

MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

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



*Profesor: Willman Meléndez
Profesor de Derecho Laboral PUCP*

Socio fundador de Meléndezlab. 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.

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

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

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

¿De lo genérico a lo específico?

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

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

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

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

La regulación de emergencia, en un primer momento buscó complementar cuando no regular de modo especial – la “suspensión perfecta de labores” antes expresada y engranada en las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, mediante el Decreto de Urgencia No. 38-2020 [publicado en el diario oficial el 14 de abril]; siendo lo más resaltante la introducción de una serie de paliativos previos vinculantes a la aplicación de la medida más gravosa –ya que rompe el sinalagma contractual, y por tanto toma esas determinaciones –tales como: la implementación del trabajo remoto o la licencia con goce de haber² que hasta ese momento eran únicamente garantes de un determinado grupo de trabajadores, sujetando estas a la naturaleza de la actividad empresarial [debemos entender que esto está relacionado al carácter esencial o no de la misma] o a la afectación económica, lo que podría entenderse como un supuesto de irresistibilidad, según lo anotado en líneas previas.



² El 15 de marzo de 2020, el Gobierno emitió el Decreto de Urgencia No. 026-2020, que establece que el empleador debe identificar y priorizar a los trabajadores considerados en el grupo de riesgo por edad y factores clínicos, a efectos de aplicar, de manera obligatoria el trabajo remoto en estos casos, mientras dure la emergencia sanitaria; ello siempre que la naturaleza de las labores lo permita. En caso las labores no sean compatibles con este esquema de trabajo, se debe otorgar una licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior. Cabe precisar que los ámbitos subjetivo y objetivo del denominado “grupo de riesgo” han ido variándose mediante distintas fuentes normativas.

Inicialmente, el procedimiento para esta suspensión perfecta de labores anexada al Decreto de Urgencia No. 38-2020 se trazó del siguiente modo: el empleador debía presentar una solicitud por vía remota a la autoridad administrativa de trabajo exponiendo con claridad suficiente los motivos que sustentaban la medida. Tal como sucedía antes de su vigencia, la referida solicitud se sujetaba a verificación posterior; sin embargo, los plazos fueron inicialmente variados, pasando de seis (06) días hábiles a treinta (30) como máximo³, contabilizados desde el día en que se presentó la solicitud, lo que resultaba razonable por el número mayor de solicitudes que virtualmente se consideraban serían presentadas en contraposición con el número de inspectores que no se vería incrementado.

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

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

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

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

La hoja de ruta especial

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

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

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

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

³ La Resolución de Superintendencia 74-2020-SUNAFIL, suspendió los plazos de: a) las actuaciones inspectivas, b) los procedimientos administrativos sancionadores, c) los procedimientos sujetos a silencios positivo y negativo, d) los procedimientos tales como acceso a la información pública, fraccionamiento de multas y ejecución coactiva. Posteriormente, mediante RSI 80-2020-SUNAFIL se prorrogaron dichas medidas en el siguiente sentido: i) por 15 días hábiles (contados desde el 7 de mayo) los supuestos “a” y “b”; ii) por 15 días hábiles (contados desde el 29 de abril) los supuestos “c”, y por 15 días hábiles (contados desde el 7 de mayo) los supuestos “d”.



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

Mientras que sobre la licencia con goce sujeta a compensación se dirá que es imposible/irrazonable cuando la actividad tiene una duración de veinticuatro (24) horas y se realiza mediante jornadas en distintos turnos [me parece aplicable a las actividades propias de los sectores minería y puertos, por ejemplo], claro, lo anterior además en la lógica de que es posible una “suspensión perfecta de labores” focalizada o hasta individualizada⁶, de modo tal que resulta incoherente pensar en la imposibilidad de la licencia con goce sujeta a compensación en este contexto.

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

Del mismo modo, no considera imposible/irrazonable la realización de la licencia con goce sujeta a compensación cuando el horario del empleador se sujete a restricciones [los servicios contratados laboralmente para los supermercados en el contexto de la pandemia, por ejemplo].

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

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

- **Afectación económica determinada según fórmulas específicas:** Se crean tres (03) reglas para llenar de contenido el concepto hasta entonces indeterminado; pero determinable, de “afectación económica”, así, ahora esta existe indubitablemente en los siguientes supuestos:
 - i) Actividades permitidas de realización por tratarse de proveedoras de bienes y/o servicios esenciales. Formulándose dos reglas de aplicación general, pero en razón del cuándo [abril o mayo] y del tamaño de la empresa [micro y pequeña, grande y mediana] con una estructura transversal basada en el cociente de la suma del total de remuneraciones sobre el nivel de ventas; variando el mes a considerar para el cómputo según el momento en que aplique la medida.

⁴ Por citar un ejemplo, la Resolución Directoral 11-2012-MTPE/2/14, de fecha 22 de octubre de 2012, en su parte considerativa estableció que el plazo de seis (06) días establecidos en el artículo 15 de la LPCL debe entenderse como una orden de celeridad para la autoridad administrativa encargada de la verificación.

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

- ii) Actividades impedidas de realización parcial o total. Al igual que en i), se formulan dos reglas de aplicación general, en razón del cuándo [abril o mayo] y del tamaño de la empresa [micro y pequeña, grande y mediana] con una estructura transversal basada en el cociente de la suma del total de remuneraciones sobre el nivel de ventas; variando el mes a considerar para el cómputo según el momento en que aplique la medida.
 - iii) Cuando “el empleador tuviera menos de un año de funcionamiento” [insisto, debe hablarse de empresa para estos efectos y de esta en la connotación de fuente de trabajo para poder aprehender en mejor medida el campo axiológico en que debe soportarse esta regulación de emergencia, considero por ello la referencia al empleador como un error técnico antes que una precisión conceptual en este punto], la ratio detallada en i) y ii) se realiza en función de los últimos tres (03) últimos meses en confrontación con el mes previo a la adopción de la medida.
- **Mecanismos paliativos de segunda generación:** Sin la garantía de descarte filtrado que han merecido el trabajo remoto y la licencia con goce sujeta a compensación, se enumeran entre otros permitidos por ley a las vacaciones adquiridas y no gozadas, adelantadas; la reducción de la jornada proporcional al salario, y la reducción consensuada de este.

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

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

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

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

Siendo ello así, se debe añadir al menú un nuevo refuerzo axiológico, pues en tales negociaciones irradiarán sus efectos los principios de “negociación de buena fe” y de “negociación libre y voluntaria” [en

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

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

una lectura convencional y constitucional, conforme lo hacen Aguinaga y Boza] ; así como las posibilidades de recurrir a mecanismos específicos de solución de conflictos laborales, tales como la conciliación, mediación o hasta el arbitraje potestativo por causalidad o no, según la postura que el lector adscriba, pues a estos fines es irrelevante porque la mala fe es subsumible a ambas.

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

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

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



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