

Agenda del Derecho Laboral Peruano

CONTENIDO

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y POSIBLE DEROGACIÓN O MODIFICACIÓN DE LOS ESQUEMAS VIGENTES

- **CÉSAR ALFREDO PUNTRIANO ROSAS:** Descentralización productiva y posible derogación o modificación de los esquemas vigentes
- **CAROLINA CASTILLO PASTOR:** Propuesta de modificaciones respecto a la regulación de la subcontratación de actividades complementarias por vía de intermediación laboral y de tercerización de servicios

LA CONTRATACIÓN LABORAL DIRECTA EN LA ACTUALIDAD

- **CARLOS CORNEJO VARGAS:** Algunos apuntes sobre la regulación de la contratación temporal: a treinta años de su vigencia
- **WILLY MONZON ZEVALLOS:** Informalidad y contratación laboral directa en la actualidad

VIGENCIAS Y POSIBLES REFORMAS EN LOS RÉGIMENES ESPECIALES

- **ORLANDO GONZÁLES NIEVES:** Vigencia de los regímenes laborales especiales en el Perú: problemática y posibles reformas
- **CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE:** Notas a la situación jurídica de los contratos administrativos de servicios a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º, 3º y 5º y Disposiciones Complementarias y Finales de la Ley N° 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del Sector Público: ¿El final de un principio?

MODIFICACIONES EN EL CONTENIDO DEL DERECHO COLECTIVO

- **ADOLFO CIUDAD REYNAUD:** Los procesos de negociación colectiva en trámite en el sector público

PLANTEAMIENTOS PARA UN FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

- **LUIS ALBERTO SERRANO DÍAZ:** Propuestas para el fortalecimiento del sistema de inspección de trabajo en Perú

PERSPECTIVAS PARA UN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

- **CÉSAR ABANTO REVILLA:** Buscando un nuevo sistema de pensiones de seguridad social para el Perú: ¿reforma o refundación?
- **ESTELA OSPINA SALINAS:** Gestión sistémica estatal del seguro complementario de trabajo de riesgo. Una propuesta

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

- **KARLA CÁNOVA TALLEDO / CESAR CANO CANDIOTTI:** Seguridad, salud y bienestar a propósito de la nueva política nacional. Agenda pendiente
- **ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA:** La vacunación contra la COVID-19: ¿medida de prevención de seguridad y salud en el trabajo? Aspectos aún no resueltos sobre el retorno al trabajo presencial en Perú

AGENDA DEL DERECHO LABORAL PERUANO

- **DANIEL ULLOA MILLARES:** Cambiar a propósito del COVID-19. Régimen laboral de la actividad privada en el Perú: confirmación de un fracaso. (*E ideas para su deseada reconstrucción*)
- **LEOPOLDO GAMARRA VÍLchez:** El futuro del trabajo en la agenda política 2021 - 2026

INVITADO ESPECIAL

- **MARIO GARMENDIA ARIGÓN:** La nueva regulación legal uruguaya sobre teletrabajo

LA VACUNACIÓN CONTRA LA COVID-19: ¿MEDIDA DE PREVENCIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO? ASPECTOS AÚN NO RESUELTOS SOBRE EL RETORNO AL TRABAJO PRESENCIAL EN PERÚ

ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA* **

RESUMEN:

“En el presente artículo, el autor examina las disposiciones emitidas por el gobierno peruano respecto a la obligación del empleador de verificar el esquema de vacunación completa contra la Covid-19 de sus trabajadores como condición para la realización de labores presenciales. Así, en el artículo se analiza si la vacunación contra la covid-19 es un instrumento de salud pública o si se trata de una obligación del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo. De igual modo, el autor advierte aspectos aún no resueltos por parte del estado peruano, con relación a aquellos trabajadores cuyas actividades requieren necesariamente la ejecución de labores presenciales, y han decidido no vacunarse, ya sea por motivos vinculados a la religión, creencias u otras, en ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de conciencia y religión”.

PALABRAS CLAVE:

Covid-19 / Vacunación obligatoria / Seguridad y salud en el trabajo / Libertad de conciencia / Libertad de religión.

* Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Laboral Especial en la misma casa de estudios. Asociado Activo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Correos electrónicos: acossio@pucp.pe; acossio1985@gmail.com

** Nota del editor: el presente artículo fue remitido por el autor el día 5 de diciembre de 2021.

SUMARIO: I. Introducción. II. Vacunación contra la Covid-19: ¿instrumento de salud pública u obligación de seguridad y salud en el trabajo a cargo del empleador? 1. *El Ministerio de Salud (MINSA) como ente rector y responsable de la vacunación contra la Covid-19.* 2. *La participación y responsabilidad del empleador en la vigilancia de la vacunación contra la Covid-19.* III. El personal no vacunado: ¿libertad de conciencia y religión como supuestos eximentes de la vacunación contra la Covid-19? 1. *Derechos fundamentales que no pueden suspenderse durante el estado de emergencia nacional.* 2. *Vacunación obligatoria para trabajadores: la experiencia comparada.* IV. Aspectos no resueltos por el gobierno peruano: ¿cuál será la situación laboral del personal no vacunado? 1. *¿Despido de trabajadores no vacunados?* 2. *Suspensión de contrato de trabajo de trabajadores no vacunados ¿perfecta o imperfecta?* V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Encontrándonos al término del segundo año desde la aparición del virus SARS-Cov2 que genera la Covid-19, el mundo mira el año 2022 con escepticismo sobre una próxima declaratoria del final de la pandemia. Las diversas mutaciones del virus y la reciente aparición de la variante sudafricana denominada “Omicrón” provoca que—nuevamente—los Estados analicen la adopción de medidas de confinamiento, cierre de fronteras u otras para contener o aislar—en lo posible—el avance de esta nueva variante. En ese contexto, el retorno a la “normalidad” se avizora aún muy lejano y, por el contrario, se deba asimilar que la nueva normalidad estará marcada por aprender a convivir con este virus y sus diversas mutaciones. Así, a nivel global, las actividades económicas se han ido reanudando en todos los sectores económicos, a la par que se avanza con la inmunización de la población contra la Covid-19, en tanto esta es la medida más efectiva para prevenir el avance del virus y disminuir su letalidad.

No obstante, en diversos países alrededor del globo, la inmunización / vacunación contra la Covid-19 no es obligatoria, lo que genera que aún exista un importante porcentaje de la población que no se encuentra vacunada, ya sea por la falta de disponibilidad de vacunas, por no creer en la mismas, por motivos religiosos, o por prescripción médica. Esta población sería la más vulnerable contra la Covid-19, además de ser considerada como vector de transmisión que, inclusive, pueda generar la aparición de nuevas variantes de la enfermedad.

Por esta razón, en multiplicidad de países se han adoptado restricciones de acceso a establecimientos, eventos, ingreso a otros países, entre otras medidas

limitativas, para las personas no vacunadas, no solo como una acción preventiva de salud pública, sino también como un mecanismo indirecto de incentivo a la vacunación. Estas medidas limitativas también están migrando hacia el mercado de trabajo, pues ya diversos países prevén la obligatoriedad de la vacunación contra la Covid-19, como medida necesaria para todos los trabajadores, y no solo para aquellos que están vinculados a la primera línea de lucha contra esta enfermedad. A nivel global, el debate se ha instaurado respecto a las consecuencias laborales o acciones que los empleadores pueden/deben adoptar con relación al personal no vacunado que deba realizar labores presenciales, en la medida que las medidas restrictivas inciden en la esfera de la libertad personal del individuo, por lo que se reclama que tales medidas conllevan connotaciones discriminatorias sobre dicho colectivo.

Nuestro país no es ajeno a este debate. En mayo del año 2020, y cuando aún no se aprobaba alguna vacuna contra la Covid-19 a nivel mundial, se promulgó un plan de reactivación económica gradual por etapas, en virtud del cual los empleadores de diversos sectores quedarían habilitados a reanudar sus actividades presenciales, siempre que aprueben, registren y cumplan el Plan de Prevención y Control de Vigilancia de la Covid-19 en el lugar de trabajo, conforme a los lineamientos establecidos por el Ministerio de Salud. El 18 de diciembre de 2020, se publica en el diario oficial “el Peruano, la Ley N° 31091, Ley que garantiza el acceso al tratamiento preventivo y curativo de la enfermedad por coronavirus SARS-CoV-2 y de otras enfermedades que dan origen a emergencias sanitarias y otras pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud (en adelante: “la Ley de Tratamiento contra la Covid-19”), en cuyo artículo primero se estableció que dicha ley tiene por objeto “(...) *garantizar el acceso libre y voluntario a la población en general al tratamiento preventivo y curativo de la enfermedad generada por el coronavirus SARS-CoV-2 (...)*”; siendo los medicamentos y vacunas que permitan curar y prevenir el coronavirus SARS un bien esencial (art. 2° de la Ley N° 31091).

El 14 de noviembre de 2021, se publicó en el diario oficial “El Peruano”, el Decreto Supremo N° 168-2021-PCM, en cuyo artículo 14.7 estableció que, a partir del 15 de diciembre de 2021, “(...) *toda empresa con más de diez (10) trabajadores sólo podrá operar de manera presencial si todos sus trabajadores acreditan su dosis completa de vacunación*”. De forma reciente, esta disposición ha sido modificada por el Decreto Supremo N° 174-2021-PCM, en la que se

ha precisado que se debe acreditar el esquema completo de vacunación, “(...) siendo válidas las vacunas administradas tanto en el Perú, como en el extranjero. El empleador deberá cumplir los lineamientos que la Autoridad Sanitaria Nacional, en coordinación con las autoridades competentes, apruebe”.

El día 3 de diciembre de 2021, se publicó en el diario oficial “El Peruano”, la Resolución Ministerial N° 1275-2021/MINSA que aprueba la Directiva Administrativa N° 321-MINSA/DGIESP-2021, Directiva Administrativa que establece las disposiciones para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a SARS-CoV-2 (en adelante: “la Directiva Administrativa”). En los literales a) y b) del punto 6.1 se establece la obligación de los empleadores de garantizar un ambiente seguro de trabajo, para lo cual tienen que verificar que todos sus trabajadores estén vacunados para la Covid-19 (primera y segunda dosis, y dosis de refuerzo); y, se recuerda el deber del empleador de garantizar la seguridad y salud en el trabajo, en el marco de lo previsto en la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Empero, surgen múltiples interrogantes aún no resueltas por el Gobierno. Se condiciona las actividades presenciales del empleador a la acreditación del esquema de vacunación completa de todos sus trabajadores. ¿La vacunación contra la Covid-19 es una medida de prevención de seguridad y salud en el trabajo? En consecuencia, ¿cuál será la situación laboral de los trabajadores no vacunados a partir del 15 de diciembre de 2021? ¿El empleador podrá desvincular válidamente al personal no vacunado? En este artículo pretendemos examinar algunas de las variantes que estarán presentes en este debate sobre la situación laboral del personal no vacunado y si la vacunación constituye una medida preventiva que debe adoptar el empleador para garantizar la seguridad y salud de todos los que se encuentren dentro de su centro de trabajo.

II. Vacunación contra la Covid-19: ¿instrumento de salud pública u obligación de seguridad y salud en el trabajo a cargo del empleador?

1. El Ministerio de Salud (MINSA) como ente rector y responsable de la vacunación contra la Covid-19

De acuerdo al Instituto Nacional de Salud del Ministerio de Salud del Perú, Salud Pública es “(...) la práctica social integrada que tiene como sujeto y objeto

de estudio, la salud de las poblaciones humanas y se le considera como la ciencia encargada de prevenir la enfermedad, la discapacidad, prolongar la vida, fomentar la salud física y mental mediante los esfuerzos organizados de la comunidad, para el saneamiento del ambiente y desarrollo de la maquinaria social, para afrontar los problemas de salud y mantener un nivel de vida adecuado” (Instituto Nacional de Salud, 2017, pág. 24).

La inmunización y/o vacunación constituye un instrumento esencial de salud pública, máxime si “(...) es la actividad de salud pública que ha demostrado ser la de mayor costo beneficio y costo de efectividad en los últimos dos siglos. Aunque se admite que no son completamente eficaces, constituyen las intervenciones más seguras en salud” (Instituto Nacional de Salud, 2017, pág. 35). En ese sentido, en los artículos 1° y 2° de la Ley General de Vacunas, Ley N° 28010, se declaró a las actividades de vacunación obligatoria como de Salud Pública Nacional, debido a su “(...) elevado impacto en la prevención y control de las enfermedades prevenibles por vacunación”; siendo el Ministerio de Salud (MINSA), la entidad rectora y la responsable de establecer la sectorización y el calendario de vacunación, así como de vigilar su cumplimiento, respectivamente.

En el caso de la Covid-19, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que el brote de esta enfermedad constituía una emergencia de salud pública de importancia internacional¹. La Covid-19 ha afectado y viene afectando a millones de personas en el mundo, siendo el caso que, solo en el Perú, desde la fecha que se reportó el primer caso de Covid-19 en el país y hasta la fecha ha causado más de 201,108 fallecidos². No cabe duda alguna de que la Covid-19 es un problema de salud pública, dado que, como señala Paniagua Suárez, este tipo de problemas “(...) afecta negativamente el bienestar de los individuos y de la población y puede analizarse desde su magnitud o su letalidad” (PANIAGUA SUAREZ, 2013, pág. 4).

En nuestro país, la Ley de Tratamiento del Covid-19 reconoce la obligación del Estado de garantizar el acceso libre y voluntario de la población al tratamiento preventivo y curativo de esta enfermedad (art. 1°). Para este efecto, de declaró

1 Punto 5.1. del Documento Técnico: Plan Nacional Actualizado de Vacunación contra la Covid-19, aprobado por Resolución Ministerial N° 488-2021-MINSA.

2 De acuerdo a la información de la Sala Situacional Covid-19 en el Perú al 04/12/2021 (https://covid19.minsa.gob.pe/sala_situacional.asp)

a los medicamentos y vacunas que permitan curar y prevenir esta enfermedad como bienes esenciales (art. 2°); por ende, la adquisición, distribución y disponibilidad de medicamentos y vacunas será gratuito y universal para todos los habitantes del país (art. 4°); siendo el MINSA, como ente rector, el responsable de establecer el esquema de vacunación con la participación de los gobiernos regionales y de los sectores de salud para así garantizar el acceso y la cobertura de la vacuna contra la Covid-19 (art. 5°).

De acuerdo con el Plan Nacional de Vacunación contra la Covid-19, aprobado por Resolución Ministerial N° 488-2021-MINSA, la vacunación es la estrategia central en la etapa actual de la pandemia, de tal forma que esta se desarrolle respetando un rango etario (orden decreciente), personas con comorbilidades, territorialidad, comunidades indígenas, entre otras y según una estrategia territorial. Para este efecto, el MINSA, en colaboración con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) construyó el Padrón Nominal de Vacunación Universal, con el objetivo de vacunar a 24'979,565 peruanos mayores de 18 años.

Conforme a lo previsto en el punto 9.1 del referido Plan Nacional de Vacunación contra la Covid-19, a nivel nacional, la conducción y coordinación está a cargo del MINSA, *“(...) bajo la coordinación y dirección del Viceministerio de Salud Pública, la Dirección General de Intervenciones Estratégicas en Salud Pública y la Dirección de Inmunizaciones, articula con otros ministerios, instituciones públicas y privadas, organizaciones, asociaciones civiles, sociedades científicas, EsSalud e instituciones de Salud”*. A nivel regional, dicha coordinación está a cargo de la Gerencia Regional de Salud, Dirección Regional de Salud y la Dirección de Redes Integradas de Salud.

El objetivo general del Plan Nacional de Vacunación está referido a organizar e implementar las actividades de vacunación segura contra la Covid-19 de forma gratuita y universal para toda la población; y, de forma específica a *“(...) reducir la morbimortalidad por COVID-19 en el país, mediante la provisión y aplicación de vacunas seguras y de calidad; contribuir a la progresiva normalización de las actividades en el país; y fortalecer la reactivación económica en el plazo más breve posible”*³. La vacunación contra la Covid-19, por ende, no solo está enfocada

3 Puntos 2.1 y 2.2 del Documento Técnico: Plan Nacional Actualizado de Vacunación contra la Covid-19, aprobado por Resolución Ministerial N° 488-2021-MINSA.

en reducir la mortalidad de esta enfermedad; sino que, además, constituye un instrumento de salud pública orientado a coadyuvar al retorno paulatino a la normalidad de todas las actividades en el país y, así, robustecer la reactivación económica que permita regresar—por lo menos— a los niveles de productividad que se registraban hasta antes del 15 de marzo de 2020.

2. La participación y responsabilidad del empleador en la vigilancia de la vacunación contra la Covid-19

La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, prevé que el empleador es garante de la seguridad y salud en el trabajo de todas las personas, sin importar su condición o vínculo laboral, que se encuentren dentro de sus instalaciones. Así, y en el contexto de la reactivación económica durante la pandemia de la Covid-19, se aprobaron diversas directivas que necesariamente debía observar el empleador para prevenir y controlar esta enfermedad en el lugar de trabajo.

De este modo, y como he señalado en otro lugar, el monitoreo del estado de salud de los trabajadores constituye una actividad fundamental para evitar la propagación de la Covid-19 en el lugar de trabajo, por lo que la vigilancia de su salud forma parte de las obligaciones del empleador en materia del monitoreo de los agentes biológicos que estarían presentes en el lugar de trabajo (COSSIO PERALTA, 2020, pág. 250). La Covid-19 acentúa el cumplimiento del deber de prevención del empleador, quien tendrá que maximizar sus esfuerzos en el control estricto del estado de salud de todos los trabajadores que retornen a sus labores presenciales. Ese sentido, los lineamientos de prevención y control de vigilancia de la Covid-19 en el lugar de trabajo elaborados por el MINSA—aprobados por la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA, que luego fue modificada por la Resolución Ministerial N° 972-2020-MINSA—añadieron nuevas obligaciones al deber general de prevención del empleador, configurándose, de este modo, un “deber de prevención reforzado” (COSSIO PERALTA, 2020, pág. 251).

Los referidos lineamientos han sido modificados mediante la Resolución Ministerial N° 1275-2021-MINSA, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 3 de diciembre de 2021 que aprobó la Directiva Administrativa⁴. A partir del

4 En el artículo 2° de la mencionada resolución ministerial se derogó íntegramente la

4 de diciembre de 2021, todo empleador del sector público o privado está obligado a cumplir con los lineamientos previstos en esta Directiva Administrativa⁵, máxime si esta tiene por objetivo general el establecimiento de las *“disposiciones para la vigilancia y control de salud de los trabajadores con riesgo de exposición a SARS-CoV-2”*.

A pesar de que la Ley de Tratamiento contra la Covid-19 prevé la obligación del Estado de garantizar el acceso libre y voluntario al tratamiento de esta enfermedad a toda la población del país, lo que incluye la aplicación de cualquiera de las vacunas aprobadas por el MINSA; en la Directiva Administrativa se han establecido obligaciones específicas al empleador respecto al seguimiento y fiscalización de la vacunación de su personal. En efecto, se dispone que el empleador está obligado a garantizar un ambiente de trabajo seguro, para lo cual deberá verificar que todos sus trabajadores estén *“(…) debidamente vacunados para la Covid-19 primera y segunda dosis y dosis de refuerzo”*⁶. *Contrario sensu*, y bajo la consideración de esta Directiva Administrativa, si un empleador permite o autoriza la presencia en el centro de trabajo de trabajadores no vacunados o no “debidamente vacunados”, determinaría que no exista un ambiente de trabajo seguro para los trabajadores vacunados⁷ que estén dentro de sus instalaciones.

Esta Directiva Administrativa habría incorporado una suerte de presunción de inseguridad—que, inclusive, podría ser calificada como *“iure et de iure”* que no admite prueba en contrario—sobre los centros de trabajo en los que se detecte la presencia de trabajadores no vacunados. Bajo esta directiva, el trabajador no vacunado sería un peligro potencial para todas aquellas personas vacunadas que estén dentro de las instalaciones del centro de trabajo.

Resolución Ministerial N° 972-2020.

- 5 De acuerdo con el punto III de la Directiva Administrativa, esta se aplica a: (i) las personas naturales y jurídicas que desarrollan actividades económicas en el sector público y privado; (ii) entidades del sector público; y, (iii) personal con vínculo laboral, contratado bajo cualquier régimen o modalidad; y las personas bajo modalidad formativa, en el sector público y privado, según corresponda.
- 6 Literal a) del punto 6.1. de la Directiva Administrativa.
- 7 De acuerdo con la Directiva Administrativa, se entiende por “Trabajador Vacunado” a *“(…) toda persona natural que desempeña una actividad laboral subordinada o autónoma, para un empleador privado o para el Estado que haya cumplido con el esquema de vacunación para COVID-19 establecido por el Ministerio de Salud, primera y segunda dosis y dosis de refuerzo acreditado por su certificado de vacunación”*.

A la vez, la Directiva Administrativa prevé la obligación del empleador de realizar actividades para la sensibilización de los trabajadores a fin de prevenir el contagio en el centro de trabajo. Dentro de estas actividades se incluyen las referidas a “(...) brindar orientación sobre la Covid-19 y las medidas de disminución del riesgo de infectarse por SARS-CoV-2 en las actividades de capacitación. Estas deben incluir vacunación, ventilación, distanciamiento físico y uso de una mascarilla KN95 (...); así como “(...) informar de los beneficios de la vacunación en la prevención de formas graves de la enfermedad y la disminución de probabilidades de morir por la infección del virus SARS-CoV-2”⁸.

Asimismo, la Directiva Administrativa prevé disposiciones específicas para el regreso al trabajo presencial. Este regreso parte de la premisa de que el trabajador no sea un caso sospechoso, ni confirmado de Covid-19 y que cuente con la vacunación completa para la Covid-19 (primera y segunda dosis, y dosis de refuerzo); y, en el caso de los trabajadores comprendidos dentro del grupo de riesgos con vacunación incompleta o pendiente, deberán continuar realizando trabajo remoto⁹. En tal virtud, los trabajadores vacunados (que no sean un caso sospechoso o confirmado de COVID-19), incluyendo los trabajadores con factores de riesgo y que estén vacunados contra esta enfermedad¹⁰, podrán regresar a las labores presenciales, sin perjuicio de que el empleador adopte las medidas particulares de prevención correspondientes, considerando el nivel de exposición del puesto de trabajo (bajo, mediano, alto y muy alto)¹¹.

8 Literal d) del punto 6.2 de la Directiva Administrativa.

9 Numeral 6.2.1 de la Directiva Administrativa.

10 Para los trabajadores integrantes de los grupos de riesgo se ha previsto que se tenga en cuenta: (i) la información clínica que tiene que ser valorada por el Médico ocupacional a cargo, quien tendrá que determinar la modalidad de trabajo; (ii) prioritariamente deben realizar trabajo remoto, siendo el caso que el trabajo semipresencial o presencial será indicado por el Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, teniendo en cuenta el estado de vacunación contra la Covid-19 y el nivel de alerta de la región; (iii) en caso de trabajadores que presenten un factor de riesgo y soliciten regresar a labores de alto o muy alto riesgo de exposición deben de pasar por una evaluación médica individualizada, dejando constancia en un acta que recibieron toda la información de los riesgos que representa su retorno al trabajo presencial; entre otros. Ver punto 6.2.4 de la Directiva Administrativa.

11 En el Anexo N° 8 de la Directiva Administrativa se precisó lo siguiente respecto al retorno al trabajo presencial de los trabajadores comprendidos dentro del grupo de riesgo:

9. Evaluar la necesidad del retorno de los trabajadores de grupos de riesgo, según el nivel de alerta de acuerdo a la tabla siguiente, donde SI = Retorna el trabajo Presencial o Mixto y NO = Retorna el Trabajo Presencial o Mixto.

La Directiva Administrativa complementa lo dispuesto en el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 168-2021-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 174-2021-PCM. Así, a partir del 15 de diciembre de 2021, se condicionan las actividades presenciales de las empresas de 10 a más trabajadores, a la acreditación de que todos sus trabajadores cuentan con el esquema completo de vacunación, debiendo, inclusive, acatar los lineamientos específicos que apruebe el MINSA; es decir, los establecidos en la Directiva Administrativa. Se tratan, entonces, de normas autoritativas que establecen los requisitos indispensables para que los empleadores ejecuten labores de forma presencial.

No obstante, y conforme al marco legal vigente en Perú, la vacunación contra la Covid-19 es libre y voluntaria, por lo que, si bien es cierto que esta se trata de una de las herramientas más eficaces de salud pública para enfrentar la pandemia, también lo es que el empleador no estaría habilitado legalmente a forzar la vacunación de su personal. A pesar de ello, el Gobierno peruano sí restringe las operaciones presenciales del empleador a la vacunación de todo su personal y establece una presunción de inseguridad del centro de trabajo si permite y/o autoriza el ingreso de personal no vacunado.

En otras palabras, el Gobierno peruano no ha previsto la obligatoriedad de la vacunación contra la Covid-19 para toda la población; empero, sí establece obligaciones concretas al empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo, para verificar que todos sus trabajadores se encuentren debidamente vacunados, bajo apercibimiento de que no pueda operar de forma presencial y que se considere que el centro de trabajo no reúne las condiciones de un ambiente de trabajo seguro y saludable para los trabajadores vacunados. De esta forma, el Gobierno impone una carga y/u obligación adicional al empleador, cuya observancia no

Nivel de riesgo en el lugar de trabajo*	Nivel de Alerta por Departamento-Covid-19											
	Nivel Extremo			Nivel Muy Alto			Nivel Alto			Nivel Moderado		
Muy Alto	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	NO	NO
ALTO	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	NO	NO
MEDIANO	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO
BAJO	SI	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO
Condición del trabajador	Sin riesgo individual	Grupo de riesgo con vacunación completa	Grupo de riesgo NO vacunado	Sin riesgo individual	Grupo de Riesgo con vacunación completa	Grupo de Riesgo No vacunado	Sin riesgo individual	Grupo de Riesgo con vacunación completa	Grupo de Riesgo No vacunado	Sin riesgo individual	Grupo de riesgo con vacunación completa	Grupo de Riesgo NO vacunado

se encuentra dentro de sus facultades, pues la decisión de vacunarse contra la Covid-19 compete a cada trabajador.

Más aún, resulta peculiar que en el Decreto Supremo N° 174-2021-PCM se haya establecido de forma indirecta la vacunación obligatoria para determinado grupo de personas; pero, para efectos de la operación presencial de las empresas de 10 a más trabajadores, se haya previsto la obligación del empleador de verificar la vacunación de su personal. En efecto, los trabajadores del sector salud deberán contar con la vacunación completa para cumplir sus labores de forma presencial en el centro de trabajo¹²; los mayores de 45 años solo podrán utilizar el transporte interprovincial terrestre y aéreo si acreditan su dosis completa de vacunación¹³; los mayores de 18 años solo podrán ingresar a establecimientos cerrados si acreditan su esquema completo de vacunación contra la Covid-19¹⁴; los choferes y cobradores de todo servicio de transporte público, así como los choferes de servicio de reparto solo podrán operar si acreditan su esquema completo de vacunación¹⁵.

El empleador puede coadyuvar con el Estado a fomentar la vacunación contra la Covid-19 de su personal, a través de charlas informativas, capacitaciones, actividades de fomento, entre otras; pero el Estado no podría generar o trasladar al empleador acciones que corresponden a la salud pública. Más aún, y como bien sostiene Cruz Villalón, la pandemia por coronavirus trasciende al ámbito de las relaciones laborales, en tanto el riesgo de contagio y transmisión concierne al conjunto de la población, y no solo a los trabajadores que comparten un centro de trabajo, con lo cual la vacunación se sitúa en el seno de la salud pública y no, en rigor, como un aspecto de prevención de riesgos laborales (CRUZ VILLALÓN, 2021). De ahí que, en palabras de Cruz Villalón, “(...) *a quien le corresponde decidir la obligatoriedad o no de la vacuna frente a la COVID es a la autoridad sanitaria y no al empleador*”.

Inclusive, a modo de referencia, debe tenerse en cuenta que en el Informe N° 0122-2021-MTPE/2/15.2 de fecha 20 de setiembre de 2021¹⁶, la Dirección

12 Artículo 8.6 del Decreto Supremo N° 174-2021-PCM.

13 Artículo 14.5 y 14.9 del Decreto Supremo N° 174-2021-PCM.

14 Artículo 14.6 del Decreto Supremo N° 174-2021-PCM.

15 Artículo 14.8 del Decreto Supremo N° 174-2021-PCM.

16 A dicha fecha no se habían emitido las disposiciones que obligaban al empleador a verificar

de Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo concluyó, de forma expresa, lo siguiente:

“4.3. Al ser considerada la pandemia por la COVID-19, como un problema de salud pública más que de salud ocupacional, le corresponde al MINSA establecer los lineamientos técnicos correspondientes, que incluyan a la vacunación como un elemento nuevo para determinar el retorno de los trabajadores a realizar trabajo presencial en los centros de labores.

4.4. Finalmente, teniéndose en consideración el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad estipulado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993, en concordancia con el artículo 1 de la Ley N° 21091, la vacuna contra la COVID-19 no es obligatoria, por lo que los empleadores no pueden obligar a los trabajadores a vacunarse. Sin embargo, sí puede establecer una serie de incentivos que coadyuven a que la mayoría de sus trabajadores se vacunen”. (Énfasis añadido)

En consecuencia, si bien en el punto 6.5.1 de la Directiva Administrativa se faculta a los empleadores a “(...) establecer mayores medidas de prevención con relación a las características de la actividad económica, de los puestos de su centro de trabajo y el riesgo de exposición a COVID-19 (...)”, mientras que el marco legal vigente aún prevea el acceso libre y voluntario a los medicamentos y tratamiento de la Covid-19, el empleador no podría implementar una vacunación obligatoria como instrumento de prevención de la Covid-19 en el lugar de trabajo. La obligación del empleador de verificar la vacunación completa de su personal subsiste y la prohibición de operar de forma presencial condicionada a dicha verificación entrará en vigor a partir del 15 de diciembre de 2021, ¿qué sucederá, entonces, con el personal no vacunado? ¿Existirán situaciones eximentes de la vacunación que deban ser atendidas por el empleador?

III.El personal no vacunado: ¿libertad de conciencia y religión como supuestos eximentes de la vacunación contra la Covid-19?

En el punto precedente se ha detallado que la vacunación contra la Covid-19 es un instrumento de salud pública y no una obligación de seguridad y salud en el trabajo que corresponda al empleador, máxime si el marco legal vigente no establece la obligatoriedad de la vacuna. Sin embargo, cabe preguntarse si en el Decreto Supremo Nos. 167-2021-PCM y 174-2021-PCM; así como en la Di-

que todos sus trabajadores cuenten con el esquema completo de vacunación.

rectiva Sanitaria aprobada por MINSA se han regulado o tipificado supuestos que eximan a las personas a vacunarse contra la Covid-19. Ciertamente es que en ninguna de las disposiciones recogidas en los mencionados instrumentos normativos se ha regulado algún supuesto que habilite o justifique a una persona a no vacunarse contra la Covid-19. Las restricciones comentadas y señaladas en el punto precedente—en particular las relativas al trabajo presencial a partir del 15 de diciembre de 2021—se aplicarán sin excepción alguna respecto de las personas no vacunadas, sin perjuicio de las consideraciones personales o particulares que hayan motivado dicha decisión.

En efecto, pueden ser múltiples los motivos que podrían conllevar a una persona a no vacunarse; sin embargo, estos podrían subsumirse en tres grandes categorías: (i) por motivos religiosos o de credo; (ii) por motivos de salud; o; (iii) simplemente por no creer en las vacunas en general. Así, ni en los Decretos Supremos antes señalados, ni en la Directiva Administrativa se han establecido alternativas que puede adoptar el empleador frente a los trabajadores que, por cualquier de dichas razones, no haya decidido vacunarse contra la Covid-19.

A partir de ello, consideramos relevante señalar algunos aspectos que requerirán respuesta urgente por parte del Gobierno Peruano y, en su momento, por las autoridades jurisdiccionales.

1. Derechos fundamentales que no pueden suspenderse durante el estado de emergencia nacional

A través del Decreto Supremo N° 174-2021-PCM se prorrogó el Estado de Emergencia Nacional dispuesto por el Decreto Supremo N° 184-2020-PCM, de modo tal que este régimen de excepción estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2021. De este modo, y hasta la referida fecha, en todo el territorio nacional han quedado restringidos el ejercicio de los “(...) *de los derechos constitucionales relativos a la libertad y seguridad personales, la libertad de domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito, comprendidos en los incisos 9, 11, y 12 del artículo 2° inciso 24 apartado f) del mismo artículo de la Constitución Política del Perú*”. ¿Esta restricción alcanza al derecho fundamental a la libertad de conciencia, pensamiento y religión? En efecto, ¿cuál es la respuesta del Estado frente a las personas que, por cualquiera de estos motivos, ha decidido no vacunarse?

Al respecto, cabe recordar que, el Perú al ser un estado parte de la Organización de los Estados Americanos y ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), está obligado informar a los demás estados parte cuando ha hecho uso de su derecho a la suspensión de las garantías previstas en el CADH, el cual está previsto para situaciones excepcionales, de guerra u otra emergencia que amenace la seguridad de un Estado (FERRER MAC-GREGOR, 2021, pág. 54). En el artículo 27.1 de la CADH se establece que esta suspensión de garantías no debe entrañar “(...) *discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social*”. Por ende, en el artículo 27.2 del mismo instrumento interamericano se ha previsto, en palabras del FERRER MAC-GREGOR, un “núcleo inderogable” de derechos (2021, pág. 57) durante este régimen de suspensión, entre el que se encuentra el derecho a la libertad de conciencia y religión, recogido en el artículo 12° de la CADH.

El artículo 12° de la CADH prevé los alcances del derecho a la libertad de conciencia y religión; y, al mismo tiempo, dispone que la manifestación de este derecho puede ser objeto de restricciones establecidas por ley, que tengan por objeto preservar la seguridad, orden y salud de los demás. De forma literal, el referido artículo dispone lo siguiente:

“Libertad de Conciencia y de Religión

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.*
2. *Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.*
3. *La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”.*

Rodríguez Blanco, a propósito de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (TC) en el Expediente N° 5680-2009-PA/TC, recuerda que el TC ha concebido al derecho a libertad de conciencia como la libertad de la persona para elegir entre una particular concepción ética o moral y actuar conforme a dicha creencia; en cambio, el derecho a libertad religiosa, está vinculado a tener

una o más creencias religiosas y comportarse según tales creencias (RODRÍGUEZ BLANCO, 2014, pág. 43). Para este autor, los límites entre una y otra libertad resultan ser difusos, por lo que, en rigor, no considera adecuado establecer distinciones al tratarse de una única libertad que “(...) *protege el derecho de la persona a tener determinadas creencias o convicciones, a cambiarlas, a actuar conforme ellas y a manifestarlas, tanto en público como en privado, y de manera individual o colectiva*” (RODRÍGUEZ BLANCO, 2014, pág. 44).

Bajo estos parámetros, si una persona no se ha vacunado y no desea vacunarse contra la Covid-19, ya sea porque no cree en la vacuna por cualquier motivo; o porque su religión no se lo permite; no cabe duda de que estaría actuando conforme a sus convicciones, manifestando con su negativa su creencia o religión. No obstante, y conforme así está reconocido en la CADH, este tipo de manifestación (negativa a vacunarse contra la Covid-19), se encontraría sujeta a los límites establecidos por ley, los cuales, en el contexto de emergencia sanitaria, están vinculados a la protección de la salud pública. En el caso peruano—que no es el único—tales restricciones como hemos anotado están vinculadas al ejercicio de la libertad de tránsito y, en el ámbito laboral, a que el empleador verifique el esquema de vacunación completa para que puedan realizar trabajo presencial dentro de las instalaciones del empleador.

En definitiva, estas restricciones previstas por el Gobierno peruano, probablemente sean materia de análisis por las autoridades jurisdiccionales y constitucionales, quienes deberán examinar estas bajo los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha previsto un test de proporcionalidad para definir si una restricción a derechos fundamentales, que pasará por verificar si: a) se encuentra definida por ley; b) esté vinculada a un objetivo legítimo; c) resulte idónea para dicho objetivo; d) sea necesaria, lo que implica optar por la que representa una menor injerencia en el derecho fundamental para llegar a ese objetivo; y, d) sea proporcional en sentido estricto (FERRER MAC-GREGOR, 2021, pág. 53).

2. Vacunación obligatoria para trabajadores: la experiencia comparada

En Bélgica a partir del 1° de enero de 2022, los trabajadores del sector salud tendrán un plazo máximo de tres meses para vacunarse contra la Covid-19;

inclusive, los trabajadores no vacunados durante ese periodo enfrentarán una suspensión de sus contratos de trabajo, salvo que presenten una certificación de estar recuperados de cualquier afectación por Covid-19 o resultados negativos de forma periódica (Associated Press, 2021). Por su parte, Italia fue el primer país de la Unión Europea que, a partir del 15 de octubre de 2021, obligó a sus habitantes a estar vacunados contra la Covid-19, como condición esencial para trabajar o prestar servicios a domicilio, ya sea en el sector público o privado. Inclusive, las personas que prestan servicios bajo relación de dependencia que no cuenten con el certificado verde contra la Covid-19, tendrían que regresar a sus domicilios y, de no presentar dicho certificado en un plazo de 5 días, se suspendería su sueldo además de ser multados hasta con 1000 euros (VERDÚ, 2021).

En noviembre de 2021, la Corte Europea de Derechos Humanos rechazó dos peticiones cautelares presentadas por trabajadores de primera línea (bomberos y trabajadores del sector salud) que pretendían suspender las disposiciones emitidas por los gobiernos francés y griego, en las que se estableció la obligatoriedad de la vacuna contra la Covid-19 como condición para prestar servicios en dicho sector (OWENS, 2021). Si bien en dichas decisiones la Corte Europea de Derechos Humanos no analizó el fondo de las peticiones, OWENS recuerda que, sobre la base de jurisprudencia reciente de dicha corte, probablemente tales peticiones no tendrían éxito, dado que en un pronunciamiento emitido en un caso contra la República Checa sobre la vacunación obligatoria como requisito para que niños sean admitidos a centros de cuidado. Dicha corte sostuvo que, a pesar de que la vacunación obligatoria pueda constituir una infracción al derecho a la vida privada, la medida aplicada por dicho gobierno resultaba justificada si era necesaria para la protección de los derechos de otros y la salud pública en general (OWENS, 2021).

A nivel latinoamericano, específicamente en Brasil, el Tribunal Supremo avaló la vacunación obligatoria contra la Covid-19 (BBC News Mundo, 2020); y, en la ciudad de Sao Paulo se estableció la obligatoriedad de la vacuna para todos los empleados públicos de dicha capital, quienes incurrirán en una falta disciplinaria grave si se rehúsan a vacunarse, sin causa justificada (Andina Noticias, 2021). En República Dominicana para ingresar a los centros de trabajo con espacios cerrados las personas deberán acreditar que cuentan con las dos dosis de la vacuna contra la Covid-19, para lo cual tendrán que presentar su

tarjeta de vacunación correspondiente; admitiéndose la posibilidad de que la autoridad sanitaria de dicho país conceda un permiso especial a las personas que no se hayan vacunado por razones médicas (FERNANDEZ JARA, 2021).

Finalmente, en Estados Unidos, el presidente Joe Biden impulsó una política para exigir la vacunación a todos los trabajadores que presten servicios en empresas o centros de trabajo que cuenten con más de 100 personas; y, para quienes se opusieran a la vacunación, estos tendrían que presentar pruebas Covid-19 negativas con una periodicidad de 10 días. Esta política anunciada por Biden fue suspendida a los pocos días por la Corte de Apelaciones del 5° Circuito de los Estados Unidos, debido a que tales medidas conllevarían graves problemas contra las garantías individuales que reconoce la constitución de dicho país (MUNGUÍA & TEIXEIRA, 2021).

IV. Aspectos no resueltos por el gobierno peruano: ¿cuál será la situación laboral del personal no vacunado?

A partir del 15 de diciembre de 2021, el empleador debe verificar que todos sus trabajadores cuenten con el esquema completo de vacunación contra la Covid-19 (primera y segunda dosis, y dosis de refuerzo); siendo este un requisito para que pueda operar de forma presencial. Si bien la norma ha sido redactada en el sentido de una norma autoritativa, una interpretación bajo parámetros de razonabilidad deberá estar dirigida a entender que este requisito resultará exigible respecto de aquellos trabajadores que realicen labores presenciales, y no sobre todo el personal. Bajo el marco legal vigente, el trabajador no vacunado no podrá prestar servicios de forma presencial; y/o, el empleador no podrá autorizar el trabajo presencial o permitir el ingreso al centro de trabajo de personal no vacunado.

Cabe, por ende, preguntarse sobre cuál será la situación del personal no vacunado a partir de dicha fecha. Es decir, ¿qué medidas tendría que adoptar el empleador frente a trabajadores que no se han vacunado, ya sea por razones religiosas, por sus creencias personales, por razones médicas, o por cualquier otra motivación, si sus actividades solo pueden ser ejecutadas de forma presencial? Este escenario aún no ha sido objeto de regulación por el gobierno peruano; sin embargo, en el ámbito internacional—como hemos visto en el punto precedente—se han aprobado o permitido suspensiones de salarios e, inclusive, se desliza

la posibilidad de aplicar medidas disciplinarias como, por ejemplo, el despido en contra de los trabajadores no vacunados. En dicho contexto, señalaremos dos medidas laborales que probablemente estén en la órbita de los empleadores respecto de trabajadores no vacunados cuya labor debe ejecutarse necesariamente de forma presencial: despido y suspensión de contrato de trabajo.

1. ¿Despido de trabajadores no vacunados?

Esta medida resultará ser la más controvertida de todas. Para Servais, inclusive, la aplicación de cualquier medida disciplinaria contra los trabajadores no vacunados resultará inapropiada, puesto que pueden existir personas que rechacen las vacunas por motivos religiosos o médicos, por motivos particulares (SERVAIS, 2021, pág. 10). Por su parte, Rodríguez Cardo sostiene que aquellos trabajadores no vacunados que se encuentren en buenas condiciones de salud no podrían ser despedidos, ni sufrir consecuencias negativas por rehusarse a vacunarse contra la Covid-19, toda vez que el riesgo de contagio está más vinculado a un simple temor de la enfermedad, en lugar de un riesgo actual del propio trabajador (RODRÍGUEZ CARDO, 2021). Cruz Villalón acota que el despido y cualquier otra medida disciplinaria contra trabajadores que se nieguen a vacunarse resultaría ilícita; y, un eventual despido debería ser declarado nulo por afectar derechos fundamentales y libertades públicas (CRUZ VILLALÓN, 2021).

En nuestro país, el despido de un trabajador que presta servicios cuatro o más horas diarias para un mismo empleador solo puede producirse por causa justificada prevista por ley motivada en su capacidad o en su conducta¹⁷. El despido de un trabajador no vacunado no podría subsumirse en alguno de estos supuestos. Veamos.

De las causas referidas a la capacidad del trabajador¹⁸, la única vinculada a temas de seguridad y salud es la referida a “(...) *la negativa injustificada del tra-*

17 Artículos 22 a 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (LPCL).

18 Las otras causales están vinculadas a la incapacidad sobreviniente determinante para el desempeño de las tareas (inciso a del artículo 23° de la LPCL); y rendimiento deficiente por debajo del promedio de otros trabajadores que laboren en condiciones similares

*bajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes*¹⁹. Es claro que la vacunación contra la covid-19 no califica como un examen médico obligatorio previsto por ley; ni mucho menos constituiría una medida profiláctica prescrita por un médico para la recuperación de la salud del trabajador; por lo que esta causal resultaría de difícil y contingente aplicación.

Ahora bien, incluso si se aceptase que la vacunación contra la Covid-19 constituye una prescripción del médico ocupacional del empleador para garantizar la seguridad y salud en el trabajo en el centro de labores, esta causal requiere que se acredite una “negativa injustificada”. De ahí que, como hasta la fecha la vacunación contra la Covid-19 no es obligatoria; se trata de un instrumento de salud pública; no compete al ámbito de prevención de riesgos laborales en el lugar de trabajo; y, peor aún, podrían existir razones vinculadas a la libertad de conciencia y religión que sustenten la negativa del trabajador. De producirse el despido y se someta al escrutinio judicial, el Juzgador tendrá que evaluar si, en efecto, se trató de una negativa injustificada.

Con relación a los supuestos de despido motivados en la conducta del trabajador²⁰, la única causal que merecería un breve comentario es la referida a la comisión de falta grave por incumplimiento de las obligaciones de trabajo que suponen un quebrantamiento de la buena fe laboral que hagan irrazonable la subsistencia del vínculo²¹.

La vacunación contra la Covid-19, como ya hemos señalado, es instrumento de salud pública que es competencia exclusiva del Ministerio de Salud, como su ente rector; y no se trata de un mecanismo de prevención de riesgos laborales en el lugar de trabajo. Por tanto, la negativa del trabajador a vacunarse contra esta enfermedad no calificaría como un incumplimiento a sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, las cuales sí pueden ser materia de la

(inciso b del artículo 23° de la LPCL).

19 Inciso c) del artículo 23° de la LPCL.

20 De acuerdo con el artículo 24° de la LPCL, los supuestos son la inhabilitación administrativa por un periodo superior a tres meses; la condena penal por delito doloso; y la comisión de faltas graves.

21 Inciso a) del artículo 25° de la LPCL.

aplicación de medidas disciplinarias por parte del empleador²². Más aún, tampoco calificaría como un quebrantamiento de la buena fe laboral, la cual está referida a la inobservancia de los deberes esenciales, tales como la honestidad, la lealtad, puntualidad, entre otros, que resultan inmanentes a cualquier relación de trabajo.

2. Suspensión de contrato de trabajo de trabajadores no vacunados ¿perfecta o imperfecta?

Primera hora del día 15 de diciembre de 2021, la empresa verifica que el trabajador que necesariamente debe ejecutar labores presenciales—por ejemplo, operador de maquinaria pesada—no cuenta con su esquema completo de vacunación contra la Covid-19, por lo que su empleador le informa que, conforme al marco legal vigente, no puede ingresar al centro de trabajo. ¿Cuál es la opción o medida que debe adoptar el empleador? El gobierno no ha establecido alguna directiva o pauta respecto a este probable escenario.

En estricto, la situación descrita implica que el trabajador se vea impedido de prestar servicios para su empleador. Así, y conforme prevé el artículo 6° de la LPCL, la remuneración se abona como contraprestación al servicio prestado; por lo que, al no existir prestación, no corresponde su pago por parte del empleador. Esto calificará, en rigor, como una suspensión perfecta del contrato de trabajo, conforme a lo previsto en el artículo 11° de la LPCL, dado que cesará temporalmente la obligación del trabajador del trabajador y la del empleador de pagar la remuneración respectiva.

No obstante, en nuestra legislación, la suspensión del contrato de trabajo está sujeta a una reserva de ley; vale decir, las causales deben estar expresamente contempladas en la ley. El artículo 12° de la LPCL detalla los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, en cuyo artículo II) dispone que son causas de suspensión del contrato de trabajo “(...) otros establecidos por norma expresa” y que “(...) la suspensión del contrato de trabajo se regula por las normas que correspondan a cada causa”.

22 Artículo 109° del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR.

En consecuencia, resulta indispensable que el gobierno peruano emita disposiciones complementarias para definir la situación del personal no vacunado; máxime si, la empresa está obligada, por ley, a verificar que todos sus trabajadores cuenten con su esquema completo de vacunación. Si un trabajador no puede prestar servicios de forma presencial por no estar vacunado, ello no corresponde a una decisión del empleador, sino más bien al acatamiento de un dispositivo legal. Este impedimento legal estaría más cercano a un supuesto de fuerza mayor, el cual faculta al empleador a proceder con una suspensión perfecta (y no una imperfecta) del contrato de trabajo hasta por un máximo de 90 días, que no requiere autorización previa, pero sí de aviso inmediato a la Autoridad Administrativa de Trabajo y de la acreditación de, en lo posible, haber otorgado vacaciones vencidas o anticipadas, y cualquier otra medida que evite agravar razonablemente la situación de tales trabajadores²³.

V. Conclusiones

1. La vacunación contra la Covid-19 es un instrumento de Salud Pública y no una obligación del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo. Por tanto, el empleador no podría asumir consecuencias negativas o multas por parte de la Administración de Trabajo ante la falta de vacunación por parte de su personal, máxime si, en Perú, la vacunación contra la Covid-19 no es obligatoria.
2. El empleador tiene el deber de adoptar las medidas previstas por el Ministerio de Salud para prevenir el contagio en el lugar de trabajo como, por ejemplo, las relativas a la protección colectiva, priorizando el teletrabajo, estableciendo barreras de protección, guardar la distancia, asegurar la limpieza y desinfección de manos de forma obligatoria, entre otros, así como promover y/o fomentar la vacunación del personal. Sin embargo, no se podría condicionar las operaciones de un empleador a la vacunación de todos sus trabajadores, cuando la vacunación contra la Covid-19 no es obligatoria, y existen múltiples razones, incluidas las referidas a los derechos fundamentales a la libertad de conciencia y religión que podrían sustentar la negativa del personal.

23 Artículo 15° de la LPCL.

3. Las restricciones establecidas por el gobierno peruano para las personas no vacunadas estarían sustentadas en razones de salud pública, por lo que los cuestionamientos vinculados a la vulneración de derechos fundamentales a la libertad de conciencia y religión y razones médicas justificadas tendrían que ser ponderados por parte de las autoridades jurisdiccionales.
4. Urge que el gobierno peruano emita disposiciones complementarias para resolver la situación del personal no vacunado—cualquiera que sea el motivo de su negativa—cuyas actividades necesariamente se ejecutan de forma presencial.

VI. Bibliografía

Andina Noticias. (7 de agosto de 2021). *Andina*. Recuperado el 6 de diciembre de 2021, de <https://andina.pe/agencia/noticia-brasil-sao-paulo-decreta-obligatoria-vacuna-anticovid-para-sus-funcionarios-856762.aspx>

Associated Press. (16 de noviembre de 2021). *The San Diego Union – Tribune*. Recuperado el 6 de diciembre de 2021, de <https://www.sandiegounion-tribune.com/en-espanol/noticias/story/2021-11-16/belgica-vacuna-sera-obligatoria-para-trabajadores-de-salud>

BBC News Mundo. (18 de diciembre de 2020). *BBC News*. Recuperado el 6 de diciembre de 2021, de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-55359508>

Cossio Peralta, A. J. (2020). “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. *Laborem: Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 243 – 261.

Cruz Villalón, J. (2 de febrero de 2021). *Labor. Il lavoro nel diritto*. Recuperado el 5 de diciembre de 2021, de <https://www.rivistalabor.it/nulidad-del-despido-por-negativa-vacunarse-y-por-contagio/>

Fernandez Jara, M. (9 de octubre de 2021). *Europa Press*. Recuperado el 6 de diciembre de 2021, de <https://www.europapress.es/internacional/noticia-personas-no-vacunadas-no-podran-trabajar-acceder-espacios-publicos-republica-dominicana-20211009234407.html>

- Ferrer Mac-Gregor, E. (2021). Restricción y Suspensión de Derechos en los Tiempos del Coronavirus (Reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana). En S. POZZOLO, J. J. MORESO, & P. P. GRANDEZ (Edits.), *Derecho, derechos y pandemia* (Primera ed., págs. 51-70). Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Instituto Nacional de Salud. (2017). *Fundamentos de Salud Pública* (Primera ed.). Lima: Ministerio de Salud.
- Munguía, A., & Teixeira, L. (26 de noviembre de 2021). *LexLatin*. Recuperado el 6 de diciembre de 2021, de <https://lexlatin.com/reportajes/exigir-vacunapara-trabajar-legalidad-latinoamerica>
- Owens, R. (4 de noviembre de 2021). *Human Rights Pulse*. Recuperado el 4 de noviembre de 2021, de <https://www.humanrightspulse.com/mastercontentblog/european-court-of-human-rights-rejects-requests-to-suspend-mandatory-covid-19-vaccinations>
- Paniagua Suarez, R. E. (marzo de 2013). ¿Qué es un problema de salud pública? *Universidad de Antioquia*, 1-7. Recuperado el 4 de diciembre de 2021, de <https://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/c6b7b04c-7d19-44a4-b579-9a6207bd661b/%c2%bfQu%c3%a9+es+un+problema+de+salud+p%c3%bablica.pdf?MOD=AJPERES>
- Rodríguez Blanco, M. (2014). El contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa. Comentario a la STC 5680-2009-PA/TC. En Ó. Díaz Muñoz, J. Eto Cruz, & J. Ferrer Ortiz (Edits.), *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional* (págs. 41-81). Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.
- Rodríguez Cardo, I. A. (20 de julio de 2021). *Medwin Publishers: Annals of Bioethics & Clinical Applications*. Recuperado el 6 de diciembre de 2021, de <https://medwinpublishers.com/ABCA/covid-19-vaccination-and-labour-discrimination.pdf>
- Servais, J.-M. (enero de 2021). *Cielo laboral*. Recuperado el 6 de diciembre de 2021, de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45557/4/S2000307_es.pdf
- Verdú, D. (16 de setiembre de 2021). *El País*. Recuperado el 6 de diciembre de 2021, de <https://elpais.com/sociedad/2021-09-16/italia-se-convierte-en-el-primer-pais-occidental-en-imponer-la-vacunacion-a-todos-los-trabajadores.html>