que ese correo es una herramienta de trabajo, en caso el empleador acceda al contenido

de la herramienta de trabajo sin observar el procedimiento judicial establecido para levantar el secreto de las comunicaciones, cualquier medida disciplinaria que se sustente en ese control carecerá de efecto legal y como consecuencia de ello la sanción impuesta quedará sin efecto, situación que demuestra las limitaciones que existe al control del teletrabajo.

Las mismas restricciones se presentan al control de la navegación en internet y a la instalación de cámaras de video vigilancia incluso dentro de las instalaciones de la empresa; por lo que, el ejercicio en la fiscalización a través de esos soportes resultará mucho más limitado en cuanto se pretenda ejercer en el domicilio del trabajador, motivo por el cual, resulta necesario analizar y regular los mecanismos de control que legalmente y sin vulnerar derechos fundamentales del trabajador, permitan ejercer control del teletrabajo, más aun cuando esta forma de trabajo se incrementará en el futuro no solo debido a la pandemia, sino principalmente al uso de la cada vez más avanzada tecnología de la comunicación.

Sin perjuicio de lo manifestado, como el teletrabajo además de flexibilización permite al trabajador una mayor autonomía, la que sumada a la falta de fiscalización directa por parte del empleador, podría generar que el vínculo laboral no se caracterice necesariamente por la presencia de la subordinación jurídica como manifestación determinante del contrato de trabajo, ya que la subordinación económica podría asumir mayor protagonismo, lo que acercaría al teletrabajo más hacía el trabajo autónomo o ampliaría el ámbito de protección del derecho del trabajo a los prestadores de servicio autónomo.

Para el profesor Palomeque, la actual situación económica y social huye, ciertamente, de un modelo único de relación de trabajo, por lo que para incorporar nuevas formas de organización de la producción y del trabajo se ha abierto camino de modo incuestionable el recurso a la promoción y desarrollo del trabajo autónomo y, por lo que ahora interesa, las propuestas del campo de aplicación del Derecho del Trabajo a los trabajadores autónomos, en general o tan solo aquellos que, sin poder ser calificados lógicamente de asalariados, se encuentran sin embargo en una situación de dependencia económica frente al empresario o cliente principal [parasubordinación del trabajador o trabajo subordinado][9]. autor citado, rdinado aquellos ute principal"rgo calificados locurso a la promocise diferencian justamente por que en aquellos *o trao tra*

9 Palomeque López, Carlos Manuel, "El trabajo autónomo", en: *El trabajo.* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011, p. 151.

Al existir servicios que se prestan fuera del concepto tradicional de subordinación como sería el caso del teletrabajo, la regulación actual resultaría insuficiente para atender las nuevas formas de trabajo que se originan a partir de los avances tecnológicos, principalmente aquellas que se ejecutan fuera del centro de trabajo a través de medios de comunicación o de plataformas digitales; por lo que, a criterio de Supiot citado por Ameglio, la noción de subordinación ya no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo por cuenta ajena, por lo que tal vez habría que establecer un nuevo régimen jurídico para las personas que trabajan que rebase los límites actuales del trabajo asalariado[10].

7. Conclusiones

Si bien el teletrabajo es una alternativa que permite la prestación de servicios en situaciones de crisis como la que se generó con la pandemia y evita el contagio del COVID-19, facilitando la continuidad laboral, flexibilizando y descentralizando el trabajo dependiente que ahora se puede realizar fuera del centro de labores con el uso de internet y la tecnología de la comunicación, sin embargo, ocasionó el traslado de la actividad laboral al hogar irrumpiendo las actividades personales y familiares del trabajador, lo que puede generar la disminución de la productividad y afectar su salud, situaciones que no se presentaban al aplicar el teletrabajo antes de marzo del 2020.

El teletrabajo dejó de ser una alternativa para muchos trabajadores y se convirtió en una práctica obligatoria, ejecutándose en la mayoría de casos en el hogar sin los equipos y espacios adecuados para realizar actividades laborales, lo que genera sedentarismo, distracción, estrés y dificulta separar la actividad laboral de las personales y familiares, afectando el descanso del trabajador quien debe buscar espacios de tiempo incluso fuera de la jornada laboral para poder cumplir con sus labores sin que sus actividades extra laborales interfieran en su trabajo, siendo necesario regular el derecho a la desconexión digital con el objeto de garantizar condiciones de trabajo adecuadas.

El teletrabajo además de flexibilizar la relación laboral, otorga al trabajador mayor autonomía para la prestación de sus servicios pese que se encuentran bajo relación de dependencia y como el trabajo se realiza en el hogar, limita la facultad de fiscalización del empleador, siendo imposible implementar sistemas de video

10 Ameglio, Eduardo J, "La subordinación ¿sigue siendo la nota que caracteriza al contrato de trabajo?", en: *La Relación de trabajo*, Primera Edición, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, p. 224.

vigilancia sin afectar el derecho a la intimidad del trabajador o la inviolabilidad de domicilio, debiendo respetar además la privacidad de sus datos personales, lo que determina la urgencia de mejorar la regulación de esta modalidad de trabajo ya que su uso será mucho más cotidiano en los próximos años y se requiere una conciliación real entre las actividades personales y laborales del trabajador.

Finalmente, una vez más queda en evidencia que el desarrollo tecnológico y el uso de medios de comunicación cada vez más avanzados, modifican las formas de trabajo dependiente y autónomo, por lo que se debe tener en cuenta que el Informe Inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, elaborado por la OIT, precisó que no queda claro qué fracción de la fuerza de trabajo mundial acabará representando el trabajo virtual, y si estas formas de trabajo acabarán entrando en la esfera de la relación laboral, si se convertirán en nuevos tipos de trabajo informal o si no podrán encajar en los marcos normativos existentes[11], lo que nos obliga a analizar con detenimiento las nuevas formas de trabajo.

8. Bibliografía

AMEGLIO, Eduardo J, "La subordinación ¿sigue siendo la nota que caracteriza al contrato de trabajo?", en: *La Relación de trabajo*, Primera Edición, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. 34 Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.

PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos Manuel, "El trabajo autónomo", en: *El trabajo.* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011.

PIROLO, Miguel Ángel y MURRAY, Cecilia. "Jornada de trabajo. Pausas y Descansos", en: *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo 3, la relación individual de trabajo II, coordinado por Diego Martin Tosca, dirigido por Mario Eduardo Ackerman. 1ra. Edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.

URIBE GARCIA, Silvia Catalina. "El teletrabajo en Colombia", en: *Lecciones de derecho laboral*. Homenaje por los 130 años de la Universidad Externado de Colombia, 2016.

11 Informe Inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf Consulta (Octubre 2020).

Convenio 177 OIT. Convenio sobre el trabajo a domicilio, en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C177

Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros: Documento Temático para el Foro de diálogo mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de TIC y financieros (Ginebra, 24-26 de octubre de 2016), Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Actividades Sectoriales, Ginebra, OIT, 2016, en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531116.pdf

Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2017, en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf.

Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2019, en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_712531.pdf

LA DESCONEXIÓN DIGITAL: ALCANCES Y REGULACIÓN EN EL PERÚ

César Puntriano Rosas*

En este artículo se aborda al tema del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso en la era digital. Proviniendo la legislación comparada sobre desconexión digital de una etapa anterior a la pandemia, en nuestro país este tema ha tomado importancia en la coyuntura de la actual crisis, por lo que este estudio nos ofrece una aproximación a las reglas establecidas en nuestro país y en otras realidades.**

Sumario: 1. La ordenación del tiempo de trabajo: de la jornada máxima a la desconexión digital. **2.** Nociones conceptuales sobre la desconexión digital y debate sobre la necesidad de su regulación. **3.** La regulación comparada de la desconexión digital. **4.** Alcances de la normativa vigente en el Perú. **5.** Conclusiones.

1. La ordenación del tiempo de trabajo: de la jornada máxima a la desconexión digital

La institución del tiempo de trabajo, referida al encuadramiento temporal de la deuda de actividad a cargo del trabajador, ha servido históricamente para delimitar la cantidad máxima de horas de trabajo debidas al empresario, a efectos de

* Abogado y magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Docente en la PUCP, ESAN Graduate School of Business, Universidad ESAN, Universidad San Martín de Porres. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Actualmente es Socio del Área laboral del Estudio Muñiz.

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

ofrecer al trabajador una protección mínima frente a los riesgos que representan una duración excesivamente prolongada del trabajo o corta de los descansos[1].

Una de las primeras reivindicaciones sociales es justamente aquella que buscaba que la jornada de trabajo fuera de 8 horas. El 11 de noviembre de 1887 ocho sindicalistas que reivindicaban dicha jornada laboral fueron encarcelados y condenados a muerte por los hechos acaecidos el 4 de mayo de 1886 en la plaza de Haymarket, en Chicago, Estados Unidos de América[2].

Desde su creación en 1919, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha buscado adoptar normas internacionales que regulen la jornada laboral. Vemos así que en el Preámbulo de la Parte XIII (Trabajo) del sistema de tratados de paz de Versalles, por el que se estableció la OIT, se previó expresamente la "reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo" entre las medidas indispensables para mejorar las condiciones de trabajo.

El primer convenio de la OIT, Convenio N° 1 sobre las horas de trabajo (industria), 1919[3], contiene una combinación de los dos principios mencionados en el Tratado de Versalles respecto a todos los trabajadores comprendidos bajo su ámbito, pues se limita la duración del trabajo a ocho horas por día y 48 horas por semana en las empresas industriales en general, y a 56 horas por semana en el caso de los trabajos cuya realización continua, por razón de la naturaleza del mismo deba ser asegurada por equipos sucesivos.

Nuestro país no es ajeno a la regulación sobre el tiempo de trabajo, si bien las Constituciones de 1920 y 1933 no contaban con disposiciones claras sobre jornada máxima de trabajo, en sus artículos 47 y 46, respectivamente delegaban en el legislador la regulación sobre condiciones máximas de trabajo. En la Constitución de 1979 se recoge la jornada máxima de 8 horas diarias y 48 semanales, encontrándose actualmente vigente la Constitución de 1993 que dispone que la misma

1 PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco y Erika Monreal Bringsvaerd. La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 58. p.57

2 Véase: https://historia.nationalgeographic.com.es/a/revuelta-haymarket-y-derechos-laborales_15292#:~:text=Conocidos%20como%20%22los%20m%C3%A1rtires%20de,plaza%20de%20Haymarket%2C%20en%20Chicago.

3 Para un mayor análisis al respecto véase: Organización Internacional del Trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 93° reunión, 2005. Informe III (Parte 1B), Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) y al Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30) Tercer punto del orden del día: Información y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). El informe puede obtenerse en: http://www.oit.org.

es de 8 horas diarias o 48 semanales. A nivel infraconstitucional tuvimos a inicios de los años noventa al Decreto Ley 26136 y en la actualidad al Decreto Legislativo No. 854, que luego de algunas modificaciones ha generado la adopción de un Texto Único Ordenado, aprobado por Decreto Supremo No. 007-2002-TR.

El diseño legal de esta condición de trabajo[4] evidencia una evolución de la misma pues pasamos de una preocupación por el aspecto cuantitativo (reivindicación obrera de la jornada de ocho horas al día) hacia una centrada también en los aspectos cualitativos de la jornada. Esta última perspectiva comprende, por un lado, el interés empresarial de contar con una distribución del tiempo de trabajo de su personal que responda a sus necesidades, y por otro, el interés del trabajador en lograr una conciliación entre el tiempo que dedica a sus actividades laborales y su vida personal y familiar[5]. Es conveniente añadir que el aspecto cualitativo se relaciona con el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, en tanto acceder a un tiempo de descanso suficiente evita el riesgo de ocurrencia de accidentes de trabajo ocasionados por la fatiga del trabajador.

También contamos con reglas sobre el descanso vacacional[6], en días feriados[7], descanso semanal, permisos y licencias remuneradas y no remuneradas y tiempo mínimo de refrigerio[8].

En línea con lo señalado, el Perú ratificó en 1986 al Convenio de la OIT No. 156, Convenio de los Trabajadores con responsabilidades familiares, cuyo artículo 3 requería que el Estado estableciera políticas públicas que permitieran que aquellos trabajadores con responsabilidades familiares que laboren, no sean discriminados, y, en la medida de lo posible, no tengan conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

Asimismo, mediante Resolución Nro. 048-2014-TR, se aprobó la guía de buenas prácticas en materia de conciliación del trabajo y la vida familiar y personal, siendo uno de sus ejes la gestión adecuada del tiempo de trabajo.

4 Como sabemos existen dos acepciones del término condición de trabajo, por un lado una restringida, referida a aquellos elementos que el empleador proporciona a su personal para el adecuado cumplimiento de sus labores, y por otro la acepción amplia que apunta a describir todos los elementos presentes en una relación de trabajo, como la remuneración, jornada de trabajo, descanso vacacional, etc.

5 PEREZ DE LOS COBOS, op. cit. p.58.

6 Nos referimos al Decreto Legislativo No. 713, Ley que regula los descansos remunerados y su Reglamento, el Decreto Supremo No. 012-92-TR en el sector privado, al Decreto Legislativo No. 1405 y su Reglamento, el Decreto Supremo No. 013-2019-PCM en el sector público.

7 El Decreto Legislativo 713 para el personal sujeto al régimen privado y el Decreto Supremo No. 178-91-PCM para los trabajadores del Sector Público, comprendidos en el Régimen del D.L. 11377 y D.Leg.276

8 Nos referimos al Decreto Supremo No. 007-2002-TR y su Reglamento.

La lógica detrás de las normas que limitaban el tiempo de trabajo apuntan a mantener al trabajador confinado en su centro de trabajo por una determinada cantidad de horas al día, para luego permitirle "desconectarse" del mismo, gozar de su derecho al descanso y dedicarse a actividades familiares o simplemente al ocio.

Partiendo de la manera tradicional de la ejecución de la actividad laboral, bastaba con que el trabajador se retirara de su centro de labores para liberarse de la obligación de trabajar y con ello enfocarse en sus actividades personales.

Este respeto por el tiempo de descanso indudablemente aplica durante el tiempo de refrigerio, el descanso vacacional, el descanso semanal obligatorio, en días feriados, así como cualquier permiso o licencia que el trabajador goce. El derecho al descanso se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento no solo por la existencia de normas que lo regulan, sino que las mismas impiden la imposición de trabajo durante el mismo, e inclusive si este es realizado con acuerdo de partes, se exige al empleador el pago al trabajador de una compensación económica mayor o el otorgamiento de un día de descanso compensatorio[9].

Sin embargo, esta estructura del trabajo en las instalaciones del empleador y la desconexión física y mental del trabajador luego de su hora de salida se ve trastocada con la irrupción de la tecnología en las relaciones laborales. Como sostiene la doctrina, "(…) el paulatino avance de la tecnología digital ha terminado, decididamente, por difuminar y desdibujar los contornos existentes con anterioridad entre los tiempos dedicados al trabajo y al descanso (…)"[10].

Señala la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo de la OIT en un estudio denominado " Trabajar para un futuro más prometedor ", que en la era digital, tanto gobiernos como organizaciones de trabajadores y empleadores deberán encontrar medios para aplicar de manera eficaz ciertos límites máximos a las horas de trabajo, por ejemplo estableciendo el derecho a la desconexión digital[11].

9 Lo cual ocurre con el trabajo en día de descanso semanal obligatorio o en días feriados, en los cuales se abona una sobretasa del 100% o trabajo en sobretiempo, cuyas sobretasas oscilan entre el 25% del valor hora de trabajo por las dos primeras horas y el 35% a partir de la tercera. Cabe señalar que en el sector público por disposiciones en las normas sobre presupuesto no se retribuye el sobretiempo, quedando solamente la compensación con descanso físico, lo cual muchas veces no sucede. Esta posibilidad de trabajar durante el descanso no aplica para el tiempo de refrigerio. Inclusive si las partes lo acuerdan puede ocurrir que el refrigerio forme parte de la jornada de trabajo.

10 TALÉNS VISCONTI. Eduardo. El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. En: Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas. Núm. 17 zk./2019. Pág. 151.

11 Organización Internacional del Trabajo. " Trabajar para un futuro más prometedor ". Ginebra, OIT, 2019. P.41G

El trabajador actual, y futuro[12], que emplea masivamente a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), podrá laborar desde cualquier lugar, quedando expuesto a que el empleador invada su esfera privada y lo considere como un trabajador 24x7, es decir, disponible los 7 días de la semana durante 24 horas diarias. Advirtamos que la inserción de las TIC en el mundo del trabajo supone una paradoja, pues por un lado se amplía la autonomía del trabajador para organizarse y desarrollarse de mejor modo, pero otro lado, "(…) se asiste a nuevas herramientas de control a disposición del empleador, que ponen frente a nuevos riesgos en el plano del ejercicio de sus derechos fundamentales, como la intimidad o la vida privada (…)[13]".

Esta situación expone al trabajador a riesgos psicosociales como el tecnoestrés, pudiendo también ser víctima del síndrome de desgaste profesional o burnout.

Frente a ello, resulta imperativo que el empleador adopte medidas en línea con el cumplimiento de su deber de brindar condiciones de trabajo seguras a su personal, eliminando o minimizando los riesgos laborales a los que puedan encontrarse expuestos. El artículo 56 de la Ley No. 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, exige al empleador que prevea que las exposiciones a agentes físicos, químicos y psicosociales concurrentes en el centro de trabajo no generen daños en la salud del personal. Por su parte el artículo 103 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 005-2012-TR, considera que existe exposición a los riesgos psicosociales cuando se perjudica la salud de los trabajadores, causando estrés y, a largo plazo, una serie de sintomatologías clínicas como enfermedades cardiovasculares, respiratorias, inmunitarias, entre otras.

El Reglamento de la Ley de Salud Mental, aprobado por Decreto Supremo No. 007-2020-SA, dispone que el empleador, sea público o privado, desarrolle programas que permitan identificar, evaluar, atender y proteger al trabajador ante el estrés laboral, el agotamiento laboral.

Es claro entonces que el empleador debe garantizar el respeto a una jornada máxima de trabajo así como los tiempos de descanso previstos en la normativa vigente, con la finalidad de que el trabajador pueda desconectarse de sus labores, recuperar energías y laborar con normalidad, sin riesgos derivados del cansancio.

Como garantía del respeto de los tiempos de descanso se ha erigido la desconexión digital. A la misma nos referiremos en el acápite siguiente.

12 Véase: World Economic Forum. The future of jobs report 2020. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2020.pdf

13 Ugarte Cataldo, J. El nuevo derecho del trabajo. Santiago. Legal Publishing. 2011. P.176.

2. Nociones conceptuales sobre la desconexión digital y debate sobre la necesidad de su regulación

La desconexión digital puede definirse como "un derecho digital que (…) limita el uso de las tecnologías y se garantizan los tiempos de descansos, permisos y vacaciones. En consecuencia, una vez terminada la jornada laboral, el trabajador puede no responder a llamadas, correos electrónicos corporativos ni mensajes de texto[14]".

En esa misma línea, se considera como tal, a aquel "(…) derecho que tienen los trabajadores a no desarrollar actividades por fuera de la jornada de trabajo, ni a ser contactado por el empleador o sus representantes, a través de medios digitales o electrónicos; sin que su actitud negativa, pasiva y evasiva signifique consecuencia desaprobación alguna en el ámbito de la relación de trabajo (…)[15]".

También se afirma que la desconexión es una medida de retraimiento empresarial. Alemán sostiene, con acierto, que esta supone "(…) una limitación prohibitiva respecto del ejercicio de los poderes empresariales en lo concerniente a la organización digital del trabajo. Pero aparte de esto, la obligación de «respetar» los tiempos de descanso conecta estructuralmente con la dignidad como valor superior protegido (…)[16]".

Se sostiene, asimismo, que este "derecho" debe contener al menos dos aspectos, por un lado, el derecho del trabajador de desconectarse de la actividad laboral luego de culminada la jornada laboral o en tiempos de descanso, y por otro lado, oponerse a cumplir tareas en dichas circunstancias, con la consecuente imposibilidad jurídica de ser sancionado por ello[17].

La desconexión digital se erige como la obligación del empleador de no exigir la ejecución de labores luego de culminada la jornada de trabajo o durante el tiempo de descanso del trabajador, y el derecho del trabajador a negarse a atender

14 TRUJILLO PONS, Francisco. Camino a una nueva ley sobre el trabajo a distancia (teletrabajo) y el derecho a la "desconexión digital en el trabajo". Revista Aranzadi Doctrinal num.8/2020. p.11.

15 NARANJO COLORADO, Luz Dary. Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral. En: Revista Saber, Ciencia y Libertad. Vol. 12, No. 2 Julio-Diciembre 2017. p.51

16 ALEMAN, PAEZ, Francisco. El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail No 2016-1088». En: Trabajo y Derecho, Nº 30, Sección Estudios, Junio 2017, Editorial Wolters Kluwer. p.14.

17 ROSENBAUM CARLI, Federico. El "derecho" a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo. En: Revista Derecho & Sociedad, N° 53. p.115.

cualquier requerimiento de su empleador durante su tiempo de descanso, sin que se le aplique consecuencia negativa por ello.

Esta desconexión es sumamente relevante desde una perspectiva de seguridad y salud en el trabajo, en particular el deber del empleador de evitar que el trabajador se encuentre permanente conectado, promoviendo el disfrute del tiempo de descanso, sin interrupciones.

Ahora bien, como no existen cuestiones absolutas, nuestro ordenamiento contempla una excepción a dicha regla, al menos en lo relativo al trabajo en sobretiempo, validando su imposición en caso se presente un hecho fortuito o de fuerza mayor. Ello en aplicación del artículo 9 del D.S. No. 007-2002-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, que textualmente señala que, "(…)Nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva (…)". Cabe señalar que el artículo 19 del D.S. No. 008-2002-TR, Reglamento de la Ley, dispone que "(…) constituye caso fortuito o fuerza mayor, el hecho que tiene carácter inevitable, imprevisible e irresistible que haga necesaria la continuación de la prestación de labores del trabajador fuera de su jornada ordinaria. En este caso el trabajo en sobretiempo es obligatorio para el trabajador y se remunera con la sobretasa que establece el Artículo 10 de la Ley (…)"

Entonces, ante la situación mencionada, el empleador podría imponer el trabajo en sobretiempo, considerando dicha medida como una excepción a la regla.

Lo mismo podría presentarse durante el descanso físico vacacional pues, si bien no se contempla dicha posibilidad expresamente, creemos que el empleador, en casos excepcionales y debidamente sustentados, podría suspender el goce de dicho descanso físico, asumiendo cualquier perjuicio económico que su medida hubiese ocasionado al trabajador. Desde luego dicha suspensión deberá ser excepcional y, como señalamos, objetivamente sustentada.

Lo que sigue es analizar si resulta o no necesario regular a la desconexión digital en un determinado ordenamiento jurídico.

Rosenbaum sostiene que no se requiere dicha regulación, al afirmar que, "(…) el contenido mínimo del derecho a la desconexión encuentra un espacio ya ocupado por los institutos clásicos que conforman el tiempo de trabajo, así como también se inserta en la finalidad protectora del derecho fundamental a la

seguridad y salud en el trabajo. De manera que, este derecho vendría únicamente a ingresar a los sistemas jurídicos como una categoría autónoma, que resultaría sobreabundante y nada novedosa en cuanto a su contenido (…)[18]".

En esa misma línea Molina afirma que, "(…) el pretendido nuevo (o estatus naciente) derecho de desconexión laboral no existe como tal, autónomo y diferenciado, sino que es, en realidad, una concreción del contenido del viejo -o clásico- derecho, actualizado bajo el impuso adaptativo de las nuevas necesidades creadas por la tecnología digital -art. 3 CC-, al descanso (…)[19]".

Para sustentar su posición, el mencionado autor se refiere a una interesante sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de Cataluña, No. 3613/2013 del 20 de mayo[20], la cual reconoce sin decirlo de manera explícita al derecho a la desconexión digital.

En el caso materia del mencionado pronunciamiento, la empresa SCHINDLER instaló un acelerómetro en los teléfonos celulares de los trabajadores de la sección de mantenimiento. El mencionado aparato permite convertir fenómenos físicos en señales (se encarga de captar el movimiento o la ausencia del mismo) y se encuentra instalado dentro de un celular entregado por la empresa al personal de mantenimiento, siendo la justificación de la empresa consistente en la intervención precoz en caso de un eventual accidente del trabajador.

Se indica en la sentencia que, cuando el acelerómetro se activa, y detecta una ausencia de movimiento del trabajador de más de dos minutos, lanza señal acústica de 60 segundos y un mensaje en la pantalla, desencadenando de manera automática una llamada de emergencia al centro de control (atendido durante 24 horas los 365 días). El trabajador es obligado a llevar personalmente el acelerómetro, no en la caja de herramientas, incluso fuera de la jornada de trabajo.

La sentencia bajo comentario señala textualmente en su fundamento Décimo Segundo, lo siguiente:

> "DÉCIMO SEGUNDO.- (…) que la forma de fiscalización del citado acelerómetro, lleva consigo una situación de riesgo psicosocial pues la circunstancia de

18 Ibid. p.118

19 MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: "desconexión digital", garantía del derecho al descanso. En: Temas Laborales, número 138, año 2017. p. 279.

20 Disponible en http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c926d24e371df659/20130627.

> que utilice la empresa un aparato de última tecnología para controlar el trabajo no puede tener la consecuencia de que fuera de la jornada laboral tengan incluso que en su domicilio familiar en los que es la esfera personal y privada del trabajador haya de continuar en una situación in vigilando del citado dispositivo para que esté en condiciones óptimas para su buen funcionamiento en la jornada laboral (…)".

Molina considera, partiendo del reconocimiento implícito del derecho a la desconexión digital por parte del mencionado pronunciamiento judicial que, aquel constituye una garantía de efectividad del derecho al descanso y del respeto a la intimidad del trabajador[21].

Otros autores le otorgan la condición de un novedoso derecho de los trabajadores, sin dejar de reconocer que "(...) nos encontramos ante la reapertura de un viejo debate, enmarcado en la delimitación del tiempo de trabajo y la protección de la salud y seguridad en el trabajo (…)[22]".

En esa línea se sostiene que la regulación de este derecho a la desconexión resulta necesaria, pues si no se delimita adecuadamente la frontera entre el tiempo de trabajo y el descanso, la flexibilidad de la actividad laboral puede generar la confusión de los ámbitos de la vida personal y profesional[23].

Algunos, sin embargo, ven la dificultad no en el reconocimiento del derecho a la desconexión digital sino en asegurar su efectividad. Lo cual pasa por "(…) tomar conciencia de los riesgos físicos y psíquicos que conlleva el exceso del tiempo de trabajo y la dependencia tecnológica (…)[24]".

En nuestra opinión, si bien desde un punto de vista jurídico resulta innecesario regular un nuevo derecho a la desconexión digital en tanto los ordenamientos generalmente contienen disposiciones que hacen exigibles para el empleador el respeto a la jornada máxima de trabajo y por ende vedan la imposición de trabajo fuera de la misma, o el respeto al descanso vacacional, en feriados o cuando se concede alguna licencia al trabajador, visto este "derecho" como una garantía para el cumplimiento de lo señalado, sí resultará conveniente su regulación expresa

21 MOLINA, op. cit, loc cit.

22 GUTIERREZ COLOMINAS, David. La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación. Revista de Internet, Derecho y Política N.º 31, Octubre, 2020. P.10

23 PEREZ CAMPOS, Ana Isabel. La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?. En: Anuario Jurídico y Económico Escurialense, LII, año 2019. p. 110.

24 TALENS, op. cit. p. 159.

en países en los cuales no exista una cultura de respeto al tiempo de descanso del trabajador, hecho que agrava la situación del mismo en un contexto como el que estamos viviendo. Inclusive apuntando hacia la protección del personal no comprendido en la jornada de trabajo, quien puede ser más demandado en exceso por su empleador.

En esa medida, y considerándolo más como una garantía que como un derecho propiamente[25], opinamos que en ordenamientos que no se caractericen por un escrupuloso cumplimiento de los derechos laborales, resultará oportuna su regulación expresa. Ello ocurre por ejemplo en nuestro país, que como veremos más adelante, cuenta con una reciente regulación sobre el "derecho" a la desconexión digital.

3. La regulación comparada de la desconexión digital

Son pocos los países que han contemplado a la desconexión digital en sus legislaciones, pero resulta de sumo interés conocer cuáles son y en qué términos.

- Corea del Sur desarrolló en 2016 una legislación a favor de aquellos trabajadores que reclamaban el derecho a desconectarse del trabajo. La regulación la introduce desde la óptica del derecho a la seguridad y salud de los trabajadores[26].
- En Filipinas también se contempla el mismo derecho pero sobre la base normativa del derecho del trabajador a utilizar su tiempo de trabajo de forma propia. Asimismo, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, India, Quebec y el gobierno federal de Canadá se hayan en fase de propuesta o de adopción del derecho a la desconexión durante los períodos de descanso y las vacaciones[27].

25 En la misma línea de considerar a la desconexión digital como una garantía más que un derecho encontramos a VALLECILLO GOMEZ, María Rosa. El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados. En: Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Volumen 8, núm. 1, enero-marzo de 2020, a la cual se puede acceder en http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/index. La referida autora sostiene que, "podemos hablar de la existencia de un derecho pero que no goza de eficacia porque en muchos casos, no se cumple. En esta circunstancia, más que una regulación, a juicio de la doctrina, la solución sería la definición del tiempo de descanso, de esta manera la intervención normativa regularía al derecho a la desconexión como garantía adicional a los márgenes de distinción entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso".

26 PEREZ CAMPOS, op. cit. p.111.

27 Ibid. loc.cit.

- En Francia, la Ley No. 2016-1088 de 8 de agosto de 2016 relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y a la protección de las trayectorias profesionales reconoce un derecho a la desconexión.

  Dicha norma, modificada luego, dispone que forma parte del contenido de la negociación anual obligatoria en las empresas, la determinación de "las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por parte de la empresa de dispositivos de regulación del uso de las herramientas digitales, con vistas a garantizar el respeto de los tiempos de descanso y de vacaciones. En defecto de acuerdo, tras la consulta del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados del personal, el empleador elabora una carta. Esta carta define las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión y prevé además la puesta en marcha de acciones formativas y de sensibilización para un uso razonable de las herramientas digitales, dirigidas a los trabajadores y al personal directivo (…)[28]".

  Advertimos que en la legislación del país galo se dispone que sea la negociación colectiva la que determine los alcances del ejercicio del derecho a la desconexión digital del personal, exigiendo al empleador la implementación de normas internas que regulen el uso de herramientas digitales en clave garantista del tiempo de descanso y las vacaciones. Sin embargo, de no llegarse a algún acuerdo al respecto, será el empleador el que fije las pautas en ejercicio de su poder de directriz.

  Vemos que sociedades muy desarrolladas como la francesa, en términos de vigencia de derechos sindicales, delegan el establecimiento de las pautas para el ejercicio de este derecho en los actores sociales, lo cual es acertado, en tanto son los sujetos colectivos quienes mejor conocen cómo materializar el derecho señalado en su organización.

  Desde luego, si no existe acuerdo, será el empleador quien decida.

- En Italia la Ley No. 81 del 22 de mayo de 2017 contiene una regulación del trabajo ágil (*lavoro agile*[29]), definiéndolo en su artículo 18 como "aquella modalidad de ejecución del contrato de trabajo subordinado establecida mediante acuerdo entre las partes, incluso con formas de organización por fases,

28 CIALTI, Pierre-Henri. El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?. En: Revista Temas Laborales número 137, año 2017, p.181

29 Para mayor detalle de la regulación sobre el "lavoro agile" en Italia nos remitimos a ROJAS VALENTINO, Irving Aldo. Una aproximación al smart working en Italia. En: Revista Derecho y Sociedad No. 53. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2019. pp- 253-267.

ciclos y objetivos, sin vínculos precisos de jornadas o de lugar de trabajo, con la posibilidad de la utilización de herramientas tecnológicas para el desarrollo de las actividades laborales. La prestación laboral se lleva acabo, en parte al interno y en parte al externo del centro de trabajo, sin una ubicación fija, dentro de los límites máximos de la jornada de trabajo diarias y semanales, derivadas de la ley y la negociación colectiva." Dicha norma en su artículo 19 dispone que en el acuerdo para establecer el trabajo ágil, deberá identificarse los tiempos de descanso del trabajador, así como las medidas de carácter técnico y organizativo que resulten necesarias para asegurar su desconexión de los equipos tecnológicos de trabajo.[30]

- En España, la desconexión digital se encuentra regulada en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre por la que se aprueba la Ley de protección de datos y garantías de los derechos digitales[31]. Dicha norma, en su artículo 88, recoge textualmente al derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, en los términos siguientes:

> "(…)1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.
>
> 2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.
>
> 3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas (…)".

La norma española, como puede apreciarse, no deja a la negociación colectiva la determinación del contenido de la desconexión como sí ocurre en la francesa.

30 Publicado en Gazzetta Ufficiale della Republica Italiana 13 giugno 2017, n. 135. Accesible: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2017/06/13/135/sg/pdf

31 Se puede acceder a la Ley en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673

Por el contrario, además de formular una definición sobre lo que comprende el derecho a la desconexión digital, coloca en cabeza del empleador la obligación de elaborar una política interna dirigida al personal, en las que se que definan las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.

En América Latina, uno de países pioneros en la regulación de la desconexión digital es Chile a través de la Ley No. 21220, Ley que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia incorporando el artículo 152 quáter j al mencionado Código, en los términos siguientes, "(…) tratándose de trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario o de teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo, el empleador deberá respetar su derecho a desconexión, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión deberá ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Igualmente, en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores (…)".

Como se advierte, la legislación chilena reconoce el derecho a desconexión[32] para aquel personal que distribuye libremente su horario o teletrabajadores excluidos de la jornada de trabajo[33], es decir, en términos de nuestra legislación, al personal al que no se le aplica la jornada de trabajo vigente en la empresa: personal de dirección, no sujeto a fiscalización inmediata o intermitente. En otras palabras, no se ocupa del personal sujeto a horario pues entendemos que se parte del principio de que el empleador debe respetar las horas de descanso en cumplimiento de la jornada impuesta por él mismo.

En Argentina, la Ley 27555, que aprueba el régimen legal del contrato en teletrabajo, reconoce al derecho a la desconexión en los términos siguientes*:* "(…) La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser

32 El artículo 152 quáter K, también añadido por la Ley 21220 dispone que en el contrato de trabajo del personal que labora remotamente deberá incorporarse el tiempo de desconexión.

33 De acuerdo a la Dirección de Trabajo de Chile, " (…) en el caso del teletrabajo las partes pueden acordar que el trabajador quede excluido de la limitación de jornada de trabajo, debiendo cumplirse los requisitos establecidos en la doctrina de la Dirección del Trabajo, es decir, entre otros, el empleador no puede ejercer fiscalización superior inmediata y en dicha circunstancia deberá considerarse especialmente las particularidades que presentan las diversas formas de control tecnológico". Véase: https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-118661.html

contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho. El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral (…)".

En modo similar a la legislación chilena, la norma argentina resulta de aplicación a quien labora bajo la modalidad de teletrabajo pero difiere de la señalada en que resulta aplicable al personal sujeto a jornada de trabajo. Se guarda silencio respecto al personal a quien no le resulta aplicable la jornada de trabajo vigente en la empresa.

En Ecuador, la Ley Orgánica de apoyo humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19 reforma al Código de Trabajo de ese país, reconociendo al teletrabajo y señalando de manera expresa que "(…) el empleador deberá respetar el derecho del teletrabajador a desconexión, garantizando el tiempo en el cual este no estará obligado a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión deberá ser de al menos doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas (…)".

Colombia por su parte, si bien no recoge expresamente a la desconexión digital en su ordenamiento, sí dispone en el artículo 6 de la Ley 1221 de 2008, que si bien a los teletrabajadores no se les aplican las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extras y trabajo nocturno, "(…) el Ministerio de la Protección Social deberá adelantar una vigilancia especial para garantizar que los teletrabajadores no sean sometidos a excesivas cargas de trabajo (…"). Este reconocimiento es formal pues su imprecisión permite hacerla inexigible, por lo que quedará en manos de los Tribunales el llenarla de contenido.

Bolivia, Uruguay, Paraguay por su parte carecen de regulación en materia de desconexión digital.

Brasil aún no cuenta con una ley específica sobre el tema, pero una modificación a la legislación brasileña efectuada por la Ley No. 12.551, de diciembre de 2011 considera como trabajo fuera de jornada al realizado mediante correo electrónico, WhatsApp o cualquier otra aplicación de comunicación remota, tratándose del trabajo a distancia.

4. Alcances de la normativa vigente en el Perú

El teletrabajo en el Perú se encuentra regulado por la Ley No. 30036 y su Reglamento, el Decreto Supremo No. 017-2015-TR, desde el año 2015, consi-

derándolo como una actividad laboral (dependiente), por lo que el teletrabajador deberá ser registrado en planilla de su empleador. Inclusive en el T-Registro existe la opción de destacar que el trabajador es un "teletrabajador".

Existen dos modalidades de teletrabajo, i) la forma completa, en la cual el teletrabajador presta servicios fuera del centro de trabajo o del local de la entidad pública; pudiendo acudir ocasionalmente a estos para las coordinaciones que sean necesarias y ii) la forma mixta: el teletrabajador presta servicios de forma alternada dentro y fuera del centro de trabajo o local de la entidad pública.

En cuanto a los derechos y obligaciones laborales, la normativa señalada dispone que el teletrabajador posee similares a los establecidos para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada.

No existe disposición expresa a la garantía de desconexión digital en favor a los trabajadores, pero conviene notar que el artículo IV del Título Preliminar del Reglamento recoge como uno de los principios que orientan la aplicación de la modalidad de teletrabajo a la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral. Dicho principio requiere " (…) promover un equilibrio entre las actividades realizadas en los ámbitos, personal, familiar y laboral de los trabajadores o servidores civiles, a través de la modalidad de teletrabajo. En tal sentido, deberá existir una adecuada correspondencia entre la carga de trabajo y la jornada de labores o servicios asignada (…)".

Tal disposición, sin decirlo expresamente, recoge esta obligación del empleador de respetar la jornada vigente en la empresa, así como el tiempo de descanso del teletrabajador, o dicho de otra manera, la desconexión digital.

La normativa sobre trabajo remoto, emitida con la finalidad de flexibilizar la ejecución del trabajo a distancia, carecía de disposición similar en las normas que le dieron origen, el Decreto de Urgencia No. 026-2020 y el Decreto Supremo No. 010-2020-TR. Cabe señalar que se consideró la viabilidad de acceder al trabajo remoto durante la vigencia de la emergencia sanitaria pero el Decreto de Urgencia No. 127-2020, vigente a partir del 2 de noviembre de 2020, estableció que el trabajo remoto rige hasta el 31 de julio de 2021.

Es el Decreto de Urgencia señalado el que introduce a la desconexión digital como obligación del empleador y derecho del trabajador, con lo cuestionable, desde un punto de vista constitucional, que es regular a esta garantía a través de un Decreto de Urgencia que solamente comprende medidas urgentes en materia económica y financiera. Cabe reflexionar si la regulación de la desconexión digital constituye una medida urgente en materia económica-financiera.

En los acápites previos sostuvimos que la desconexión digital no opera como un derecho autónomo de los trabajadores, sino como una garantía del cumplimiento de las normas sobre jornada, vacaciones y descansos remunerados, en particular respecto a aquellos trabajadores no sujetos a jornada diaria de trabajo. En países como el nuestro, en los que no existe una cultura de cumplimiento de los derechos laborales, en particular los relacionados al tiempo de descanso, es conveniente regular a la garantía de la desconexión digital como una medida de refuerzo a la exigibilidad del cumplimiento de las reglas sobre los tiempos de descanso, ya contenidas en las normas específicas que los regulan (jornada, vacaciones, feriados, descanso semanal, licencias, entre otras).

Pasemos revista a los principales aspectos de la reciente regulación, para lo cual citaremos textualmente a la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto de Urgencia No. 127-2020 que modificó los artículos 17 y 18 del Decreto de Urgencia No. 026-2020, en lo relativo a la regulación sobre trabajo remoto.

Así, el artículo 17.1 queda redactado en los términos siguientes:

> "17.1 Facúltase a los empleadores del sector público y privado a modificar el lugar de la prestación de servicios de todos sus trabajadores para implementar el trabajo remoto, regulado en el presente Decreto de Urgencia (…)".

Con este artículo se ratifica el carácter unilateral del trabajo remoto, pudiendo el empleador disponer su realización en ejercicio del *ius variandi*.

El artículo 18.1 recoge como obligaciones del empleador:

> "(…) 18.1.4. Respetar el derecho a la desconexión digital del trabajador, por el cual este último tiene derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos utilizados para la prestación de servicios durante los días de descanso, licencias y periodos de suspensión de la relación laboral.
>
> 18.1.5 Para el caso del sector privado, observar las disposiciones sobre jornada máxima de trabajo que resulten aplicables conforme a las normas del régimen laboral correspondiente.
>
> El empleador no puede exigir al trabajador la realización de tareas o coordinaciones de carácter laboral durante el tiempo de desconexión digital.
>
> Tratándose de trabajadores no comprendidos en la jornada máxima de trabajo, de conformidad con la normativa vigente en la materia, el tiempo de desconexión debe ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas,

además de los días de descanso, licencias y periodos de suspensión de la relación laboral.

18.1.6 Para el caso del sector público, la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR podrá emitir disposiciones complementarias sobre la presente materia. (…)".

Ámbito de aplicación subjetivo

El Decreto de Urgencia No. 127-2020, al modificar el Decreto de Urgencia No. 026-2020 en el extremo que regula al trabajo remoto, entiende comprendidos dentro de su ámbito a los trabajadores que laboran de manera remota. En otras palabras, se reconoce el derecho a la desconexión digital fuera de su jornada de trabajo a los trabajadores remotos. Asimismo, la obligación de respetar dicho derecho corresponde a su empleador.

Pero, ¿no estamos ante una norma que infringe el Principio de Igualdad ante la ley? ¿Qué ocurre con aquellos trabajadores comprendidos en el teletrabajo? ¿Y el personal que realiza labores de manera presencial? ¿Acaso no tiene el "derecho" a la desconexión digital?.

Creemos que estas observaciones se generan por regular un derecho de manera innecesaria, que no aporta al contenido jurídico de las instituciones ya existentes en nuestro ordenamiento. Como lo señalamos antes, se trata de una garantía del derecho al descanso, no una institución autónoma del mismo.

En todo caso, una lectura armónica con el derecho a la igualdad recogido en nuestra Constitución nos lleva a considerar que esta disposición es perfectamente aplicable al teletrabajador[34] y que, tratándose de los trabajadores presenciales, quienes no están expuestos al tecnoestrés o a la hiperconexión con la intensidad de un trabajador remoto, estos no se encuentran desprotegidos pues tendrán a su favor la regulación en materia de tiempo de trabajo vigente (jornada de trabajo, descanso, feriados, licencias). Una lectura distinta nos llevaría al conclusión de que la norma resulta inconstitucional por discriminatoria, al reconocer al derecho a la desconexión digital solamente a un grupo de trabajadores.

Ámbito de aplicación objetivo

La modificatoria al Decreto de Urgencia No. 026-2020 efectuada por el Decreto de Urgencia No. 127-2020 recoge como obligación del empleador el

34 No perdamos de vista que a igual razón igual derecho.

respeto al derecho a la desconexión digital del trabajador, por el cual este último tiene derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos utilizados para la prestación de servicios durante los días de descanso, licencias y periodos de suspensión de la relación laboral.

La desconexión digital es entonces considerada un derecho del trabajador, pero se obliga al empleador a respetarla. Este derecho comprende la facultad del trabajador de desconectarse de los medios informáticos que empleen para realizar sus labores durante sus días de descanso, licencias y períodos de suspensión de su vínculo laboral. Es importante precisar que este derecho se ejerce fuera de la jornada de trabajo, es decir, que el trabajador puede apagar su celular corporativo o no acceder a su correo electrónico corporativo una vez culminada su jornada diaria de trabajo.

En línea de lo que hemos señalado en este artículo, es importante que en nuestro país se recoja esta garantía a la institución del tiempo de trabajo para fortalecer el respeto al tiempo de descanso del trabajador. Resulta adecuado que se haya recogido la obligación de su acatamiento por parte del empleador. En línea de lo señalado por Tallens, es mejor la regulación de la desconexión como un "(…) deber del empresario consistente en no enviar notificaciones y mensajes de contenido laboral fuera de la jornada de trabajo y, en general, durante el tiempo de descanso de los empleados (…)[35]", pues ello hará exigible dicha garantía (o derecho dependiendo de la óptica de análisis) pues ocurre con frecuencia que muchos trabajadores pueden tener miedo a represalias a la hora de impugnar la vulneración de la desconexión digital.

Esto último se reconoce textualmente en el artículo 18.1.5 incorporado al Decreto de Urgencia No. 026-2020, cuando se señala que " (…) el empleador no puede exigir al trabajador la realización de tareas o coordinaciones de carácter laboral durante el tiempo de desconexión digital (…)".

Añadiendo dicho dispositivo como obligación del sector privado el "(…) observar las disposiciones sobre jornada máxima de trabajo que resulten aplicables conforme a las normas del régimen laboral correspondiente (…)".

Sobre lo indicado en los párrafos previos, debemos formular dos precisiones, en primer lugar, la exigencia al empleador del cumplimiento de la jornada máxima de trabajo se aplica al personal fiscalizado, es decir, aquél sujeto a la jornada de trabajo vigente en la empresa. Este personal tiene derecho a no ser requerido para

35 TALÉNS VISCONTI, op. cit. p.159.

laborar una vez culminada dicha jornada diaria. También aplicará la desconexión para los tiempos de descanso semanal, feriados, vacaciones, licencias con goce de haberes, entre otros que correspondan.

Lo segundo a tener en cuenta es que, tratándose de la desconexión digital luego de terminada la jornada de trabajo, no debemos perder de vista que, como se señaló antes, la regulación sobre jornada de trabajo permite la imposición del trabajo en sobretiempo cuando se presente un hecho fortuito o de fuerza mayor.

Ello en aplicación del artículo 9 del D.S. No. 007-2002-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, que textualmente señala que, "(…)Nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva (…)".

Asimismo, el artículo 19 del D.S. No. 008-2002-TR, Reglamento de la Ley, dispone que "(…) constituye caso fortuito o fuerza mayor, el hecho que tiene carácter inevitable, imprevisible e irresistible que haga necesaria la continuación de la prestación de labores del trabajador fuera de su jornada ordinaria. En este caso el trabajo en sobretiempo es obligatorio para el trabajador y se remunera con la sobretasa que establece el Artículo 10 de la Ley (…)".

Tratándose de trabajadores no comprendidos en la jornada máxima de trabajo[36] de conformidad con la normativa vigente en la materia, el tiempo de desconexión debe ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas, además de los días de descanso, licencias y periodos de suspensión de la relación laboral.

Este extremo del denominado derecho a la desconexión digital en nuestra normativa, similar a lo regulado en Chile y Ecuador, fija un lapso asegurado de descanso sin interrupción para el personal no comprendido en la jornada de trabajo, es decir, Gerentes (cargos de dirección), personal que labora total o parcialmente fuera del centro de trabajo, personal que carece de supervisión inmediata y personal que realiza sus actividades laborales de manera intermitente. Al no encontrarse estos trabajadores sujetos a un horario de trabajo, no le resulta exigible

36 De acuerdo con el Decreto Supremo No. 007-2002-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y trabajo en sobretiempo, no se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia.

al empleador el cumplimiento de aquél vigente en la empresa, por lo que no existe impedimento legal para que requiera el concurso del trabajador en horas distintas a las que corresponderían al horario habitual de trabajo en la empresa, sin que esto genere alguna retribución extraordinaria. La interrogante que surge en este punto se refiere a la necesidad de incorporar esta regulación, pues podría haber bastado con señalar que el empleador debe garantizar un período razonable de descanso continuo a sus trabajadores no fiscalizados, dentro del cual no cabe la asignación de tareas, quedando esto último sujeto al escrutinio de la autoridad.

Entendemos que la referencia a un número fijo de horas obedece a un posible bajo nivel de cumplimiento por parre de los empleadores pero no perdamos de vista que para algunas empresas las 12 horas continuas de descanso no pueden funcionar. Sea cual fuere el número de horas de desconexión digital que se hubiese considerado, siempre será blanco de objeciones pues en la práctica dependerá de cuán compleja sea la actividad que realice el empleador en general y las labores del trabajador en particular.

Sanciones por su incumplimiento

En ordenamientos como el nuestro la efectividad de una regla, como la desconexión digital, dependerá de la existencia de una consecuencia en caso se detecte su incumplimiento.

Si el empleador no respeta, lo que garantiza la desconexión digital, es decir el tiempo de descanso, podrá ser multado por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral- SUNAFIL, si se verifica dicha situación en una inspección laboral.

La infracción se encuentra tipificada en el artículo 25.6 del Decreto Supremo No. 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, el cual dispone literalmente que, "(…) Son infracciones muy graves los siguientes incumplimientos: (…) el incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la jornada de trabajo, refrigerio, trabajo en sobretiempo, trabajo nocturno, descanso vacacional y otros descansos, licencias, permisos y el tiempo de trabajo en general (…).

Microempresa										
Gravedad infracción	Número de trabajadores afectados									
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10 y más
Leve	0.04[37]	0.05	0.07	0.08	0.09	0.11	0.14	0.16	0.18	0.23
Grave	0.11	0.14	0.16	0.18	0.20	0.25	0.29	0.34	0.38	0.45
Muy grave	0.23	0.25	0.29	0.32	0.36	0.41	0.47	0.54	0.61	0.68
Pequeña empresa										
Gravedad infracción	Número de trabajadores afectados									
	1 a 5	6 a 10	11 a 20	21 a 30	31 a 40	41 a 50	51 a 60	61 a 70	71 a 99	100 y más
Leve	0.09	0.14	0.18	0.23	0.32	0.45	0.61	0.83	1.01	2.25
Grave	0.45	0.59	0.77	0.97	1.26	1.62	2.09	2.43	2.81	4.50
Muy grave	0.77	0.99	1.28	1.64	2.14	2.75	3.56	4.32	4.95	7.65
No MYPE										
Gravedad infracción	Número de trabajadores afectados									
	1 a 10	11 a 25	26 a 50	51 a 100	101 a 20	201 a 300	301 a 40	401 a 50	501 a 999	1 000 y más
Leve	0.26	0.89	1.26	2.33	3.10	3.73	5.30	7.61	10.87	15.52
Grave	1.57	3.92	5.22	6.53	7.83	10.45	13.06	18.28	20.89	26.12
Muy grave	2.63	5.25	7.88	11.56	14.18	18.39	23.64	31.52	42.03	52.53

37 Los valores contenidos en esta tabla se expresan en Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Para el año 2020 la UIT asciende a S/ 4,300.

Somos conscientes de que SUNAFIL, luego de seis años de su entrada en funciones, no se distingue por la fortaleza de su equipo inspectivo en razón a que el número de inspectores resulta insuficiente para abarcar a todos los empleadores a nivel nacional. Pero bueno, la cosa va mejorando poco a poco gracias al esfuerzo de los profesionales que la conforman.

Lamentablemente, por mandato legal, los trabajadores del sector público no se encuentran comprendidos en el alcance de la inspección de SUNAFIL, al menos aquellos que no están adscritos en el régimen privado, con lo que el nivel de exigibilidad de la desconexión digital es menor.

Si el trabajador considera que dicho incumplimiento del empleador le genera algún perjuicio, podrá demandar judicialmente el pago de una indemnización que repare el mismo. Claro está con lo prolongado que es demandar en el Perú a pesar de que el tiempo invertido en el proceso laboral se haya reducido en términos relativos con la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497.

5. Conclusiones

La hiperconexión, el tecnoestrés, la poca concentración, el bajo rendimiento laboral, constituyen efectos psicosociales negativos del uso excesivo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y el empleador es el llamado a minimizar dicho impacto en el trabajador, a través del respeto al tiempo de descanso de su personal.

El término "detox digital" o "desintoxicación digital" se refiere a un período de tiempo durante el cual una persona se abstiene de usar dispositivos electrónicos de conexión, como teléfonos inteligentes, laptops, PCs, entre otros. A algunos trabajadores les sentaría bien un período de detox digital, pero, en lo que a las relaciones de trabajo se refiere, nuestro ordenamiento ha recogido a la garantía de la desconexión digital luego de constatar que en la realidad, no se vienen respetando los tiempos de descanso del personal que labora de manera remota.

Insistimos sobre la conveniencia de la regulación expresa de la garantía de la desconexión digital en nuestro país, dada su debilidad institucional en lo que respeto a derechos laborales se refiere.

Lo que corresponde, para que la regulación sobre tiempo de descanso sea acatada por los empleadores no solo es sancionar sino generar un cambio de mentalidad, toda vez que debe entenderse que existe un tiempo de descanso a respetar,

lo cual pasa por cumplir las normas ya vigentes al respecto, y que, tratándose del personal no sujeto a fiscalización inmediata, el empleador debe ser muy razonable a la hora de asignarle tareas.

Por otro lado, los trabajadores también deben hacer respetar su derecho al descanso, lo cual supone que, si se requiere por alguna situación excepcional que realice una labor dentro del mismo, se debe coordinar la medida en forma previa con el empleador, a efectos de formalizarla. Nos referimos particularmente al trabajo en sobretiempo, el cual es voluntario para ambas partes de la relación laboral[38] . Esto es una expresión de la buena fe que debe imperar en la relación de trabajo.

6. Bibliografía

ALEMAN, PAEZ, Francisco. El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail No 2016-1088». En: Trabajo y Derecho, Nº 30, Sección Estudios, Junio 2017, Editorial Wolters Kluwer.

CIALTI, Pierre-Henri. El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?. En: Revista Temas Laborales número 137, año 2017,

GUTIERREZ COLOMINAS, David. La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación. Revista de Internet, Derecho y Política N.º 31, Octubre, 2020.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: "desconexión digital", garantía del derecho al descanso. En: Temas Laborales, número 138, año 2017. Disponible en http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c926d24e371df659/20130627.

NARANJO COLORADO, Luz Dary. Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral. En: Revista Saber, Ciencia y Libertad. Vol. 12, No. 2 Julio-Diciembre 2017.

Organización Internacional del Trabajo. " Trabajar para un futuro más prometedor ". Ginebra, OIT, 2019.

38 Salvo la excepción señalada en este artículo.

Organización Internacional del Trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 93° reunión, 2005. Informe III (Parte 1B), Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) y al Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30) Tercer punto del orden del día: Información y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). El informe puede obtenerse en: http://www.oit.org.

PEREZ CAMPOS, Ana Isabel. La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?. En: Anuario Jurídico y Económico Escurialense, LII, año 2019.

PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco y Erika Monreal Bringsvaerd. La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 58.

ROJAS VALENTINO, Irving Aldo. Una aproximación al smart working en Italia. En: Revista Derecho y Sociedad No. 53. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2019.

ROSENBAUM CARLI, Federico. El "derecho" a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo. En: Revista Derecho & Sociedad, N° 53.

TALÉNS VISCONTI. Eduardo. El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. En: Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas. Núm. 17 zk./2019.

TRUJILLO PONS, Francisco. Camino a una nueva ley sobre el trabajo a distancia (teletrabajo) y el derecho a la "desconexión digital en el trabajo". Revista Aranzadi Doctrinal num.8/2020.

UGARTE CATALDO, J. El nuevo derecho del trabajo. Santiago. Legal Publishing. 2011. P.176.

VALLECILLO GOMEZ, María Rosa. El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados. En: Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Volumen 8, núm. 1, enero-marzo de 2020, a la cual se puede acceder en http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/index.

Publicado: Diciembre 2020
Lima-Perú

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL