

“Análisis crítico de las medidas adoptadas por el estado y las empresas frente a los impactos del COVID-19 en relación a los derechos laborales y la salud de los trabajadores”



PROYECTO
“INDICENCIA POLITICO-SINDICAL PARA LA ERRADICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL EN EL PERÚ”

CGTP



Confederación
General de
Trabajadores del
Perú



Central Unitaria de
Trabajadores del Perú

“Análisis crítico de las medidas adoptadas por el estado y las empresas frente a los impactos del COVID-19 en relación a los derechos laborales y la salud de los trabajadores”



PROYECTO

“INDICENCIA POLITICO-SINDICAL PARA LA ERRADICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL EN EL PERÚ”

Expresamos nuestro agradecimiento a la Fundación Estudios Sindicales y Cooperación de CC. OO de Andalucía representada por Karim Flores, Técnica de Proyectos; al Instituto de Estudios Sindicales (IESI) representados por Juan José Gorrutti Valle y Pablo Checa y a Jaime Sánchez, Coordinador del Proyecto “Incidencia político-sindical para la erradicación de la discriminación laboral en Perú”, sin cuyo aporte no hubiera sido posible la materialización de la presente propuesta.

CONFEDERACION GENERAL DE TRABAJADORES DEL PERÚ, CGTP

Plaza Dos de Mayo N° 4 Lima

web: <http://www.cgtp.org.pe/> Facebook: CGTP Perú

CENTRAL UNITARIA DE TRABAJADORES DEL PERÚ, CUT

Av Alejandro Tirado Nro 780 Urb. Santa Beatriz -Lima

Facebook: Cut Perú

EDITADO POR EL INSTITUTO DE ESTUDIOS SINDICALES (IESI)

Jr. Bartolomé Herrera N° 180 Oficina 301 Lince Lima

iesiperu@iesiperu.org.pe

Proyecto: “Incidencia Político-Sindical para la Erradicación de la Discriminación Laboral en el Perú”.

Primer Edición

Lima, Setiembre del 2020

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

Autor: Este es un Estudio realizado por Christian Sanchez Reyes

Edición y diagramación: Miguel Fuertes Oporto

Imprenta: Servicios Gráficos Sebastián

Análisis crítico de las medidas adoptadas por el Estado y las empresas frente a los impactos del COVID-19 en relación a los derechos laborales y la salud de los trabajadores.

Contenido	3
Presentación	5
Introducción	7
1. El Decreto de Urgencia N° 038-2020 y la suspensión perfecta	9
1.1 La ausencia de un reconocimiento expreso de la necesidad de privilegiar los acuerdos colectivos (con las organizaciones sindicales o con representantes de los trabajadores) por sobre los acuerdos individuales	11
1.2 Los principios de razonabilidad y proporcionalidad y la necesidad de justificar una medida de esta naturaleza con incidencia en el derecho constitucional al trabajo y el derecho a una remuneración justa y equitativa y la incoherencia normativa en relación con otras medidas	13
1.3 El principio del sometimiento de la administración a la Constitución, la regulación de la suspensión perfecta en el estado de emergencia, el silencio administrativo positivo y la desviación de poder	17
2. La ausencia de un seguro de desempleo: el retiro de la Compensación por Tiempo de Servicios -CTS- y de parte de los fondos de las AFPs.	20
3. Trabajadores de grupos de riesgo y trabajadores con discapacidad: soluciones incoherentes para casos semejantes.	25
4. La debilidad institucional de los mecanismos de protección del empleo y la remuneración, la disposición de fondos de las cuentas individuales de capitalización para afrontar la crisis: el riesgo político en el sostenimiento de la seguridad social en pensiones.	34
5. Trabajo remoto: vacíos, riesgos y desafíos.	35
6. La ausencia de políticas de promoción de la libertad sindical (en especial del fomento de las organizaciones de trabajadores) y del diálogo social y la debilidad del cumplimiento de las normas d SST: un débil enfoque de los derechos colectivos y del diálogo social como mecanismos democráticos y el riesgo en medio de la pandemia	39
7. Los efectos negativos de las políticas desplegadas por el Poder Ejecutivo en el contexto de la emergencia sanitaria.	49
8. El caso de los trabajadores de reparto a domicilio (delivery), las políticas de formalización laboral y los déficits de control y fiscalización estatal: un ejemplo de cómo no hacer las cosas.	54
9. Conclusiones, recomendaciones y propuestas.	59

PRESENTACIÓN

El 11 de marzo del 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó el brote del Coronavirus (COVID-19) como una pandemia al haberse extendido de manera simultánea en más de cien países.

Ante esta calificación de la pandemia por parte de la OMS y al detectarse el primer caso de contagio, el Gobierno peruano mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA declara la Emergencia Sanitaria a nivel nacional, dictando medidas de prevención y control del COVID-19.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo N°044-2020-PCM declara el Estado de Emergencia Nacional y se dispone el aislamiento social obligatorio (cuarentena) por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del brote del COVID-19.

Las medidas dictadas trajeron como consecuencia la paralización de las actividades económicas a excepción de las esenciales y la adopción de medidas en el ámbito laboral que han tenido un impacto negativo en el empleo, los ingresos y los derechos laborales.

Desde el Poder Ejecutivo se adoptaban estas políticas sin consulta alguna con los trabajadores y desde el sector empresarial se exigían medidas aún más gravosas para los trabajadores para enfrentar el impacto del COVID-19; los trabajadores por su parte, a través de sus organizaciones sindicales como la CGTP y la CUT, desde las medidas iniciales demandaron que no tenían que ser los trabajadores y trabajadoras del país, del sector público y privado, los que trabajan de manera dependiente o por cuenta propia; tampoco las familias pobres y en extrema pobreza las que debían cargar con el impacto económico y social del COVID-19.

El Poder Ejecutivo siguió adoptando medidas en las que muchas veces cedió a las presiones empresariales y, por el contrario, se negó de manera continua y sistemática a escuchar y tomar en cuenta las propuestas de los trabajadores del país.

Las propuestas empresariales, compartida por el Ejecutivo, consistían en la reducción de remuneraciones, suspensión de pagos de beneficios sociales, laborales y convencionales; suspensión de labores a cuenta de vacaciones, vacaciones adelantadas, suspensión de labores sin pago de remuneraciones, despido sin pago de indemnización por despido arbitrario, ceses colectivos argumentando caso fortuito o fuerza mayor hasta llegar a proponer incluso, como también lo había propuesto el mismo Gobierno, la disposición de la CTS y de los fondos de pensiones.

El Poder Ejecutivo finalmente impuso sus políticas y terminó por acoger la mayoría de las propuestas de los sectores empresariales. Para adoptar estas medidas no tuvo en consideración diversos aspectos claves como la distribución del ingreso del capital y el del trabajo y su contribución en el PBI que revelan que la distribución de la riqueza había generado en el país una brecha importante entre la participación de los salarios en el PBI y la participación de las utilidades empresariales en las últimas décadas que definitivamente favorecieron a esta últimas generando un crecimiento sostenido de la brecha de desigualdad en nuestro país; tampoco tuvo en consideración la necesidad de diferenciar entre la gran empresa, la mediana empresa y la micro y pequeña empresa y que eran estas últimas las que más habían generado empleo; el crecimiento de las reservas internacionales y de los fondos de contingencia; las exoneraciones tributarias y devolución de IGV que han favorecido a la grandes corporaciones internacionales y nacionales.

El presente documento analiza las principales políticas adoptadas en el ámbito del mercado de trabajo tales como el impacto de la suspensión perfecta de labores y de la disposición de la CTS y de los fondos de pensiones; las medidas respecto a los trabajadores de grupo de riesgo y con discapacidad; la debilidad institucional de los mecanismos de protección del empleo y de la remuneración. Aborda también los vacíos, riesgos y desafíos del trabajo remoto; la ausencia de políticas de promoción de la libertad sindical y del diálogo social y la debilidad del cumplimiento de las normas de Seguridad y Salud en el Trabajo que adquieren mayor relevancia en un contexto de pandemia.

Asimismo, aborda los efectos negativos de las políticas desplegadas por el Poder Ejecutivo en el contexto de la emergencia sanitaria y, finalmente, el caso de los trabajadores de reparto a domicilio (delivery), las políticas de formalización y los déficits de control y fiscalización estatal.

Complementariamente, formula un conjunto de conclusiones, recomendaciones y propuestas desde la perspectiva de los trabajadores que servirán como sustento técnico valioso para demandar un proceso de diálogo que sea capaz, en primer término, de construir consensos; en segundo lugar, que se orienten principalmente a generar puestos de trabajo, y proteger los ingresos y beneficios sociales de los trabajadores; en tercer lugar, que promueva la libertad sindical y la negociación colectiva; en cuarto lugar, garantizar el cumplimiento de las normas de salud laboral y proteger los fondos de protección social como los fondos de pensiones y las CTS evitando que sean los trabajadores quienes financien las consecuencias de la crisis sanitaria y de las políticas aplicadas.

Gerónimo López Sevillano

Secretario General CGTP

Julio César Bazán Figueroa

Presidente CUT

INTRODUCCIÓN

El presente documento aborda diversos aspectos críticos de la situación generada por la pandemia del virus SARS-Cov2 en diferentes ámbitos del mercado de trabajo de nuestro país. Se abordan los problemas en materia de seguridad y salud en el trabajo, tales como la desprotección en la que se encuentran trabajadores que conforman el denominado grupo de riesgo su trata diferenciado en relación a los trabajadores con discapacidad a pesar de compartir una similar situación de vulnerabilidad en el contexto de la pandemia, las medidas de suspensión de exámenes ocupacionales, la posibilidad de suscripción de una declaración jurada liberatoria de la responsabilidad de los empleadores en materia de seguridad y salud en el trabajo entre otros aspectos controvertidos.

En materia de derechos individuales de los trabajadores, se abordan las políticas y los instrumentos desplegados por el Estado para la protección de la estabilidad en el trabajo, la protección de los ingresos de los trabajadores, las medidas compensatorias en caso los ingresos se hayan visto afectados (disposición de CTS y de fondos de AFP y los subsidios estatales), las discutibles medidas adoptadas como la suspensión perfecta entre otros aspectos. En otro punto de este trabajo se presentan los efectos, mayoritariamente negativos que han tenido estas políticas desplegadas por el Poder Ejecutivo. También se abordan los diversos problemas que puede generar el trabajo remoto en el actual contexto.

De las conclusiones extraídas en cada uno de los aspectos analizados se derivan recomendaciones y una propuesta de agenda como la nueva regulación de la contratación en materia de trabajo (un nuevo pacto social para el trabajo decente), el fomento a la formalización con trabajo decente sin políticas violatorias del principio de no discriminación, las políticas de fomento del empleo (programas temporales contra cíclicos como complemento a trabajo autónomo o asalariado complementados con una renta mínima universal reajustable para todos los que buscan empleo y no lo consiguen –desempleados- con ingreso al sistema público de empleo -SENEP- desconcentrado en convenio con municipalidades, una suerte de pisos de protección, diversificación productiva, enfoque regional de integración, fomento de actividades que absorben más mano de obra, entre otros.

También se repasan problemas claves en materia de regulación del ámbito colectivo de las relaciones de trabajo: las ausencias en esta materia como por ejemplo el abandono del fomento a la negociación colectiva.

Finalmente, se analizan los problemas para el efectivo cumplimiento del diálogo social como instrumento para el desarrollo de políticas en materia de regulación del mercado de trabajo que concilie el desarrollo económico con el trabajo decente. La necesidad de su fortalecimiento real y la posibilidad de crear comités sectoriales de seguridad y salud en el trabajo como elemento clave en la reactivación y la nueva convivencia con trabajo decente son también parte de este documento.

1. El Decreto de Urgencia N° 038-2020 y la suspensión perfecta.-

El 15 de marzo se promulgó el Decreto de Urgencia N° 038-2020 que autoriza de manera excepcional a los empleadores aplicar la suspensión perfecta de labores de los trabajadores¹, y otras medidas económicas, en el contexto de estado de emergencia sanitaria que actualmente se mantiene vigente.

La norma tiene por objeto “(...) establecer medidas extraordinarias de carácter económico y financieros que permitan mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores del sector privado” y es aplicable a todos los empleadores y trabajadores del sector privado incluyendo a empresas del Estado bajo el ámbito de FONAFE las que también podrán aplicar la suspensión perfecta, las disposiciones de dicha norma rigen hasta 30 días calendario luego de terminada la Emergencia Sanitaria.

Con este fin, se disponen las siguientes principales medidas:

-Excepcionalmente los empleadores comprendidos en el ámbito pueden optar por la suspensión perfecta de labores sustentando los motivos en su solicitud, mediante comunicación por vía remota dirigida a la Autoridad Administrativa de Trabajo –AAT-, la Autoridad Inspectiva de Trabajo –AIT- tiene 30 días hábiles para su revisión -léase para determinar la veracidad de los argumentos vertidos por el empleador en su declaración jurada-. Asimismo, expide resolución dentro de los 7 días hábiles posteriores, y de no expedirse esta, se aplica *el silencio administrativo positivo*.

-En caso la AAT compruebe la falta de correspondencia entre los motivos alegados por el empleador y lo verificado por la AIT o la afectación a la libertad sindical, deja sin efecto la suspensión y obliga a que se abonen las remuneraciones no percibidas o la consecuente reanudación de las actividades si corresponde. En este caso, el período dejado de laborar es considerado como de trabajo efectivo.

-Los empleadores que no puedan cumplir con seguir otorgando licencia con goce de haber a los trabajadores de grupo de riesgo por edad o factores clínicos (supuesto del artículo 20.2 del Decreto de Urgencia N° 026-2020), deben adoptar medidas que mantengan el vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, privilegiando el acuerdo con los trabajadores².

Posteriormente, el reglamento -aprobado por Decreto Supremo N° 011-2020-TR- señaló en su artículo 5.3 que “La aplicación de la suspensión perfecta de labores en ningún caso puede afectar derechos fundamentales de los trabajadores, como es el caso de la libertad sindical, la protección de la mujer embarazada o la prohibición del trato discriminatorio. Asimismo, se protege especialmente a las personas con discapacidad, personas diagnosticadas con COVID 19, personas que pertenecen al grupo de riesgo por edad y factores clínicos según las normas sanitarias.”³

1 La suspensión perfecta determina que el trabajador queda exceptuado de prestar servicios –se suspende su prestación- y como correlato de esta el empleador suspende el pago de la contraprestación (remuneración y/o complementos remunerativos).

2 Decreto de Urgencia N° 026-2020: “**Artículo 20.- Trabajo remoto para grupo de riesgo.** 20.1 El empleador debe identificar y priorizar a los trabajadores considerados en el grupo de riesgo por edad y factores clínicos establecido en el documento técnico denominado “Atención y manejo clínico de casos de COVID-19 - Escenario de transmisión focalizada”, aprobado por Resolución Ministerial N° 084-2020-MINSA y sus modificatorias, a efectos de aplicar de manera obligatoria el trabajo remoto en estos casos. 20.2 Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto y mientras dure la *emergencia* sanitaria por el COVID-19, el empleador debe otorgar una licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior.

3 No se precisó qué medidas, obligatoriamente, se deberían disponer para proteger al grupo de trabajadores en riesgo, dejando abierta la posibilidad de pactarlo a través de acuerdos individuales, espacio donde la capacidad de negociación del trabajador -más aún de uno que se encuentra en situación de riesgo- se ve profundamente debilitada.

-Se dispone la continuidad de las prestaciones de prevención, promoción y atención de la salud a cargo de EsSalud por el tiempo de duración de la suspensión perfecta, aun cuando los trabajadores no cuenten con los 5 meses de aporte mínimo que establece la ley.

Las medidas de compensación frente a la suspensión perfecta son las siguientes⁴:

-disponer libremente de los fondos del monto intangible por depósitos de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), previsto en la Ley N° 30334, hasta por una (1) remuneración bruta mensual por cada mes calendario vencido de duración de la suspensión perfecta de labores.

-La libre disposición a que se refiere este numeral es adicional a la libre disposición regulada en el artículo 9 del Decreto de Urgencia N° 033-2020, que establece medidas para reducir el impacto en la economía peruana, de las disposiciones de prevención establecidas en la declaratoria de estado de emergencia nacional ante los riesgos de propagación del COVID - 19”.

-El trabajador que se encuentre en una suspensión perfecta de labores prevista en el marco legal vigente, y que no cuente con saldo en su cuenta CTS, puede solicitar a su empleador el adelanto del pago de la CTS del mes de mayo de 2020 y de la gratificación del mes de julio de 2020, calculados a la fecha de desembolso.

4 DU 038-2020: ““7.1 Excepcionalmente, se autoriza a los trabajadores comprendidos en una suspensión perfecta de labores prevista en el marco legal vigente y sujetos a los alcances del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-97-TR, a disponer libremente de los fondos del monto intangible por depósitos de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), previsto en la Ley N° 30334, hasta por una (1) remuneración bruta mensual por cada mes calendario vencido de duración de la suspensión perfecta de labores. A tal efecto, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo habilita una plataforma de consulta para las entidades financieras depositarias de la Compensación por Tiempo de Servicios, o en su defecto, les remite con frecuencia semanal o menor, a través de los medios informáticos correspondientes, la información que corresponda sobre las suspensiones perfectas de labores presentadas que les permita confirmar a dichas entidades que los trabajadores se encuentran comprendidos en una medida de suspensión perfecta de labores. Con la información proporcionada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, las entidades financieras ponen a disposición del trabajador el monto correspondiente en su respectiva cuenta de depósito de Compensación por Tiempo de Servicios, o si el trabajador lo solicita, las entidades financieras transfieren el monto correspondiente a cuentas activas o pasivas del trabajador que éste indique. La libre disposición a que se refiere este numeral es adicional a la libre disposición regulada en el artículo 9 del Decreto de Urgencia N° 033-2020, que establece medidas para reducir el impacto en la economía peruana, de las disposiciones de prevención establecidas en la declaratoria de estado de emergencia nacional ante los riesgos de propagación del COVID - 19”. 7.2 El trabajador que se encuentre en una suspensión perfecta de labores prevista en el marco legal vigente, y que no cuente con saldo en su cuenta CTS, puede solicitar a su empleador el adelanto del pago de la CTS del mes de mayo de 2020 y de la gratificación del mes de julio de 2020, calculados a la fecha de desembolso. Esta solicitud puede ser presentada por vías no presenciales y ejecutada mediante transferencia a cuentas activas o pasivas del trabajador que este indique. El empleador debe efectuar el adelanto dentro de los primeros cinco (5) días calendarios de efectuada la solicitud del trabajador. 7.3 Para los casos de los trabajadores que se encuentren en una suspensión perfecta de labores regulada en el numeral 3.2 del artículo 3, que pertenezcan al régimen laboral de la microempresa conforme al Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, y cuya remuneración bruta sea de hasta S/ 2 400, 00 (DOS MIL CUATROCIENTOS Y 00/100 SOLES), dispóngase la creación de la “Prestación Económica de Protección Social de Emergencia ante la Pandemia del Coronavirus COVID-19”. Esta prestación económica es otorgada por el Seguro Social de Salud hasta por un monto máximo de S/ 760, 00 (SETECIENTOS SESENTA Y 00/100 SOLES) por cada mes calendario vencido que dure la correspondiente medida de suspensión perfecta de labores, hasta por un periodo máximo de tres (3) meses. 7.4 La Prestación Económica de Protección Social de Emergencia ante la Pandemia del Coronavirus COVID-19 establecida en el numeral precedente, se otorga a solicitud de los trabajadores quienes la ingresan de manera virtual en la plataforma web que el Seguro Social de Salud EsSalud implementa para tal fin. Asimismo, para la aplicación de dicha medida el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo remite, a través de los medios informáticos correspondientes, la información que corresponda sobre las suspensiones perfectas de labores aprobadas de conformidad con lo establecido en el numeral 3.3 del artículo 3. 7.5 En la solicitud que presenten los trabajadores, se debe ingresar un Código de Cuenta Interbancario (CCI) que corresponda a una cuenta válida y activa en moneda nacional, no pudiendo corresponder a una cuenta de Compensación por Tiempo de Servicios. La cuenta informada por el trabajador debe pertenecer a una entidad del sistema financiero nacional que participe en el sistema de transferencias interbancarias vía la Cámara de Compensación Electrónica (CCE). 7.6 La Prestación Económica de Protección Social de Emergencia ante la Pandemia del Coronavirus COVID-19, es financiada con cargo a los recursos que para dicho fin transfiere el Ministerio de Economía y Finanzas, conforme al artículo siguiente.

-Para los casos de los trabajadores que se encuentren en una suspensión perfecta de labores que pertenezcan al régimen laboral de la microempresa (trabajadores formales sujetos al régimen especial de la micro empresa que según su régimen no cuentan con CTS) y cuya remuneración bruta sea de hasta S/ 2 400, 00 se le otorga la “Prestación Económica de Protección Social de Emergencia ante la Pandemia del Coronavirus COVID-19” a cargo de Essalud hasta por un monto máximo de S/ 760 por cada mes calendario vencido que dure la correspondiente medida de suspensión perfecta de labores, hasta por un periodo máximo de tres (3) meses.

La Prestación Económica de Protección Social de Emergencia ante la Pandemia del Coronavirus COVID-19, es financiada con cargo a los recursos que para dicho fin transfiere el Ministerio de Economía y Finanzas. Hasta la fecha no se tiene información acerca del número de trabajadores cubierto por este subsidio ni el monto total desembolsado por el MEF para cubrirlo.

Las medidas señaladas generan un conjunto de problemas que se analizan a continuación.

1.1 La ausencia de un reconocimiento expreso de la necesidad de privilegiar los acuerdos colectivos (con las organizaciones sindicales o con representantes de los trabajadores) por sobre los acuerdos individuales

El Decreto de Urgencia señala que se debe dar prioridad al “acuerdo con el trabajador”, se aprecia que la regla descrita se inclina por los acuerdos individuales que en el derecho del trabajo suelen ser –generalmente- fuente de arbitrariedades y abusos presentándose hoy en día una marcada tendencia a la unilateralidad de las decisiones tomadas por el empleador quien termina imponiendo su decisión –ante el nulo o escaso poder de negociación del trabajador individualmente considerado-.

Posteriormente, mediante el Decreto Supremo N° 011-2020-TR -reglamento del decreto de urgencia- se estableció (a través de su artículo 4) lo siguiente:

“Artículo 4.- Sobre la adopción de medidas que resulten necesarias a fin de mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones

4.1 Los empleadores incursos en el artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 038-2020 procuran en primer término adoptar las medidas alternativas que resulten necesarias a fin de mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, privilegiando el diálogo con los trabajadores, tales como:

a) Otorgar el descanso vacacional adquirido y pendiente de goce.

b) Acordar mediante soporte físico o virtual, el adelanto del descanso vacacional a cuenta del periodo vacacional que se genere a futuro. En este último caso, el adelanto del descanso vacacional se sujeta a las reglas establecidas en el capítulo II del Decreto Supremo N° 002-2019-TR, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1405, Decreto Legislativo que establece regulaciones para que el disfrute del descanso vacacional remunerado favorezca la conciliación de la vida laboral y familiar, para el sector privado.

c) Acordar mediante soporte físico o virtual, la reducción de la jornada laboral diaria o semanal, con la reducción proporcional de la remuneración. Para tal efecto, se considera el criterio de valor hora definido en el artículo 12 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR.

d) Acordar mediante soporte físico o virtual, con los trabajadores la reducción de la remuneración. Dicha reducción consensuada debe guardar proporcionalidad con las causas que la motivan. En ningún caso, puede acordarse la reducción de la remuneración por debajo de la Remuneración Mínima Vital (RMV).

e) Adoptar otras medidas reguladas por el marco legal vigente, siempre que permitan el cumplimiento del objetivo del Decreto de Urgencia N° 038-2020.

4.2 Previamente a la adopción de las medidas alternativas indicadas en el numeral anterior, 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. Se debe dejar constancia de la remisión de información y de la convocatoria a negociación.

4.3 La aplicación de las medidas referidas en los numerales anteriores en ningún caso pueden afectar derechos fundamentales de los trabajadores, como es el caso de la libertad sindical y el trato no discriminatorio.”

El reglamento trató de enmendar la gruesa omisión del decreto de urgencia al no privilegiar el espacio para el diálogo entre el empleador y los trabajadores y sus organizaciones (diálogo colectivo), no obstante, en la práctica la posibilidad de los trabajadores de actuar organizadamente se vio severamente limitada por dos factores claves: la debilidad de las organizaciones sindicales expresada en una diminuta tasa de afiliación sindical (de apenas el 6% de los trabajadores formales) y la inmovilización social obligatoria.

Cabe anotar que en el escenario actual del mercado de trabajo donde predomina el contrato de trabajo a plazo fijo (las tres cuartas partes de los trabajadores formales son temporales), la debilidad en el poder de negociación individual se acentúa.

Sobre el particular, es preciso recordar al respecto lo señalado por el Comité de Libertad Sindical respecto de las materias que encuentran cobertura a través de la negociación colectiva:

“1291. Las cuestiones que pueden ser objeto de la negociación colectiva incluyen el tipo de convenio que se ofrezca a los trabajadores o el tipo de convenio colectivo que haya de negociarse en el futuro, así como los salarios, prestaciones y subsidios, la duración del trabajo, las vacaciones anuales, los criterios de selección en caso de despido, un alcance del convenio colectivo, el otorgamiento de facilidades a los sindicatos, que incluyan un acceso al lugar de trabajo más amplio que el previsto en la legislación, etc.; esas cuestiones no deberían excluirse del ámbito de la negociación colectiva en virtud de la legislación, o como en este caso, por sanciones económicas y penas severas en caso de incumplimiento de las disposiciones del código y de las directrices. (Véanse Recopilación de 2006, párrafo 913; 344° informe, Caso núm. 2464, párrafo 327 y Caso núm. 2502, párrafo 1022; 346° informe, Caso núm. 2488, párrafo 1353; 349° informe, Caso núm. 2545, párrafo 1154; y 362° informe, Caso núm. 2804, párrafo 568.)”

La preferencia por los acuerdos colectivos con los representantes de los trabajadores o con las organizaciones de trabajadores existentes en el ámbito obedecen a razones de orden constitucional que

guardan relación con las garantías para el ejercicio de la libertad sindical y la preferencia por el uso de la negociación que reconoce nuestra Constitución y los convenios OIT ratificados por nuestro país y el necesario equilibrio que se debe buscar alcanzar entre las partes del contrato de trabajo.

1.2 Los principios de razonabilidad y proporcionalidad y la necesidad de justificar una medida de esta naturaleza con incidencia en el derecho constitucional al trabajo y el derecho a una remuneración justa y equitativa y la incoherencia normativa en relación con otras medidas⁵

La suspensión perfecta de labores no es una institución nueva. Esta ya se encuentra prevista en el TUO del Decreto Legislativo N° 728 por razones de caso fortuito o fuerza mayor:

“Artículo 15.- El caso fortuito y la fuerza mayor autorizan al empleador a la suspensión temporal perfecta de las labores, hasta por un máximo de 90 días, con comunicación inmediata a la Autoridad de Trabajo. Deberá, sin embargo, de ser posible, otorgar vacaciones vencidas o anticipadas y, en general, adoptar medidas que razonablemente eviten agravar la situación de los trabajadores.

La Autoridad Administrativa de Trabajo verificará dentro del sexto día la existencia de la causa invocada, su carácter intempestivo, imprevisible e inevitable; y la necesidad insustituible de la suspensión. De comprobar lo contrario, ordenará la inmediata reanudación de las labores y el pago de las remuneraciones por el tiempo de suspensión transcurrido”

¿En qué se diferencia la suspensión perfecta de labores que plantea la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y la suspensión que permite el Decreto de Urgencia 038-2020?

El artículo arriba citado exige que antes de recurrir a la suspensión por caso fortuito o fuerza mayor se apliquen medidas alternativas que eviten gravar la situación laboral.

Así, por ejemplo, el empleador puede aplicar vacaciones anticipadas o vencidas. Asimismo, la fundamentación del caso fortuito o fuerza mayor, encuentra respaldo en el reglamento del TUO del Decreto Legislativo N° 728 el cual establece claramente los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad de aplicación de la suspensión.

¿Ello quiere decir que la suspensión perfecta regulada por el citado decreto de urgencia es una medida que se aparta de la razonabilidad y proporcionalidad? Nos parece que toda medida que pueda tener efectos en el trabajo ya sea en su contenido relacionado con la permanencia en el puesto de trabajo –estabilidad- o con la contraprestación derivada del contrato de trabajo está sujeta a ambos principios.

El Decreto de Urgencia no exime al empleador de justificar una medida como la suspensión perfecta y es que todo acto de privados dentro del Estado Constitucional de Derecho se debe enmarcar dentro de los citados principios y no debe ser arbitrario –esto es, injustificado-.

Así las cosas, no bastaba que el empleador justifique la medida en la imposibilidad de no poder implementar el trabajo remoto o aplicar la licencia con goce de haber por la naturaleza de sus actividades

5 Constitución: “Artículo 24.- 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. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.”

sino que, necesariamente, dicha imposibilidad se debe relacionar con una afectación económica de tal gravedad que haga imposible adoptar otras medidas alternativas, y es que al igual que la medida contemplada en la legislación laboral general vigente -la prevista en el artículo 15 del TUO del Decreto Legislativo N° 728- las normas especiales expedidas dentro del estado de emergencia (como se puede apreciar del propio texto del Decreto de Urgencia N° 026-2020) responden a la finalidad de preservar en la mayor medida posible el empleo manteniendo la remuneración de los trabajadores en la mayor medida posible para no afectar la demanda interna ni perjudicar extremadamente la cadena de pagos y el consumo, asumiendo en este escenario los trabajadores y los empleadores sacrificios proporcionales.

Por ello, no sería razonable ni proporcional, por ejemplo, que una empresa que ha distribuido utilidades entre sus accionistas o que registre estados financieros saludables pretenda justificar una medida de suspensión perfecta usando como único argumento el hecho de que no puede implementar el trabajo remoto o aplicar la licencia con goce de haber por la naturaleza de sus actividades, hecho que por sí mismo aparece como una razón débil, situación objetiva que de por sí afecta a todos los empleadores y a casi todas las empresas de diversas actividades económicas en mayor o menor medida.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de las normas reglamentarias del decreto de urgencia se pretendió moderar la postura inicial de dicha norma.

El artículo 3 del Decreto Supremo N° 011-2020-TR definió los denominados “niveles de afectación económica” que una empresa debía acreditar (en función a dos factores que son las ventas registradas y las remuneraciones pagadas a los trabajadores).

Las reglas del decreto supremo toman como referencia el mes previo al que se solicita la suspensión en relación al mismo mes de hace un año con la posibilidad de que si en el mes previo al que se presenta la solicitud las ventas son “0” pues la medida procede sin mayor justificación.

De ello se derivan varios aspectos negativos:

- a) La visión limitada y estática de esta medida: es limitada pues se compara la situación de tan solo un mes, cuando debería exigirse el resultado final de la actividad dentro de un periodo mayor pues las ventas de un mes no determinan necesariamente la capacidad económica y financiera de una empresa; de otro lado, es estática pues no se solicitan proyecciones de las actividades a futuro, por ejemplo, no es lo mismo el turismo que los servicios financieros (unos se recuperarán más lentamente que otros),
- b) La equidad de las medidas se ha visto seriamente dañada: otorgar subsidios a quienes no lo necesitan u otorgarlos en la misma medida a quienes están en situaciones objetivamente diferentes resienten este principio; en efecto, se pierde de vista que muchas empresas habían recibido subsidios para el 35 por ciento de la planilla y podrían pedir préstamos a bajos intereses para mantener los niveles de empleo. Es así que, de manera limitada, se introdujo un nuevo cambio normativo que trató, sin éxito, de limitar la posibilidad de recurrir a este mecanismo. El Decreto Supremo N° 012-2020-TR estableció en su artículo 3° que la medida de suspensión perfecta de labores no puede comprender a los trabajadores por los cuales el empleador percibe el subsidio previsto en el Decreto de Urgencia N° 033-2020, ya sea que la suspensión perfecta de labores se adopte ante la imposibilidad de aplicar trabajo remoto o licencia con goce de haber por la naturaleza de las actividades o por el nivel de afectación económica. La regla señalada dispuso que la Autoridad Administrativa de Trabajo, en estos casos, expide resolución precisando, de corresponder, que la medida de suspensión perfecta de labores no es aplicable “a los

trabajadores por los cuales el empleador percibe el subsidio, durante el mes en que se percibe el mismo”, no obstante, los otros trabajadores sí podían ser incluidos en esta medida.

- c) Finalmente, la medida aparece como incoherente (en términos valorativos) con otras medidas como, por ejemplo, el acceso al programa denominado Reactiva Perú⁶. Una empresa podía acogerse a este programa, acceder a un préstamo con una tasa de interés bajísima, podría hasta pertenecer a un conglomerado económico saludable y financieramente próspero, e incluso pudo haber recibido el subsidio parcial de las remuneraciones de sus trabajadores -al menos de algunos de ellos- y aún así puede acogerse a la suspensión perfecta, evidentemente la política implementada resultaba incoherente e inequitativa.

Por si fuera poco, recientemente se ha publicado el Decreto de Urgencia N° 072-2020, que modifica nuevamente el artículo 7 del Decreto de Urgencia N° 038-2020 que reguló medidas compensatorias a favor de los trabajadores que se encuentran en suspensión perfecta de labores; tales como la creación de la “Prestación Económica de Protección Social de Emergencia ante la Pandemia del Coronavirus COVID-19” a favor de los trabajadores comprendidos en la suspensión perfecta de labores regulada en el numeral 3.2 del artículo 3, que pertenezcan al régimen laboral de la microempresa conforme al Texto Único Ordenado de la Ley de Impuesto al Desarrollo Productivo y Crecimiento Empresarial, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, y cuya remuneración bruta sea de hasta S/ 2 400 (dos mil cuatrocientos y 00/100 soles).

La modificación del citado artículo es como sigue:

***“Artículo 7. Medidas compensatorias a favor de los trabajadores que se encuentren en suspensión perfecta de labores
(...)”***

7.3 Para los casos de los trabajadores que se encuentren en una suspensión perfecta de labores regulada en el numeral 3.2 del artículo 3, cuyo empleador cuente con hasta cien (100) trabajadores conforme a lo dispuesto en el literal b) del numeral 7.2 del artículo 7 del De-

6 Decreto Legislativo N° 1455: “ Artículo 1. Objeto El presente Decreto Legislativo tiene por objeto promover el financiamiento de la reposición de los fondos de capital de trabajo de las empresas que enfrentan pagos y obligaciones de corto plazo con sus trabajadores y proveedores de bienes y servicios, a efectos de asegurar la continuidad en la cadena de pagos en la economía nacional. Artículo 2. Creación del Programa de Garantía del Gobierno Nacional para la Continuidad en la Cadena de Pagos 2.1 Créase el Programa de Garantía del Gobierno Nacional para la Continuidad en la Cadena de Pagos (en adelante “Programa REACTIVA PERÚ”), que tiene por objeto garantizar el financiamiento de la reposición de los fondos de capital de trabajo de empresas que enfrentan pagos y obligaciones de corto plazo con sus trabajadores y proveedores de bienes y servicios, a través de un mecanismo que otorgue la garantía del Gobierno Nacional a los créditos en moneda nacional que sean colocados por las Empresas del Sistema Financiero (ESF). 2.2 La Garantía del Gobierno Nacional a que se refiere el numeral precedente solo cubre los créditos en moneda nacional que sean colocados por la ESF, a partir de la vigencia del Reglamento Operativo del Programa REACTIVA PERÚ - que se aprueba de acuerdo con lo establecido en la Primera Disposición Complementaria Final del presente Decreto Legislativo (en adelante “Reglamento Operativo) - y hasta el 30 de junio de 2020, a efectos de asegurar la continuidad en la cadena de pagos en la economía nacional. Este plazo puede ser ampliado mediante Decreto Supremo refrendado por la Ministra de Economía y Finanzas. 2.3 La Garantía del Gobierno Nacional que se otorga en el marco del Programa REACTIVA PERÚ, se canaliza a través de los siguientes mecanismos: a) Garantías a las carteras de créditos que se implementan mediante fideicomiso. b) Garantías individuales que se implementan mediante comisión de confianza u otro instrumento de similar naturaleza. 2.4 Las garantías del Programa REACTIVA PERÚ sólo sirven de respaldo siempre que éstas se utilicen, de manera exclusiva, en operaciones del Banco Central de Reserva del Perú (BCRP). “2.5 Las garantías del Programa REACTIVA PERÚ se extinguen automáticamente en el caso que las declaraciones o documentos que originaron el otorgamiento de las mismas, resulten falsos o inexactos, y siempre que dicha información sea responsabilidad de la ESF. En la eventualidad que ya hubiesen sido ejercidas u honradas, los montos correspondientes deben ser restituidos por la ESF.”

creto Supremo N° 011-2020-TR y modificatoria, y siempre que perciban una remuneración bruta de hasta S/ 2 400, 00 (DOS MIL CUATROCIENTOS Y 00/100 SOLES), dispóngase la creación de la “Prestación Económica de Protección Social de Emergencia ante la Pandemia del Coronavirus COVID-19”. Esta prestación económica es otorgada por el Seguro Social de Salud hasta por un monto máximo de S/ 760, 00 (SETECIENTOS SESENTA Y 00/100 SOLES) por cada mes calendario vencido que dure la correspondiente medida de suspensión perfecta de labores, hasta por un periodo máximo de tres (3) meses. Asimismo, dicha prestación no será aplicable para aquellos trabajadores cuyo hogar, según la información del Registro Nacional para medidas COVID-19 al que hace referencia el Decreto de Urgencia N° 052-2020, sea beneficiario de alguno de los subsidios monetarios a los que hace referencia el artículo 2 de dicho Decreto de Urgencia, así como el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 027-2020, complementado por el Decreto de Urgencia N° 044-2020, el artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 033-2020 y el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 042-2020. (...)

En primer lugar, se amplía el otorgamiento de la denominada “Prestación Económica de Protección Social de Emergencia ante la Pandemia del Coronavirus COVID-19” la que ahora cubre a los trabajadores de empresas *de hasta cien trabajadores* (antes solo alcanzaba a los trabajadores de la microempresa), otorgándoles el subsidio de S/. 760 por cada mes calendario vencido hasta por un máximo de tres meses de suspensión perfecta, excluyendo a los trabajadores cuyo hogar, según la información del Registro Nacional para medidas COVID-19, sea beneficiario de alguno de los subsidios monetarios a los que hace referencia el artículo 2 de dicho Decreto de Urgencia, así como el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 027-2020, complementado por el Decreto de Urgencia N° 044-2020, el artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 033-2020 y el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 042-2020.

En segundo lugar, mediante la publicación y entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 015-2020-TR, se modificaron los artículos 3, 5 y 7 del Decreto Supremo N° 011-2020-TR señalando:

Artículo 2.- Modificación de los artículos 3, 5 y 7 del Decreto Supremo N° 011-2020-TR

Modifícanse el artículo 3, el numeral 5.1 del artículo 5 y el literal g) del numeral 7.2 del artículo 7 del Decreto Supremo N° 011-2020-TR, que quedan redactados de la siguiente manera:

“Artículo 3.- Sobre la implementación del trabajo remoto o la licencia con goce de haber (...)

En el caso de que las ventas del mes previo a la adopción de la medida correspondiente sean igual a cero, el empleador puede aplicar la suspensión perfecta de labores, siendo facultativo la adopción de medidas alternativas previstas en el numeral 3.1. del artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 038-2020. Para dicho efecto, resulta de aplicación lo establecido en el literal a) del numeral 7.2 del artículo 7 del presente decreto supremo.

El cálculo de los ratios indicados en el presente numeral se realiza conforme al Anexo del presente decreto supremo, que forma parte integrante del mismo y que se publica el mismo día de su publicación en el Diario Oficial El Peruano en el portal institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (www.gob.pe/mtpe).”

“Artículo 5.- Naturaleza de la suspensión perfecta de labores

5.1 Agotada la posibilidad de implementar las medidas alternativas previstas en el artículo 4 del presente decreto supremo, el empleador puede excepcionalmente aplicar la suspensión perfecta de labores prevista en el numeral 3.2. del artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 038-2020.

Tratándose de empleadores que cuentan hasta con cien (100) trabajadores, conforme a lo dispuesto en el literal b) del numeral 7.2 del artículo 7 del presente decreto supremo, resulta facultativo acreditar la adopción de las medidas alternativas previstas en el artículo 4.”

Es decir, en el caso en que los empleadores decidan iniciar el procedimiento de suspensión perfecta por haber registrado ventas iguales a 0 en el mes previo a la adopción de dicha medida, es facultativa -es decir ya no es obligatorio- la adopción de las medidas alternativas previstas en el numeral 3.1, por ello, ya no es obligatorio que el empleador analice junto con sus trabajadores u organizaciones adoptar medidas menos graves.

La regulación introducida presume, sin justificación alguna, que las empresas de hasta cien trabajadores que no registraron ventas en el mes previo a la presentación de la solicitud de suspensión perfecta, están en una situación económico financiera de tal magnitud que *necesariamente* deben acudir a esta medida prescindiendo del análisis de cualquier otra medida menos grave para los trabajadores -únicamente por dos factores que son el número de trabajadores y el registro de ventas iguales a “cero”- y asumiendo que la única y necesaria medida que pueden adoptar es la suspensión perfecta de los vínculos, accediendo el trabajador al subsidio estatal de S/. 760 por máximo tres meses.

También hay un elemento no menos importante de análisis desde la perspectiva del trabajador: el otorgamiento de subsidios por situaciones de pérdida de ingresos (de remuneración propiamente) desprovisto de criterios de equidad y solidaridad. Así, no es lo mismo otorgar un subsidio de casi un tercio de la remuneración mensual a una persona con hijos que una persona sin carga familiar, como tampoco es lo mismos otorgarlo en la misma cantidad a una mujer con carga familiar que un hombre sin carga familiar.

1.3 El principio del sometimiento de la administración a la Constitución, la regulación de la suspensión perfecta en el estado de emergencia, el silencio administrativo positivo y la desviación de poder.-

El TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala como principio del procedimiento administrativo:

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder.- *La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.”*

El procedimiento original de suspensión perfecta tiene sus orígenes en la reforma laboral de los años noventa, específicamente en el Decreto Legislativo N° 728, vigente desde el año 1991, es decir, hace casi treinta años.

Desde entonces a la fecha sobrevinieron diversos cambios normativos trascendentes en las reglas generales del procedimiento administrativo que, entre otros aspectos, privilegiaron una visión más compatible de los requisitos de procedimiento con el Estado Constitucional de Derecho.

La reforma normativa de las reglas del procedimiento administrativo general que operaron en nuestro país desde inicios del siglo veintiuno se esforzaron por encausar, entre otras, las reglas de procedimiento dentro del marco Constitucional, privilegiando el interés general, y velando por la compatibilidad de poderes de la administración –tanto la del nivel central, como la regional y local- con el ejercicio de los derechos fundamentales de los administrados y con la preservación del interés general, expresado en los derechos fundamentales y en los fines constitucionales.

No obstante, el derecho del trabajo fue inmune a este trascendental cambio a pesar que dentro de sus instituciones más importantes –como puede ser la estabilidad en el trabajo, el ejercicio del derecho de sindicación, de la negociación colectiva y del derecho de huelga- sobrevivieron prácticas no solo contrarias a las normas sobre procedimiento administrativo general vigentes sino también prácticas contrarias o a contramarcha de las reformas que desde el derecho administrativo sobrevinieron con el nuevo siglo.

Un aspecto no menos importante contenido en el Decreto de Urgencia N° 038-2020, pasó casi desapercibido: el recurso al silencio administrativo positivo para la aprobación de la solicitud de suspensión perfecta que están habilitados a presentar los empleadores privados –y las empresas del Estado- durante la situación de emergencia nacional declarada con motivo de la pandemia del virus que genera el COVID-19.

El abuso de poder, resulta ser una figura, dentro de un conjunto de otras como fraude de ley y el abuso del derecho, que forma parte de las acciones ilícitas. Se aprecia de la clasificación contenida en el artículo 32 del TUO de la LPAG que los procedimientos administrativos se clasifican en: “(...) procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad, y este último a su vez sujeto, en caso de falta de pronunciamiento oportuno, a silencio positivo o silencio negativo. Cada entidad señala estos procedimientos en su Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA, siguiendo los criterios establecidos en el presente ordenamiento.”

La clasificación legal descrita señala que la técnica del silencio administrativo positivo se relaciona con los procedimientos de evaluación previa. De la manera en que se configura normativamente el procedimiento administrativo de suspensión perfecta, el mismo revela una nota particular: su eficacia desde que el empleador presenta su solicitud en este caso por vía remota, una nota que va a contrapíe de lo que la LPAG define como características de este tipo de procedimientos de calificación previa pues precisamente esta característica es propia de los procedimientos de aprobación automática descritos en el artículo 33 del TUO de la LPAG que señala además lo siguiente: “33.4 Son procedimientos de aprobación automática, sujetos a la presunción de veracidad, aquellos que habiliten el ejercicio de derechos preexistentes del administrado, la inscripción en registros administrativos, la obtención de licencias, autorizaciones, constancias y copias certificadas o similares que habiliten para el ejercicio continuado de actividades profesionales, sociales, económicas o laborales en el ámbito privado, siempre que no afecten derechos de terceros y sin perjuicio de la fiscalización posterior que realice la administración.”

Una medida como la suspensión perfecta que decide emprender un empleador tiene como efecto directo un perjuicio – de ser aprobada- en el derecho del trabajo entendiendo dentro su “contenido esencial” como ha dicho el Tribunal Constitucional a la estabilidad en el trabajo además de afectar la remuneración que también encuentra protección constitucional. Por tener la posibilidad de afectar derechos de primer orden –fundamentales-, entiéndase como “derechos de terceros”, debería ser conducida por la vía de un procedimiento más adecuado (idoneidad) para cautelar en la mayor medida posible los derechos de los terceros potencialmente afectados (los trabajadores): el procedimiento trilateral como garantía institucional para la protección de derechos (fundamentales) de terceros.

Si nos atenemos a lo señalado en la propia LPAG sobre el principio de verdad material⁷ –la necesidad de fundamentar una decisión apreciando y evaluando racionalmente los hechos del caso- el procedimiento trilateral es el más idóneo para la garantía no solo de los intereses del empleador si no también y sobremanera de los intereses de los trabajadores conectados en este caso son derechos fundamentales como el derecho al trabajo y el derecho a una remuneración que garantice la dignidad del trabajador.

La regulación reciente sobre la suspensión perfecta, nada menos que en un escenario de crisis sin precedentes desatado por la pandemia del Covid-19, invitaba a la corrección del Poder Ejecutivo y a una decisión política más coherente con el estado constitucional de derecho y la supremacía de la Constitución que está llamado a defender, no obstante, el decreto de urgencia comentado y su reglamento se apartan de las reglas del procedimiento administrativo general sin que se ofrezcan mejores razones para regular un procedimiento en el que se prescinde de las garantías que mejor ofrece el procedimiento trilateral por ser el más idóneo para los derechos en conflicto, introduciendo un trato discriminatorio en perjuicio de los trabajadores quienes cuando ven amenazados su derecho al trabajo y a una remuneración digna quedan sometidos a un procedimiento administrativo desprovistos de las garantías que el procedimiento trilateral ofrece como vía idónea para resolver un conflicto con su empleador donde se supone deben prevalecer las mejores razones que ofrezca cualquiera de las dos partes en el involucradas.

El procedimiento trilateral no solo garantiza que el reclamante (el empleador) exponga sus argumentos jurídicos y fácticos en los que sustenta su petición, si no que pone a los trabajadores a través de sus organizaciones o representantes en igualdad de armas por tratarse de un procedimiento “contencioso” donde ambas partes se encuentran en la posibilidad de ofrecer sus argumentos jurídicos y fácticos y persuadir con ellos a la autoridad administrativa que resuelve. Así mismo, ofrece la posibilidad de abrir un espacio de conciliación de los intereses de ambas partes –al menos esto se encontraría garantizado dentro del procedimiento mismo- las que pueden poner fin al conflicto a través una conciliación o transacción extrajudicial y poner fin al procedimiento, también garantiza que el reclamante (empleador) pueda solicitar una medida cautelar a la autoridad administrativa lo que es menos gravoso que la eficacia anticipada de la suspensión perfecta. Resulta este procedimiento uno más garantista

7 TUO de la LPAG: “Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo. 1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...) 1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.”

que pone a las partes en igualdad real para ofrecer argumentos y refutaciones a los de la contraparte, lamentablemente ello no está garantizado en la estructura del procedimiento regulado por el citado decreto de urgencia y su reglamento donde no se aprecia una igualdad de armas.

Si acaso la situación de urgencia aconsejaba a tener un procedimiento más célere, en todo caso, ello no debió hacerse resintiéndose gravemente otros valores (principios).

Se prefirió mantener un procedimiento heredado de la reforma de los años 90s –una reforma que por demás se hizo de manera autoritaria- a contrapié de la importante reforma administrativa garantista y orientada a los intereses generales de inicios de este siglo, se introdujo de esta forma un trato diferenciado no justificado en contra de los trabajadores, una clara desviación de poder que afecta principios como el derecho al trabajo, a una remuneración digna y a la no discriminación. Las decisiones políticas, una vez más hay que decirlo, alejadas completamente del bien común, del bienestar e intereses generales, y también de la ética y del derecho.

2. La ausencia de un seguro de desempleo: el retiro de la Compensación por Tiempo de Servicios -CTS- y de parte de los fondos de las AFPs.-

Uno de los mecanismos de control de la OIT en relación al cumplimiento de las normas internacionales (convenios ratificados) lo constituye la presentación de memorias anuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución de la OIT⁸.

La revisión de las memorias anuales sobre las medidas adoptadas por los países para dar cumplimiento a los convenios que han ratificado, corre a cargo de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, esta es la encargada de determinar en qué medida la legislación y la práctica de cada país es conforme a las obligaciones contenidas en los convenios ratificados. La Comisión puede, sobre la base del análisis de las memorias, elaborar observaciones (en cuanto al respeto y cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados) o solicitudes directas, sólo las primeras se publican en el Informe anual que elabora la Comisión.

La CEACR en su informe del año 2011⁹ estableció:

“Convenio sobre el desempleo, 1934 (núm. 44) (ratificación: 1962)

La Comisión toma nota de la memoria del Gobierno, recibida en septiembre de 2010. Asimismo observa que durante los últimos 20 años el Gobierno ha continuado refiriéndose al sistema de indemnización en base a la duración del servicio, establecido a través del decreto legislativo núm. 650 de 1991, que no puede considerarse que constituya un sistema de protección contra el desempleo de conformidad con los requisitos establecidos en este Convenio. La Comisión lamenta tomar nota de que el Gobierno del Perú no ha podido establecer un sistema de seguro de desempleo, que se comprometió a establecer cuando ratificó el Convenio hace 50 años. La Comisión quiere señalar a la atención del Gobierno la recomendación que hizo en su observación general publicada en el informe de 2010 sobre la necesidad de elaborar una estrategia nacional en el Perú para consolidar y desarrollar un sistema sostenible

8 OIT, Constitución, artículo 22º: “Artículo 22.-Cada uno de los Miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán contener los datos que éste solicite.”

9 Adoptado en la Conferencia Internacional del Trabajo, 100º reunión, 2011. En: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_151559.pdf

de seguridad social, que permitiría al Estado utilizar plenamente el potencial que ofrecen las normas internacionales sobre seguridad social a fin de garantizar la buena administración de los programas y permitir la ampliación gradual de la cobertura a toda la población. En este contexto, la Comisión espera que el Gobierno no escatime esfuerzos en un futuro próximo para establecer un sistema de seguro de desempleo de conformidad con el Convenio.”

Dicha observación, junto a otras similares, han estado referidas al nivel de cumplimiento que presenta nuestro país en relación al Convenio N° 44 sobre el desempleo considerando que tanto la Compensación por Tiempo de Servicios -CTS- como la indemnización por despido arbitrario, no constituyen un sistema de protección contra el desempleo en los términos definidos por el Convenio N° 44¹⁰. Dicho convenio define el conjunto de prestaciones posibles (indemnizaciones, subsidios o una combinación de ambas) y los instrumentos para otorgarlas (seguro obligatorio, voluntario, una combinación de ambos o un sistema de seguros complementado con uno asistencial).

El Decreto Legislativo N° 650 en un inicio estableció una disponibilidad del 50% de los depósitos de CTS, posteriormente se establecieron diversas medidas normativas temporales que aumentaron la disponibilidad hasta llegar al 100% con el objetivo de reactivar el consumo de la clase trabajadora, esto afectó considerablemente el monto de los depósitos de la CTS y el nivel de ahorro individual.

La permisión legal para disponer de hasta el 100% de lo depositado ha incentivado que los trabajadores con menores ingresos dispongan de sus fondos eliminando la protección frente a un eventual desempleo produciéndose una “salarización” de la CTS para este grupo.

En esa línea, en el año 2015, se aprobó la Ley N° 30334 en cuyo artículo 5 se señaló, con el propósito de dinamizar la economía nacional, esto es de fomentar la demanda interna, lo siguiente:

“Artículo 5. Disponibilidad temporal de los depósitos de la compensación por tiempo de servicios (CTS)

5.1 Autorízase a los trabajadores comprendidos dentro de los alcances del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por el Decreto Supremo 001-97-TR, a disponer libremente del cien por ciento (100%) del excedente de cuatro (4) remuneraciones brutas, de los depósitos por CTS efectuados en las entidades financieras y que tengan acumulados a la fecha de disposición. Para tal efecto, se considerará el monto de la última remuneración del trabajador, y corresponderá a los empleadores comunicar a las instituciones financie-

10 Convenio N° 44 sobre desempleo, artículo 1: “Artículo 1. 1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a mantener un sistema que garantice a los desempleados involuntarios comprendidos en este Convenio: a) una **indemnización**, es decir, el pago de una cantidad devengada con motivo de las cotizaciones abonadas en virtud del empleo del beneficiario afiliado a un sistema obligatorio o voluntario; o b) un **subsidio**, es decir, una prestación que no constituye ni una indemnización, ni un socorro concedido en virtud de medidas generales de asistencia a los indigentes, pero que puede constituir la remuneración de un empleo en trabajos de asistencia organizados de acuerdo con las condiciones previstas por el artículo 9; o bien c) una combinación de indemnizaciones y subsidios. 2. A condición de que garantice a todas las personas a las que se aplica el presente Convenio las indemnizaciones o subsidios previstos en el párrafo 1, este sistema podrá ser: a) un sistema de seguro obligatorio; b) un sistema de seguro voluntario; c) una combinación de los sistemas de seguro obligatorio y de seguro voluntario; d) cualquiera de los sistemas precitados completado con un sistema de asistencia. 3. Las condiciones en que los trabajadores desempleados podrán pasar del régimen de indemnizaciones al régimen de subsidios, si el caso se presentare, serán fijadas por la legislación nacional.”

ras el monto intangible de cada trabajador. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo es el encargado de fiscalizar el cumplimiento de la presente disposición.

5.2 El reglamento podrá establecer otros procedimientos alternativos de comunicación del monto de la última remuneración del trabajador a las instituciones financieras.

Según información reportada al mes de julio del 2014, “El 88% de las personas con cuentas CTS en el sistema financiero (3.2 millones) acumula menos de S/. 10,000, de acuerdo a los últimos datos disponibles. A mayo de este año hay 15,991 de peruanos cuyos depósitos CTS son mayores a los S/. 90,000. Ese número es superior en 3,021 o en 23% al observado en igual mes del año pasado. Y en los últimos 12 meses los que tienen más de S/. 900,000 han pasado de 37 a 41, e incluso hay una persona cuya CTS alcanza los S/. 5.7 millones.”¹¹

Sobre la base de la información estadística reportada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP¹², al mes de abril del 2020, la Banca Múltiple concentraba el 90% de las cuentas de CTS del país y concentrando el 77% del monto total de dinero depositado en estas cuentas, mientras que las Cajas Municipales y las Rurales apenas concentraban el 9 y el 1% respectivamente, sobre un total de 4 435 666 personas con cuentas de CTS a nivel nacional, concentrando a su vez el 21% y el 2% del monto total del dinero depositado en estas cuentas que ascienden a un total de S/. 14 662 553,727 millones de soles.

CTS	Número (personas)	Monto (S/)
BM	3,994.668	14,662,553,727
CM	405,594	4,052,674,967
CR	35404	375,522,885
Total	4,435,666	19,090,751,580

CTS	% (Número)	% (Monto)
BM	90%	77%
CM	9%	21%
CR	1%	2%
Total	100%	100%

De los cuadros estadísticos que mostramos a continuación, se aprecian los siguientes resultados:

11 En:<https://gestion.pe/economia/mercados/15-990-personas-cuentas-cts-s-90-000-65552-noticia/>

12 La información estadística puede ser revisada en el siguiente enlace <https://www.sbs.gob.pe/estadisticas-y-publicaciones/estadisticas-/sistema-financiero>

ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL ESTADO Y LAS EMPRESAS FRENTE A LOS IMPACTOS DEL COVID-19 EN RELACIÓN A LOS DERECHOS LABORALES Y LA SALUD DE LOS TRABAJADORES.

Depósitos de la Banca Múltiple según Escala de Montos Al 30 de Abril de 2020

Escala (En soles)	Personas Naturales		Personas Jurídicas				TOTAL		
	Número	Monto (Miles de soles)	Privadas sin fines de lucro		Otras personas jurídicas		Número	Monto (Miles de soles)	
			Número	Monto (Miles de soles)	Número	Monto (Miles de soles)			
Depósitos Vista		380,051	3,742,214	24,735	6,174,301	469,691	83,082,609	874,477	92,999,124
Hasta 10,012		354,678	116,323	16,150	24,377	341,548	406,682	712,376	547,382
de 10,012 a 25,031		9,782	157,554	2,322	37,963	37,251	607,433	49,355	802,951
de 25,031 a 50,062		5,565	197,886	1,602	57,570	25,372	909,579	32,539	1,165,035
de 50,062 a 100,123		3,974	281,587	1,423	101,169	21,244	1,518,144	26,641	1,900,899
de 100,123 a 200,246		2,634	370,614	1,059	149,498	16,071	2,274,861	19,764	2,794,974
de 200,246 a 400,492		1,690	477,022	822	235,852	11,237	3,176,809	13,749	3,889,683
de 400,492 a 600,738		642	313,466	370	179,480	4,629	2,264,574	5,641	2,757,519
de 600,738 a 800,984		316	219,808	205	141,793	2,637	1,823,189	3,158	2,184,790
de 800,984 a 1,001,230		197	175,287	127	113,291	1,638	1,463,834	1,962	1,752,413
de 1,001,230 a 1,501,845		235	284,517	189	229,264	2,515	3,072,805	2,939	3,586,587
de 1,501,845 a 2,002,460		118	199,811	115	199,828	1,276	2,199,812	1,509	2,599,450
de 2,002,460 a 5,006,150		162	483,036	199	632,345	2,493	7,708,814	2,854	8,824,194
de 5,006,150 a 10,012,300		47	318,380	73	499,151	863	6,006,765	983	6,824,295
de 10,012,300 a más		11	146,922	79	3,572,720	917	49,649,309	1,007	53,368,952
Depósitos de Ahorro		23,518,085	78,159,581	9,863	1,531,699	135,462	6,841,754	23,663,410	86,533,034
Hasta 10,012		22,341,489	13,315,560	6,718	9,311	115,043	100,517	22,463,250	13,425,388
de 10,012 a 25,031		612,899	9,637,769	934	15,278	7,538	120,777	621,371	9,773,825
de 25,031 a 50,062		278,199	9,750,488	689	24,783	4,655	165,154	283,543	9,940,425
de 50,062 a 100,123		158,272	10,997,468	466	32,944	3,333	235,452	162,071	11,265,864
de 100,123 a 200,246		77,368	10,623,273	368	52,212	2,189	306,709	79,925	10,982,194
de 200,246 a 400,492		32,687	8,934,084	240	68,903	1,229	344,194	34,156	9,347,181
de 400,492 a 600,738		8,501	4,120,063	113	55,098	456	222,925	9,070	4,398,086
de 600,738 a 800,984		3,517	2,421,359	61	41,668	245	170,445	3,823	2,633,472
de 800,984 a 1,001,230		1,713	1,525,886	41	36,068	145	129,976	1,899	1,691,930
de 1,001,230 a 1,501,845		1,892	2,284,665	67	78,780	192	235,617	2,151	2,599,062
de 1,501,845 a 2,002,460		681	1,172,450	54	93,185	102	178,149	837	1,443,783
de 2,002,460 a 5,006,150		733	2,095,224	80	226,423	194	582,407	1,007	2,904,055
de 5,006,150 a 10,012,300		99	662,322	18	124,264	65	442,188	182	1,228,774
de 10,012,300 a más		35	618,971	14	672,782	76	3,607,243	125	4,898,995
Depósitos a Plazo		422,491	28,402,129	3,864	6,723,489	39,913	55,736,672	466,268	90,862,289
Hasta 10,012		161,386	568,458	1,791	3,473	29,784	93,912	192,961	665,844
de 10,012 a 25,031		86,766	1,452,382	597	9,790	2,147	36,407	89,510	1,498,580
de 25,031 a 50,062		64,790	2,387,470	370	13,400	1,300	46,133	66,460	2,447,003
de 50,062 a 100,123		53,254	3,888,925	286	19,995	1,230	87,892	54,770	3,996,812
de 100,123 a 200,246		31,094	4,433,772	210	29,432	929	132,372	32,233	4,595,576
de 200,246 a 400,492		15,167	4,270,284	190	54,255	885	256,749	16,242	4,581,287
de 400,492 a 600,738		4,369	2,140,637	70	33,956	493	245,346	4,932	2,419,939
de 600,738 a 800,984		1,968	1,358,905	38	26,712	307	213,655	2,313	1,599,272
de 800,984 a 1,001,230		1,078	970,472	23	21,027	204	187,105	1,305	1,178,604
de 1,001,230 a 1,501,845		1,228	1,474,949	52	62,400	377	457,668	1,657	1,995,016
de 1,501,845 a 2,002,460		519	895,771	36	63,581	276	488,519	831	1,447,871
de 2,002,460 a 5,006,150		664	1,962,068	81	262,897	647	2,143,610	1,392	4,368,574
de 5,006,150 a 10,012,300		136	938,657	34	228,597	444	3,307,580	614	4,474,835
de 10,012,300 a más		72	1,659,378	86	5,893,974	890	48,039,725	1,048	55,593,077
Depósitos CTS		3,994,668	14,662,554					3,994,668	14,662,554
Hasta 10,012		3,668,203	3,645,505					3,668,203	3,645,505
de 10,012 a 25,031		207,152	3,218,972					207,152	3,218,972
de 25,031 a 50,062		71,978	2,477,621					71,978	2,477,621
de 50,062 a 100,123		30,992	2,125,114					30,992	2,125,114
de 100,123 a 200,246		11,673	1,577,074					11,673	1,577,074
de 200,246 a 400,492		3,670	983,497					3,670	983,497
de 400,492 a 600,738		647	309,988					647	309,988
de 600,738 a 800,984		203	138,875					203	138,875
de 800,984 a 1,001,230		60	54,128					60	54,128
de 1,001,230 a 1,501,845		61	71,850					61	71,850
de 1,501,845 a 2,002,460		16	27,212					16	27,212
de 2,002,460 a 5,006,150		13	32,720					13	32,720
de 5,006,150 a 10,012,300									
de 10,012,300 a más									

En relación a los depósitos en la Banca Múltiple tenemos que el 92% de las cuentas de CTS tienen como máximo S/. 10 000 siendo el saldo promedio de S/. 1 000, siendo resaltante el siguiente dato: el 92% de las cuentas de CTS en la banca múltiple concentra solo el 25% de los depósitos. La conclusión es la siguiente: hay una gran cantidad de personas desprotegidas frente a pocas personas sobre protegidas.

Resulta inapropiado (una suerte de no adecuación entre medios y fines) que para fomentar la demanda interna se recurra a la disposición de un fondo previsto para cubrir una eventual contingencia como es la pérdida del trabajo en lugar de recurrir por ejemplo al fomento de la negociación colectiva. En este escenario, los trabajadores con mayores ingresos no han dispuesto en similares porcentajes de sus depósitos convirtiéndose la CTS para ellos en un verdadero ahorro contra el desempleo (se encuentran pocos trabajadores mejor protegidos que la mayoría).

Otro factor que ha generado esta situación de desprotección está vinculado con la duración de la relación laboral. En el sector de los trabajadores con menos ingresos se concentra la contratación temporal, cuando este tipo de contratación es utilizado indebidamente produce una alta rotación del trabajador que se ve sometido a períodos de desempleo lo que termina por agotar el monto de su CTS depositada.

Lo expuesto nos permite concluir que el sistema actual de protección contra el desempleo basado en la capitalización individual (CTS) adolece de problemas estructurales. Esto merece evaluar una reforma integral del régimen normativo actual, explorando la posibilidad, entre otras, de implantar mecanismos basados en la distribución social del riesgo frente al desempleo, esquema que permitiría mejorar la baja protección de la que adolecen aquellos mecanismos basados en el ahorro por su fuerte dosis de responsabilidad individual.

No hay que perder de vista que la adecuada protección contra el desempleo es un componente del derecho a la seguridad social (mandato constitucional) y es una institución fundamental en los mercados de trabajo.

En este contexto, ante la inexistencia de un seguro de desempleo, se abrían escasas posibilidades para hacer frente a una crisis que afectaba tanto a las empresas como a los trabajadores: para sostener la vigencia de los empleos y de las remuneraciones el Estado podría recurrir a subsidios directos a las empresas con ese fin mientras dure la emergencia (financiados con impuestos generales por ejemplo) o hace recaer el costo de una medida de esta naturaleza en la capacidad financiera de las empresa o en los trabajadores.

Las consecuencias económicas de la paralización de la actividad económica son finalmente como vemos, asumidas por el trabajador. Esto se refleja en el retiro que puede hacer un sector de los trabajadores del fondo de su CTS y de su cuenta individual de capitalización de la AFP, fondos económicos que en realidad deben ser destinados a la seguridad social y protección frente al riesgo social en el futuro.

Los trabajadores que se encuentren bajo la suspensión perfecta podrán disponer de su cuenta CTS por cada mes que dure esta o, caso no cuenten con saldo, pueden pedir el adelanto de pago de la CTS de mayo y gratificación de julio. Si bien esto soluciona el problema de falta de medios económicos para el trabajador de una forma inmediata en este contexto de emergencia, no es más que una solución meramente superficial.

La norma plantea la entrega de S/. 760 a aquellos trabajadores afectados por suspensión perfecta y que además se encuentren bajo el régimen de las microempresas¹³, así como también el retiro de hasta S/. 2000 de la cuenta individual en la AFP.

13 Trabajadores cuya remuneración bruta no supere los S/.2400 soles, reduciendo ampliamente el sector de trabajadores protegidos

Sin embargo, esto también sugiere un problema: observamos que en la realidad no solo este tipo de empresas se encuentran recurriendo a esta “solución” sino también aquellas medianas y grandes, con un respaldo económico mayor. Es decir, la medida ya se está aplicando de manera indiscriminada a sectores que podrían recurrir a acciones menos lesivas para los trabajadores¹⁴, nuevamente aparece el tema de la inequidad.

Si bien en algunos casos los seguros de desempleo pueden resultar insuficientes por diversos factores, se muestran menos proclives al riesgo político y de otro lado resultan ser un mecanismo más eficientes de distribución social del riesgo evitando que futuros casos de fuerza mayor hagan que las medidas de protección de las remuneraciones recaigan o sobre el empleador o sobre el trabajador, por ello, es recomendable que se efectúen los cálculos actuariales y se diseñe, en coherencia con las obligaciones internacionales asumidas por el Perú un seguro por desempleo, similar recomendación contiene el documento de la OIT y CEPAL¹⁵.

Este tema amerita una revisión integral de los mecanismos de protección de contingencias de la seguridad social en general como un sistema de protección de la mismas a través de una garantía institucional¹⁶. Su articulación con programas más amplios de cobertura de la población sin trabajo asalariado y que no supera un mínimo de ingresos es también una decisión que abona al desarrollo de un sistema institucionalizado, coordinado y coherente de protección social. Un sistema de renta universal también sería un componente de este gran sistema de protección social.

3. Trabajadores de grupos de riesgo y trabajadores con discapacidad: soluciones incoherentes para casos semejantes.-

14 Denuncia de trabajador de Cineplanet: https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=2655128361399475&id=1393633064215684

15 “Entre otras experiencias regionales, se observa el refuerzo y la ampliación de instrumentos como el seguro de desempleo, que pueden incluso operar como mecanismos compensatorios durante suspensiones temporales del vínculo laboral, como en el caso de Chile. En esa misma línea, la crisis puede alentar a varios países a implementar sistemas de seguro de desempleo que 15 Según la CEPAL (2019b), entre las políticas de mercado de trabajo se incluyen los servicios de intermediación laboral, la capacitación, los incentivos laborales (para la contratación de personas desempleadas), el empleo protegido (para personas con discapacidad), la creación directa de trabajo, los incentivos al emprendimiento, el apoyo al ingreso en situación de desempleo y la jubilación temprana. En su inicio deberán contar con financiamiento estatal, para luego operar con un mecanismo de financiamiento a cargo de los empleadores y trabajadores o con sistemas mixtos con coparticipación estatal enfocados en los trabajadores de menores ingresos.” OIT y CEPAL, Página 48.

16 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03191-2012-PA/TC: “3.3.3. En cuanto a la relación entre derecho a la salud y seguridad social este Tribunal ha señalado en la STC 09600-2005-PA/TC que “En la STC 01711-2004-PA se ha indicado que el acceso a las prestaciones de salud previsto en el artículo 11 de la Constitución constituye una manifestación—no única por cierto— de la garantía institucional de la seguridad social. Estas prestaciones, que corresponden a un sistema contributivo, se concretizan a través del derecho a la salud, pues —tal como se ha precisado supra— es la variación del estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, la que se busca resguardar. Por ello en el Estado recae el deber de “C..) garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo para tal efecto adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. os servicios de salud, por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes”. Asimismo en el citado pronunciamiento se ha indicado que “Este Tribunal, recogiendo lo anotado en la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominada “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, ha precisado que los elementos esenciales del derecho a la salud son: la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad. Así, cuando se repare en que dichos componentes se relacionan con las prestaciones en salud que brinda la seguridad social debe, adicionalmente, tenerse en consideración que este derecho, para operar directamente, necesita de configuración legal, por lo que, si bien a través de la seguridad social se busca proteger una mengua en el estado de salud, “la ley constituye fuente normativa vital para delimitar su contenido normativo”. Por tal motivo, cuando exista compatibilidad, similitud o relación entre los componentes básicos del derecho a la salud y las disposiciones legales que regulan el sistema de seguridad social en cualquiera de los elementos que lo conforman, el derecho a la salud asumirá su característica de “condición habilitante para el ejercicio de otros derechos”. (el subrayado es nuestro)

Mediante el Decreto de Urgencia N° 026-2020 los empleadores públicos y privados quedaron autorizados para modificar el lugar de la prestación de servicios de sus trabajadores permitiéndose el establecimiento del trabajo remoto en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19.

El artículo 20 de dicha norma, estableció como regla general lo siguiente:

- a) Identificar y priorizar a los trabajadores considerados en el grupo de riesgo por edad y factores clínicos establecido en el documento técnico denominado “*Atención y manejo clínico de casos de COVID-19 - Escenario de transmisión focalizada*”, aprobado por Resolución Ministerial N° 084-2020-MINSA y sus modificatorias, a efectos de aplicar de manera obligatoria el trabajo remoto en estos casos; y
- b) Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto y mientras dure la *emergencia* sanitaria por el COVID-19, el empleador debe otorgar una licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior.

Una primera aproximación a los grupos de riesgo revela que por la situación vulnerable en la que se encuentran -al tener una mayor exposición a riesgos de contraer un caso severo de COVID-19 que ponga en riesgo su salud e incluso su vida- merecían un trato diferenciado, es decir, una mayor protección que el resto de trabajadores de ahí la preferencia por mantener el vínculo sin exponerlos a un riesgo de contagio privilegiando el trabajo remoto -medida que se calificaba como obligatoria- junto con la licencia con goce de haber para no afectar su remuneración ni ciertas condiciones de trabajo.

Dentro de las características y factores clínicos que definen a este grupo, también encontramos a trabajadores que merecen una mayor protección desde la Constitución como son los adultos mayores (personas mayores de 65 años) y, en caso su estado de salud lo amerite, algunos califican como personas con discapacidad, las que también desde la constitución constituyen un grupo de especial protección.

Sobre el particular, debemos recordar, que la Constitución que señala en sus artículos 4° y 23° lo siguiente:

“Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

*La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.
(...)*

Artículo 23.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.”

Como se puede apreciar, los adultos mayores son un grupo de especial protección desde la Constitución. Destaca lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 02834-2013-PHC/TC, en dicha sentencia el tribunal ha ratificado la necesidad de preservar un “marco normativo” y establecer mecanismos legales que permitan al adulto mayor ejercer plenamente lo derechos que la Constitución y los tratados internacionales les garantizan tanto para mejorar su calidad de vida como para que se “(...) integren plenamente al desarrollo social, económico, político y cultural, contribuyendo al respeto de su dignidad (artículo 1 de la Ley 28803, de las personas adultas mayores).”¹⁷

Mediante la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA, se aprobó el documento técnico denominado “Lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19”. El objetivo general es definido por la vigente Resolución Ministerial N° 448-2020-MINSA como el de “Establecer los lineamientos para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a SARS-COV-2 (COVID 19)”, norma que derogó a la anterior introduciendo significativos cambios en la misma.

Su ámbito de aplicación -modificado y sustituido, como se ha dicho, por la vigente Resolución Ministerial N° 448-2020-MINSA¹⁸- son las personas jurídicas que desarrollan actividades económicas (según el Ciiu Revisión 4), entidades del sector público, el personal con vínculo laboral y contractual en el sector público y privado, según corresponda (incluye carrera administrativa, los cargos políticos o de confianza, miembros de FF.AA y PNP, incluyendo a los que con independencia del régimen laboral prestan servicios en organismos públicos en general incluidas las empresas públicas y sociedades de economía mixta y a los designados por autoridad competente para desempeñar actividades o funciones en nombre del estado o sus entidades).

17 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 02834-2013-PHC/TC: “24.El Tribunal Constitucional tampoco puede se puede dejar de hacer notar que el envejecimiento de las personas constituye una realidad inevitable que exige del Estado la adopción de un marco normativo que garantice la creación de mecanismos legales para el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados internacionales vigentes de las personas adultas mayores para mejorar su calidad de vida y que se integren plenamente al desarrollo social, económico, político y cultural, contribuyendo al respeto de su dignidad (artículo 1 de la Ley 28803, de las personas adultas mayores). Este no es un dato irrelevante; por el contrario, intensifica la obligación del Estado de adoptar medidas especiales frente a este grupo protegido, ya que, a diferencia de lo que suele presentarse en otros grupos en situación de vulnerabilidad, la vejez es un proceso irreversible hacia el cual se dirige toda persona, independientemente de su estatus económico o social. De ahí que, al tratarse de una situación que toda persona va a atravesar, se torna indispensable la existencia de una política de Estado focalizada en la adecuada atención de los adultos mayores. De ese modo, las funciones de las instituciones deben guiarse o interpretarse de acuerdo con la necesidad de proteger a las personas pertenecientes a este grupo social. 25. Pese a lo expuesto, la situación de los adultos mayores, por lo general, ha sido invisibilizada. Esta población no ha recibido un tratamiento especial pese a su situación de vulnerabilidad. Sin embargo, la aprobación de la Ley 28803 es un punto de partida para afrontar una realidad patente, pero también creciente en el ordenamiento nacional. En efecto, en el Perú, el grupo de personas de 65 y más años de edad se incrementará sostenidamente en las próximas décadas. En el 2010, había 1.5 millones de adultos, mientras que hacia el 2050 se ha proyectado que dicho grupo alcanzará los 6.5 millones.’ En relación con este contexto, tales artículos 1 y 4 de la Norma Fundamental, exigen al Estado tomar las medidas pertinentes para proteger efectivamente a los ancianos, es decir, que la población adulta mayor debe ser sujeto de políticas públicas focalizadas en sus necesidades y en el establecimiento de medidas inmediatas y progresivas que persigan permanentemente el mejoramiento de la calidad de vida de la persona adulta mayor. Tales acciones no solo son vinculantes para las instituciones estatales y no solo aluden a la expedición de normas jurídicas. En efecto, teniendo en cuenta la fuerza vinculante de los postulados constitucionales (artículos 38, 45 y 51 de la Norma Fundamental, entre otros), las medidas de protección de las personas adultas mayores son también una exigencia para las instituciones privadas y sociedad en general, y exigen, además, una mayor concientización a partir de cada ciudadano en particular, sobre la necesidad imperativa de dar protección a las personas ancianas, no solo porque lo necesitan sino porque es su derecho.”

18 Esta resolución ministerial introdujo nuevamente modificaciones sustantivas en la regulación original contenida en la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA derogando a esta última.

La definición de “grupo de riesgo” ha sufrido variaciones desde su definición original, lo cual se justifica por la novedad y el desconocimiento del virus no obstante deberían hacerse públicos los documentos técnicos que justifican la variación de esta definición. Así, en principio, se estableció en cuanto al “grupo de riesgo” lo siguiente: “Grupo de riesgo: Conjunto de personas que presentan características individuales asociadas a mayor riesgo de complicaciones por COVID-19. Personas mayores de 65 años o quienes cuenten con comorbilidades como: hipertensión arterial, diabetes mellitus, enfermedades cardiovasculares, asma, enfermedad pulmonar crónica, insuficiencia renal crónica, cáncer, obesidad u otros estados de inmunosupresión”¹⁹.

Los grupos de riesgo fueron posteriormente modificados mediante el Decreto Supremo N° 083-2020-PCM y la Resolución Ministerial N° 283-2020-MINSA que señaló: Edad mayor de 65 años²⁰, Hipertensión arterial no controlada, Enfermedades cardiovasculares graves, Cáncer, Diabetes mellitus, Asma moderada o grave, Enfermedad pulmonar crónica, Insuficiencia renal crónica en tratamiento con hemodiálisis, Enfermedad o tratamiento inmunosupresor, Obesidad con IMC de 40 a más. Como se aprecia, la definición de grupo de riesgo fue reduciéndose con cada modificación posterior que sufrió su definición inicial. La citada resolución ministerial señaló que los trabajadores que estén en dicho listado y aquellos que indique el médico del SST mantendrán la cuarentena hasta el término de la emergencia sanitaria de acuerdo al Decreto Supremo N° 008-2020-SA.

En relación al índice de masa corporal, se señaló que se debe tener especial cuidado con las personas con IMC superior a 30, promoviendo medidas orientadas a reducir el riesgo las que deben ser contempladas en el “Plan para la vigilancia, prevención y control de COVID-19 en el trabajo”.

Es una garantía de los trabajadores en especial y de los ciudadanos en general, el acceso a la información de carácter público, de esta forma, las razones médicas (clínicas) tenidas en cuenta para la modificación del grupo de riesgo (y contenidas en los informes técnicos que dan sustento a las citadas normas), deberían hacerse públicas y explícitas, no obstante dicha información está cubierta por la garantía constitucional de acceso a la información de carácter público (y puede ser solicitada por cualquier ciudadano, derecho garantizado por el proceso constitucional de habeas data).

Con la publicación de la Resolución Ministerial N° 448-2020-MINSA se introdujeron nuevamente modificaciones sustanciales en el texto de la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA, entre ellas se realizó la última modificación a la definición de grupo de riesgo señalando:

19 Según Resolución Ministerial N° 283-2020-MINSA publicada el 13 de mayo del 2020 en el Diario Oficial El Peruano.

20 Decreto Supremo N° 083-2020-PCM: “**Artículo 8.- Personas en grupos de riesgo para COVID-19** 8.1 Las personas en grupos de riesgo son las que presentan características asociadas a mayor riesgo de complicaciones por COVID-19: personas mayores de sesenta y cinco (65) años y quienes cuenten con comorbilidades como hipertensión arterial, diabetes, enfermedades cardiovasculares, enfermedad pulmonar crónica, cáncer, otros estados de inmunosupresión y otras que establezca la Autoridad Nacional Sanitaria. 8.2 Las personas en grupos de riesgo solo pueden salir excepcionalmente de su domicilio, siempre que requieran de atención médica urgente o ante una emergencia o, en caso de no tener a ninguna persona de apoyo para ello, para la adquisición de alimentos y medicinas. También pueden salir de su domicilio excepcionalmente para el cobro de algún beneficio pecuniario otorgado por el Gobierno en el marco de la Emergencia Nacional, para el cobro de una pensión en una entidad bancaria o para la realización de un trámite que exija su presencia física. 8.3 En el caso de las personas en grupos de riesgo que laboran, se prioriza su prestación de servicios bajo la modalidad de trabajo remoto. En caso deseen concurrir a trabajar o prestar servicios en las actividades autorizadas, pueden suscribir una declaración jurada de asunción de responsabilidad voluntaria, conforme a las disposiciones que emita el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en coordinación con el Ministerio de Salud. En ningún caso, se puede ejercer algún tipo de coacción para la firma de este documento, lo que incluye, pero no limita, supeditar la firma respectiva a que se mantenga el vínculo laboral o la prestación de servicios. 8.4 La Autoridad Sanitaria, los Gobiernos Locales y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral–SUNAFIL, en el ámbito de sus competencias, ejercen la fiscalización y supervisión del cumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente artículo.”

“6.1.14 Grupos de Riesgo: Conjunto de personas que presentan características individuales, asociadas a mayor vulnerabilidad y riesgo de complicaciones por la COVID-19; Para ello, la autoridad sanitaria define los factores de riesgo como criterios sanitarios a ser utilizados por los profesionales de la salud para definir a las personas con mayor posibilidad de enfermar y tener complicaciones con COVID-19, los mismos que según las evidencias que se vienen evaluando y actualizando permanentemente, se definen como: edad mayor de 65 años, comorbilidades como hipertensión arterial, diabetes, obesidad, enfermedades cardiovasculares, Enfermedad Pulmonar Crónica, Cáncer, otros estados de inmunosupresión y otros que establezca la Autoridad Sanitaria a las luces de futuras evidencias.”

La citada Resolución Ministerial N° 448-2020-PCM estableció en relación al regreso o reincorporación de los trabajadores con factores de riesgo lo siguiente:

“7.3.4 Consideraciones para el regreso o reincorporación al trabajo de trabajadores con factores de riesgo para COVID-19

Para la reanudación del trabajo presencial de los trabajadores integrantes de los grupos de riesgo toman en consideración lo siguiente:

- a) La información clínica (antecedentes y/o informes médicos o data médica) debe ser valorada por el médico a cargo de la vigilancia de la salud de los trabajadores para precisar el estado de salud y riesgo laboral individual de cada trabajador; a fin de determinar la modalidad de trabajo (remoto, semipresencial o presencial), de los trabajadores con factores de riesgo descritos en el punto 6.1.14*
- b) Las personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos, deben realizar prioritariamente trabajo remoto:*

Edad mayor a 65 años

Hipertensión arterial refractaria

Enfermedades cardiovasculares graves

Cáncer

Diabetes Mellitus

Asma moderada o grave

Enfermedad Pulmonar Crónica

Insuficiencia renal crónica en tratamiento con hemodiálisis

Enfermedad o tratamiento inmunosupresor

Obesidad con IMC de 40 a más

- c) En el caso de trabajadoras que se encuentran en estado de estado de gestación y presenten alguna intercurencia en el embarazo, el médico ocupacional determina si puede permanecer o no en el trabajo. Debiendo cautelar su salud y vida de la trabajadora y de la culminación satisfactoria de su embarazo*

d) Aquellos trabajadores con factores de riesgo que hayan superado la enfermedad COVID-19 y deseen reanudar sus actividades podrán hacerlo aplicando todas las medidas de protección y de higiene descritas en el presente documento siempre y cuando el médico a cargo de la vigilancia de la salud de los trabajadores lo apruebe o hasta tener nueva información.”

La regla general sería la preferencia por el trabajo remoto de los trabajadores y trabajadoras definidos como grupo de riesgo, y se entiende que para el regreso o reincorporación del mismo el examen médico ocupacional será determinante, no obstante, de manera contradictoria se introduce una regla que permite a la “autonomía de la voluntad” ejercer un rol decisivo en el regreso o reincorporación al trabajo de un trabajador perteneciente a un grupo de riesgo.

Un primer problema en relación a este grupo de trabajadores, se presenta con la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 083-2020-PCM. El artículo 8 de dicha norma señala:

“Artículo 8.- Personas en grupos de riesgo para COVID-19

8.1 Las personas en grupos de riesgo son las que presentan características asociadas a mayor riesgo de complicaciones por COVID-19: personas mayores de sesenta y cinco (65) años y quienes cuenten con comorbilidades como hipertensión arterial, diabetes, enfermedades cardiovasculares, enfermedad pulmonar crónica, cáncer, otros estados de inmunosupresión y otras que establezca la Autoridad Nacional Sanitaria.

8.2 Las personas en grupos de riesgo solo pueden salir excepcionalmente de su domicilio, siempre que requieran de atención médica urgente o ante una emergencia o, en caso de no tener a ninguna persona de apoyo para ello, para la adquisición de alimentos y medicinas. También pueden salir de su domicilio excepcionalmente para el cobro de algún beneficio pecuniario otorgado por el Gobierno en el marco de la Emergencia Nacional, para el cobro de una pensión en una entidad bancaria o para la realización de un trámite que exija su presencia física.

8.3 En el caso de las personas en grupos de riesgo que laboran, se prioriza su prestación de servicios bajo la modalidad de trabajo remoto. En caso deseen concurrir a trabajar o prestar servicios en las actividades autorizadas, pueden suscribir una declaración jurada de asunción de responsabilidad voluntaria, conforme a las disposiciones que emita el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en coordinación con el Ministerio de Salud. En ningún caso, se puede ejercer algún tipo de coacción para la firma de este documento, lo que incluye, pero no limita, supeditar la firma respectiva a que se mantenga el vínculo laboral o la prestación de servicios.

8.4 La Autoridad Sanitaria, los Gobiernos Locales y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral– SUNAFIL, en el ámbito de sus competencias, ejercen la fiscalización y supervisión del cumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente artículo.”

Evidentemente, la regla antes transcrita presenta serios problemas de incoherencia con lo dispuesto en la constitución -y además con el decreto legislativo que protege a las personas con discapacidad que comentamos más adelante-, incluyendo en ellas a los grupos vulnerables o grupos de riesgo.

La protección de las personas que conforman un grupo vulnerable o grupo de riesgo, según lo dispuesto en el artículo 8.1 del decreto supremo, se realiza a través de una regla que limita en la mayor

medida de lo posible su libertad de desplazamiento, configurándose una regla de prohibición cuya finalidad es proteger la salud y la vida del grupo vulnerable. De esta forma, se prohíbe que las personas que conforman el grupo vulnerable, salgan de sus domicilios, salvo en casos de atención médica o en emergencias, priorizando su prestación de servicios bajo la modalidad de trabajo remoto.

Pero si dicha protección queda a la voluntad de aquellas para decidir si asisten o no a trabajar, entonces, sencillamente la regla de prohibición se desvanece y ya no es tal diluyéndose la garantía y el deber de protección al grupo vulnerable. Lo que se dice proteger, termina desprotegido.

En el contrato de trabajo, la libre decisión del trabajador tiene un espacio reducido porque históricamente (hay si se quiere varias reglas de experiencia que acreditan este hecho que garantizan que la afirmación tenga sustento razonable) ha sido el escenario propicio para que detrás de la apariencia de una decisión libre se esconda la imposición y la arbitrariedad del empleador. De ahí que no resulta razonable que la autonomía de la voluntad prevalezca sobre las razones de salud pública y protección de la salud y la vida de los trabajadores.

Finalmente, trasladarle el riesgo de sus decisiones a los adultos mayores a través de una declaración jurada liberatoria de la responsabilidad del empleador en cuanto a su ineludible deber de prevención y protección de la salud de los trabajadores por ser propietario de un medio de producción, significa simplemente trasladarle el riesgo de la actividad al trabajador y con ello eliminar uno de los pilares sobre los que se construye el derecho del trabajo. Si acaso se reputara como válido un acuerdo de esta naturaleza, el trabajador tendrá derecho a un reajuste de su remuneración inclusive, toda vez que el equilibrio del contrato se había roto producto de este inusual y antijurídico pacto de transferencia del riesgo.

Los grupos vulnerables, como sujetos de especial protección, gozan de una garantía reforzada de ahí que no sea razonable recurrir a mecanismos –contrarios a la Constitución por cierto- de transferencia del riesgo de una actividad más aún en un contexto de pandemia. Creemos que el derecho tiene mucho que aportar en cuanto a instrumentos diferentes que concilien el derecho al trabajo con la seguridad y salud en el mismo. En primer término, se debe diferenciar los factores de riesgo del lugar donde el trabajador desarrolla sus labores, así por ejemplo, no es lo mismo que un trabajador de un grupo de riesgo preste sus servicios en una zona donde los datos epidemiológicos arrojan un alto nivel de contagios que prestar servicios en una zona donde no los hay o el nivel de contagios es mínimo.

También se debería diferenciar la situación del trabajador que en un centro de trabajo y aun cuando pertenezca a un grupo de riesgo presta servicios en un puesto o desarrolla una actividad donde el riesgo de contagio es menor, en el mismo sentido, tampoco se puede perder de vista el derecho a ser reubicado en un puesto de menor riesgo. Todas estas medidas resultan menos graves que la comentada anteriormente y sirven de ejemplo para comprender que si es posible conciliar el trabajo con la protección de salud y la seguridad en el mismo.

Posteriormente entró en vigencia la Resolución Ministerial N° 099-2020-TR, que estableció lo siguiente:

“Artículo 4.- Responsabilidad del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Sin perjuicio de la suscripción por parte de el/la trabajador/a de la “Declaración Jurada” aprobada mediante la presente resolución ministerial, el empleador mantiene la plena responsabilidad por la gestión de la seguridad y salud en el trabajo y por el cabal cumplimiento

to de sus obligaciones en el marco de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, su Reglamento y demás disposiciones legales emitidas para la vigilancia, prevención y control del COVID-19 por parte de la Autoridad Nacional Sanitaria.”

No cabe duda que una cosa es que el empleador mantenga su responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo -las que se encuentra previstas en la Ley N° 29783 y no podían ser alteradas por un decreto supremo ni por una resolución ministerial- y otra cosa es liberar al empleador de sus responsabilidades como titular de un medio de producción y trasladarlas al trabajador, lamentablemente, la regla contenida en el citado decreto supremo sigue vigente, con plenas posibilidades de ser cuestionada en la vía judicial correspondiente.

El Decreto Legislativo N° 1468, vigente a partir del día jueves 23 de abril del 2020, establece como objeto lo siguiente: “El presente Decreto Legislativo tiene por objeto establecer disposiciones de prevención y protección a las personas con discapacidad ante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19.”

Su artículo 2 señala: “*Artículo 2.- Finalidad. El presente Decreto Legislativo tiene por finalidad garantizar los derechos de las personas con discapacidad a la salud, seguridad, no discriminación, al libre desarrollo y bienestar, información, integridad, autonomía, educación, trabajo, participación, entre otros, en condiciones de igualdad, asegurando su debida atención en los distintos niveles de gobierno, durante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19.*” Mientras que su artículo 3 precisa: “*Artículo 3.- Ámbito de aplicación. El presente Decreto Legislativo es de aplicación a todas las entidades públicas de la Administración Pública consideradas en el Artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; así como las entidades privadas que correspondan.*”

Por su parte, el artículo 4 y 5 del mismo señalan:

“Artículo 4.- Medidas prioritarias para la prevención y protección de las personas con discapacidad

Las personas con discapacidad tienen derecho a la seguridad, protección y el acceso a la prestación de servicios básicos que le permitan subsistir de manera digna y respetando el ejercicio de su capacidad jurídica, ante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19. Para tal efecto, todas las medidas se implementan considerando el enfoque etario, de género, intercultural, inclusivo, de derechos humanos y la interseccionalidad; promoviendo y garantizando, de manera prioritaria, lo siguiente:

4.7 El acceso al trabajo remoto, previa identificación por parte del empleador que la naturaleza de las labores del puesto de trabajo son compatibles a esta modalidad y de común acuerdo con el/la trabajador/a con discapacidad, tanto en la actividad pública como privada. En caso la naturaleza de las labores del puesto de trabajo no sea compatible con el trabajo remoto o a falta de acuerdo, corresponde otorgar una licencia remunerada con cargo a compensación al culminar la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19. La compensación, en caso se otorgue licencia remunerada, no debe afectar las condiciones de salud de las personas con discapacidad ni los cuidados que requiera por parte de sus familiares. La aplicación de las demás medidas legales en materia de trabajo, establecidas en el marco de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, se realizan teniendo

en cuenta las condiciones particulares de las personas con discapacidad. Las medidas reguladas en los párrafos precedentes alcanzan a las y los familiares, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, que tengan bajo su cuidado a una persona con discapacidad con diagnóstico de COVID-19 o persona con discapacidad que pertenezca al grupo de riesgo para el COVID-19, conforme a lo determinado por el Ministerio de Salud. Para acreditar la condición de discapacidad ante el empleador, se tienen en cuenta los documentos establecidos en el artículo 5 del presente Decreto Legislativo; y para acreditar la relación de cuidado con una persona con discapacidad se presenta una declaración jurada al empleador de la actividad pública o privada, la cual está sujeta a fiscalización posterior.

Artículo 5.- Acreditación de la condición de discapacidad. *Durante el periodo que dure la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 y con la finalidad de garantizar las disposiciones contempladas en el artículo 4 del presente Decreto Legislativo, las personas con discapacidad pueden acreditar su condición de tal ante las autoridades competentes, a través del certificado de discapacidad, la Resolución de Presidencia de inscripción en el Registro Nacional de Personas con Discapacidad, su carné de inscripción en el mismo, o de un certificado médico o informe médico emitido por un profesional médico de la especialidad que corresponda o médico general en caso de deficiencias evidentes que configuren discapacidad. Ante la falta de la documentación indicada precedentemente, de manera excepcional, se puede acreditar la condición, a través de la presentación de una declaración jurada suscrita por la persona titular o por un familiar que se encuentre encargado de su cuidado, cuando la persona con discapacidad no pueda manifestar su voluntad. La declaración jurada está sujeta a fiscalización posterior por la autoridad administrativa que recibe la documentación, para lo cual se sigue el procedimiento establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, de forma progresiva y teniendo en consideración su capacidad operativa.”*

Como se señaló anteriormente, los grupos de riesgo fueron modificados mediante el Decreto Supremo N° 083-2020-PCM y la Resolución Ministerial N° 283-2020-MINSA. Como trabajadores que conforman un grupo de riesgo, por sus características clínicas y al estar en una situación vulnerable -al menos estadísticamente demostrada- ¿no merecen un trato diferenciado con un plus de protección?, ¿acaso no existen similares razones para ser tratados como personas con discapacidad -sin perjuicio que algunos por la gravedad de sus dolencias puedan calificar como tales- y por ello garantizarles el acceso al trabajo remoto o a la licencia con goce de haber mientras dure el estado de emergencia sanitaria? ¿Qué razones justificarían ser tratados de distinta manera aquellos trabajadores incluidos en los grupos vulnerables o grupos de riesgo para no ser incluidos en los alcances del artículo 4.7 del citado decreto legislativo?²¹.

21 La Corte Interamericana de DDHH ha señalado sobre las personas en situaciones de vulnerabilidad y, entre ellas, las personas con discapacidad lo siguiente: “134. En este sentido, la Corte Interamericana reitera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre²⁷⁴, como la discapacidad ²⁷⁵. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad ²⁷⁶, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan

Consecuentemente, la situación de estas personas debería estar regulada por las siguientes reglas:

- a) Primera regla: el acceso al trabajo remoto, previa identificación por parte del empleador que la naturaleza de las labores del puesto de trabajo son compatibles a esta modalidad y de común acuerdo con el/la trabajador/a con discapacidad, tanto en la actividad pública como privada,
- b) Segunda regla: en caso la naturaleza de las labores del puesto de trabajo no sea compatible con el trabajo remoto o a falta de acuerdo, corresponde otorgar una licencia remunerada con cargo a compensación al culminar la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19. En este caso, la compensación, en caso se otorgue licencia remunerada, no debe afectar las condiciones de salud de las personas con discapacidad ni los cuidados que requiera por parte de sus familiares.

4. La debilidad institucional de los mecanismos de protección del empleo y la remuneración, la disposición de fondos de las cuentas individuales de capitalización para afrontar la crisis: el riesgo político en el sostenimiento de la seguridad social en pensiones.-

Desde tiempo atrás son muchos los proyectos normativos que buscan reformar el sistema de pensiones en nuestro país. Dicha reforma resulta hoy más que nunca una medida trascendental dentro de la reforma de otros aspectos del mercado de trabajo.

No obstante ello, en la mayoría de los casos, las decisiones sobre el particular tienen rasgos más políticos que técnicos. En ese sentido, es de destacar la Ley que aprobó una Vigésimo Cuarta Disposición Final al Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo N° 054-97-EF y sus modificatorias. Dicha modificación dispuso que: *“El afiliado a partir de los 65 años de edad podrá elegir entre percibir la pensión que le corresponda en cualquier modalidad de retiro, y/o solicitar a la AFP la entrega hasta el 95.5% del total del fondo disponible en su Cuenta Individual de Capitalización (CIC) de aportes obligatorios, en las armadas que considere necesarias. El afiliado que ejerza esta opción no tendrá derecho a ningún beneficio de garantía estatal.”*

Del mismo modo, se aprobó la modificación del artículo 40 del TUO de la Ley del SPP, en el que se indica que: *“Los afiliados al SPP podrán disponer de hasta el 25% del fondo acumulado en su Cuenta Individual de Capitalización de aportes obligatorios para: “a) Pagar la cuota inicial para la compra de un primer inmueble, siempre que se trate de un crédito hipotecario otorgado por una entidad del sistema financiero o una cooperativa de ahorro y crédito que solo opera con sus socios y que no está autorizada a captar recursos del público u operar con terceros de los niveles 2 o 3 inscrita en el Registro Nacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito No Autorizadas a Captar Recursos del Público. b) Amortizar un crédito hipotecario, que haya sido utilizado para la compra de un primer inmueble otorgado por una entidad del sistema financiero o una cooperativa de ahorro y crédito que solo opera con sus socios y que no está autorizada a captar recursos del público u operar con terceros de los niveles 2 o 3 inscrita en el Registro Nacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito No Autorizadas a Captar Recursos del Público. Dicha afectación podrá darse en cualquier momento de su afiliación”.*

prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras 277 . 135. Asimismo, la Corte considera que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social 278, educativo 279, laboral 280 o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad 281 . El debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación 282 .” <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/08/04213133/corteidh-furlan-vs-argentina-2012.pdf>

Sobre el particular, cabe anotar algunas críticas a estas modificaciones. Al respecto, uno de los fundamentos de dicho retiro se encuentra en los distintos problemas económicos y necesidades básicas que puedan tener en específico, los afiliados al sistema privado de pensiones. Así, para paliar dichas situaciones se busca emplear los fondos de la seguridad social que poseen como fin último, la seguridad social reconocida en nuestra Constitución. Lo anterior contradice los fines de la seguridad social reconocidos en nuestra Constitución y los principios del Convenio 102, toda vez que se afecta el derecho de acceso a la pensión y la seguridad de la prestación durante el periodo que dure la contingencia.

No obstante ello, dicha medida ha gozado de gran aceptación en la población, toda vez que debido a los diversos problemas fallos de los que adolece tanto el Sistema Nacional de Pensiones como el Sistema Privado de Pensiones, los que no han cumplido con los objetivos de protección bajo los cuales fueron creados.

En el contexto de la pandemia generada por el virus SARS-Cov2, el Poder Ejecutivo dispuso que frente a medidas como la suspensión perfecta que priva al trabajador temporalmente durante la emergencia sanitaria de percibir su remuneración, este disponga de parte de sus fondos de su CIC para paliar los efectos de dicha medida. Nuevamente, el soporte económico de este tipo de medidas recaía sobre los trabajadores, en este casos sobre sus fondos previsionales, cuando la respuesta pudo venir del propio Estado a través de un subsidio a falta de un seguro de desempleo para la cobertura de esta contingencia.

5. Trabajo remoto: vacíos, riesgos y desafíos.-

El Decreto Supremo N° 044-2020-PCM declaró el estado de emergencia nacional, disponiendo el asilamiento social obligatorio, la medida de aislamiento se justificaba en la medida en que se buscaba contener la propagación del virus SARS-Cov2 de ahí que se estableció una severa restricción a la libertad de tránsito (artículo 4 del citado decreto supremo) garantizando la circulación de personas únicamente para la “prestación y acceso “ a un conjunto de bienes y servicios esenciales definidos por la norma.

Las finalidades de la emergencia nacional decretada son reafirmadas a través del artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 026-2020 que estableció: *“El presente Decreto de Urgencia tiene por objeto aprobar medidas adicionales extraordinarias que permitan adoptar las acciones preventivas y de respuesta para reducir el riesgo de propagación y el impacto sanitario de la enfermedad causada por el virus del COVID-19, en el territorio nacional, así como coadyuvar a disminuir la afectación a la economía peruana por el alto riesgo de propagación del mencionado virus a nivel nacional.”*

Si se aprecia con detenimiento las finalidades del citado decreto de urgencia se identifica la necesidad de, por un lado, reducir el riesgo de propagación del virus -para lo cual era necesario restringir la circulación de personas en el territorio nacional como se aprecia en el decreto supremo antes citado- y, por otro lado, disminuir la afectación de la economía nacional. En esa línea, se dictaron medidas vinculadas a preservar el empleo pero sin incrementar el riesgo de propagación del virus, esto es, privilegiar la conservación del empleo pero restringiendo la movilidad de los y las trabajadoras a nivel nacional, siendo proporcional a estos fines la implementación, como regla general, del trabajo remoto.

El Decreto de Urgencia N° 026-2020 contiene todo un título (título II) dedicado al trabajo remoto. Curiosamente, en lugar de remitirse a la regulación general sobre el mismo (contenida en la Ley N°

30036, norma que regula el teletrabajo²²) se prefirió establecer una regulación particular para el estado de emergencia sanitaria y una definición también específica de esta modalidad de trabajo, en gran parte coincidente con la definición establecida por la citada ley.

El artículo 16 del decreto de urgencia definió el trabajo remoto como *“El trabajo remoto 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.”*; la diferencia más saltante en relación con la ley que regula de manera general el teletrabajo, era que en este caso esta modalidad quedaba dentro del ejercicio regular del ius variandi del empleador y podía ser impuesta de manera unilateral por el empleador²³ en coherencia con los fines del decreto de urgencia (reducir el riesgo de propagación y el impacto sanitario de la enfermedad causada por el virus del COVID-19, en el territorio nacional, así como coadyuvar a disminuir la afectación a la economía peruana por el alto riesgo de propagación del mencionado virus a nivel nacional).

El citado decreto de urgencia estableció en su artículo 19 que *“Los equipos y medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos (internet, telefonía u otros), así como de cualquier otra naturaleza que resulten necesarios para la prestación de servicios pueden ser proporcionados por el empleador o el trabajador.”*

No se estableció ninguna regla que disponga, de manera equitativa a diferencia de lo previsto en la ley de teletrabajo, que el empleador asuma el costo de las condiciones de trabajo que hacen posible el trabajo remoto o a distancia, recordemos la regla establecida en el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley N° 30036: *“Cuando el teletrabajador aporte sus propios equipos o elementos de trabajo, el empleador debe compensar la totalidad de los gastos, incluidos los gastos de comunicación, sin perjuicio de los mayores beneficios que pudieran pactarse por acuerdo individual o convenio colectivo. Si el teletrabajador realiza sus labores en una cabina de Internet o en un equipo proporcionado por terceras personas, el empleador asume los gastos que esto conlleva.”*

Como se aprecia, la regla introducida por el decreto de urgencia alteró un elemento esencial en el contrato de trabajo cual es que el empleador asuma el costo de las condiciones de trabajo, trasladándose en plena emergencia sanitaria al trabajador.

La medida dictada también encuentra serios problemas de implementación, así según datos del INEI, al año 2018 a nivel nacional solo el 52,5% de la población de seis y más años de edad tuvo acceso a internet, siendo que en Lima Metropolitana el porcentaje es de 72,6% mientras que en el resto del país es de 42,9%, es decir solo en Lima metropolitana un tercio de la población no tiene acceso a internet.

22 Ley N° 30036:” Artículo 1. Objeto de la Ley. La presente Ley tiene por objeto regular el teletrabajo, como una modalidad especial de prestación de servicios caracterizada por la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC), en las instituciones públicas y privadas, y promover políticas públicas para garantizar su desarrollo.” “Artículo 2. Definición de teletrabajo. 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.”

23 Decreto de Urgencia 026-2020: “Artículo 17.- Aplicación del trabajo remoto 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, en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19. 17.2. El trabajo remoto no resulta aplicable a los trabajadores confirmados con el COVID-19, ni a quienes se encuentran con descanso médico, en cuyo caso opera la suspensión imperfecta de labores de conformidad con la normativa vigente, es decir, la suspensión de la obligación del trabajador de prestar servicios sin afectar el pago de sus remuneraciones.”

ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL ESTADO Y LAS EMPRESAS FRENTE A LOS IMPACTOS DEL COVID-19 EN RELACIÓN A LOS DERECHOS LABORALES Y LA SALUD DE LOS TRABAJADORES.

POBLACIÓN QUE ACCEDE A INTERNET

POBLACIÓN DE 6 Y MÁS AÑOS DE EDAD QUE HACE USO DE INTERNET, SEGÚN ÁMBITO GEOGRÁFICO, 2008-2018

(Porcentaje del total de población de 6 y más años de edad)

Ámbito geográfico	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Total	31.6	33.9	34.8	36.0	38.2	39.2	40.2	40.9	45.5	48.7	52.5
Lima Metropolitana 1/	46.0	50.3	50.4	53.0	57.0	58.3	60.0	59.4	64.4	69.3	72.6
Resto País	25.2	26.5	27.7	28.3	29.6	30.4	31.0	32.2	36.5	38.9	42.9
Área de residencia											
Urbana	40.2	42.8	43.5	44.9	47.3	48.3	49.1	49.6	54.6	58.2	62.2
Rural	8.5	9.2	9.9	10.0	10.4	10.9	11.5	12.0	14.2	15.4	17.7
Región natural											
Costa	39.6	42.7	43.3	45.5	48.8	50.1	51.8	52.2	57.6	62.0	66.3
Sierra	23.5	24.6	25.9	26.6	27.1	27.8	27.6	28.3	31.4	32.5	36.0
Selva	19.3	20.2	21.5	20.2	21.1	21.5	22.2	23.4	27.5	30.7	33.0
Departamento											
Amazonas	15.3	16.9	16.4	15.8	18.2	16.8	16.6	19.7	21.8	25.5	26.1
Áncash	25.0	27.5	30.0	32.1	33.1	33.7	33.7	36.5	40.1	41.9	48.0
Apurímac	19.2	18.5	18.6	20.4	22.4	20.6	19.1	21.0	22.0	22.0	19.2
Arequipa	41.5	41.5	43.7	42.8	45.0	44.9	46.0	45.4	50.1	53.5	57.3
Ayacucho	19.1	20.9	21.7	23.3	23.9	24.1	23.9	26.6	29.2	28.3	32.8
Cajamarca	16.7	17.9	20.5	18.3	17.6	16.8	15.3	15.2	19.5	23.3	25.6
Prov. Const Callao	42.7	48.9	47.3	46.6	52.7	55.1	57.1	59.4	65.4	67.1	70.7
Cusco	25.2	27.7	28.3	29.6	31.8	34.7	31.9	32.4	35.5	31.5	33.6
Huancavelica	16.5	15.3	16.9	18.1	17.1	16.6	14.0	18.1	21.6	25.7	26.3
Huánuco	18.9	17.3	18.7	18.8	19.9	20.7	20.2	23.7	26.7	30.5	33.6
Ica	34.0	37.1	33.7	37.0	41.0	43.9	44.9	48.7	53.6	57.6	59.7
Junín	31.3	36.6	36.4	37.0	34.7	36.1	36.5	36.3	37.5	38.1	41.4
La Libertad	29.2	27.6	31.5	33.3	36.8	37.8	38.8	41.1	47.4	49.2	56.5
Lambayeque	27.3	28.9	28.8	28.3	29.0	30.8	34.1	36.3	45.1	49.3	53.4
Lima	44.6	48.7	49.0	51.9	55.6	56.9	58.5	57.6	62.5	67.7	71.0
Provincia de Lima 2/	46.4	50.4	50.8	53.7	57.5	58.7	60.5	59.4	64.3	69.5	72.8
Región Lima 3/	28.4	33.0	32.9	34.7	37.6	39.8	40.5	39.7	45.6	49.8	53.3
Loreto	14.4	16.6	17.4	15.8	17.6	17.4	19.6	21.8	25.1	28.3	31.8
Madre de Dios	20.4	24.6	26.1	26.8	32.1	35.5	36.0	34.9	38.8	45.0	52.5
Moquegua	34.3	38.8	40.6	40.6	44.3	42.2	46.0	44.6	50.0	53.2	57.3
Pasco	27.8	30.1	32.2	29.5	29.4	23.8	27.4	27.6	33.9	37.2	36.4
Piura	21.6	21.9	22.3	26.0	26.3	28.7	30.9	31.8	35.4	40.0	47.1
Puno	23.6	24.3	25.9	26.9	28.0	28.0	30.1	29.7	32.0	32.6	37.0
San Martín	22.4	20.4	22.6	22.1	22.8	23.6	22.9	22.6	30.2	32.4	35.5
Tacna	43.7	45.1	46.5	45.3	46.6	47.2	46.0	46.8	52.1	55.2	62.1
Tumbes	25.9	27.3	29.6	30.4	35.9	38.2	41.9	46.9	50.1	54.0	61.0
Ucayali	25.8	26.6	26.4	26.0	25.0	26.4	28.0	31.3	36.9	41.8	46.2

Nota Técnica: Se refiere a la población que accede a Internet en cabina pública, en el centro de estudios, el trabajo, hogar, etc.

1/ Incluye la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.

2/ Comprende los 43 distritos que conforman la provincia de Lima.

3/ Comprende las provincias de Barranca, Cajatambo, Canta, Cañete, Huaral, Huarochiri, Huaura, Oyón y Yauyos.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Nacional de Hogares.

Consecuentemente, existe una seria barrera de acceso al teletrabajo no considerada al momento de haber dictado una medida de teletrabajo o trabajo remoto. También hubiera sido importante introducir en esta medida una política de subsidio -al menos parcial- para garantizar una mayor equidad en el costo que asumen los trabajadores en cuanto al acceso a internet.

La irrupción de las nuevas tecnologías de la información en el mundo del trabajo, como todo proceso de cambio, genera oportunidades y desafíos de los que ya se ha dado cuenta en diversas investigaciones a nivel mundial. La tensión entre la privacidad y el tiempo de trabajo obliga a una mejor regula-

ción de los derechos de los teletrabajadores²⁴ en este contexto ha surgido en el debate el derecho a la “desconexión digital”²⁵.

Así por ejemplo, en el documento denominado “Hiperconectividad y Conciliación”²⁶, se menciona como oportunidades que generan la NTICs la posible reducción de algunos riesgos sicosociales pero a su vez el surgimiento de otros (tecnostrés, adicción a la tecnología y sobrecarga de trabajo) preservando un equilibrio entre la vida laboral y la personal, el incremento de los riesgos para la privacidad, mayores riesgos ergonómicos (trabajo sedentario, incremento de uso de dispositivos móviles, trastornos musculoesqueléticos, fatiga visual, obesidad, cardiopatías), la exposición a nuevos riesgos entre otros.

No menos importante es el efecto negativo que el teletrabajo ha venido ejerciendo en el ámbito de las mujeres en el mercado de trabajo, sus efectos perjudiciales tanto a nivel de la privacidad, como en el

24 “Otra consecuencia de la hiperconectividad es la confusión de la esfera laboral y personal, es decir, la desaparición de los límites entre la vida laboral y la vida privada. En este sentido, y teniendo en cuenta que en el presente artículo nos planteamos la hiperconectividad desde el punto de vista del teletrabajo, la posibilidad de estar permanentemente en conexión con el trabajo puede entrar en conflicto con el derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores. El derecho a la intimidad se pone en entredicho cada vez que la esfera laboral interfiere en la esfera personal y, por lo tanto, cada vez que existe una intromisión en el tiempo de descanso de la persona trabajadora[10]. El tiempo de descanso se define como todo aquel tiempo que no se considera tiempo de trabajo. De acuerdo con el artículo 6 de la Directiva 2003/88/CE[11], se considera tiempo de trabajo aquel durante el cual el trabajador permanece en el lugar de trabajo a disposición del empresario y en ejercicio de sus funciones. La hiperconectividad favorece que la persona trabajadora permanezca en el lugar de trabajo, en el sentido virtual del concepto, así como esté disponible de forma continua, de modo que fácilmente pueda acabar desarrollando las funciones que tenga asignadas en momentos en los que, en teoría, procedería estar en tiempo de descanso. En un contexto como el actual, en el que el teletrabajo se ha designado como modalidad preferente de prestación de servicios, las personas trabajadoras se encuentran especialmente expuestas a la problemática analizada, pues el mismo modo de prestación de servicios exige la conexión al trabajo mediante dispositivos tecnológicos. En este sentido, es relevante considerar la aplicación de los denominados derechos digitales y, en concreto, el derecho a la desconexión digital.” Guillén. Judith. EL teletrabajo y el derecho a la desconexión digital en tiempos de crisis. En: https://adefinitivas.com/arbOL-del-derecho/el-teletrabajo-y-el-derecho-a-la-desconexion-digital-en-tiempos-de-crisis-a-cargo-de-judith-guillen/#_ftn9

25 “El derecho a la desconexión digital se introduce en el ordenamiento jurídico español a finales del año 2018, a través del artículo 88 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales[12]. Este artículo prevé el reconocimiento del derecho a la desconexión digital mediante la redacción del artículo 20 bis ET. La introducción de este nuevo derecho digital es el resultado de la influencia del derecho francés[13], que fue pionero en Europa en la regulación de los nuevos derechos digitales en el ámbito laboral. La ley no define el concepto de desconexión digital. Sin embargo, en la doctrina se define como el derecho a disfrutar del tiempo de descanso sin intromisiones del trabajo, a través de dispositivos tecnológicos. La regulación del derecho a la desconexión digital se establece a nivel legal como un mero reconocimiento del derecho, dejando el desarrollo del mismo a manos de la negociación colectiva. Así pues, del mismo modo que ocurre con el marco normativo del teletrabajo, nos encontramos ante un supuesto que carece de regulación desarrollada. Mientras que el derecho a la desconexión digital es un derecho legalmente reconocido, se desconoce cuál es el contenido mínimo del derecho, así como cuáles son las modalidades en las que se puede aplicar. De acuerdo con diversas teorías doctrinales, el contenido mínimo del derecho a la desconexión digital pasa por considerarlo, no solo como un derecho, sino también como un deber. Así las cosas, el derecho a la desconexión digital se configuraría por el deber del empresario de no ponerse en contacto con la persona trabajadora durante el tiempo de descanso y el derecho de la persona trabajadora a no responder a las comunicaciones del empresario, compañeros de trabajo o clientes[14]. La aplicación efectiva de este derecho-deber es necesaria para garantizar el cumplimiento de los estándares legales del trabajo a distancia, no solo a nivel de prevención de riesgos laborales, sino también, y principalmente, a efectos de mantener los límites entre la esfera laboral y la esfera personal o familiar. Es evidente que la falta de madurez regulatoria de los conceptos jurídicos analizados, así como el carácter urgente y anómalo de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19, dificultan una transformación equilibrada de las relaciones laborales. Sin embargo, debemos asumir que, más allá de la temporalidad de esta crisis, los efectos que la misma tenga en la manera de estructurar las relaciones de trabajo serán, en más o menos proporción, irreversibles. Por ello, es imprescindible que, a la hora de regular el régimen de teletrabajo, que tantas empresas se han visto obligadas a implementar precipitadamente, ya sea mediante la negociación colectiva o mediante políticas de empresa, se garanticen los derechos digitales y, en concreto, el derecho a la desconexión digital, a los efectos de conservar los derechos laborales previstos para la prestación presencial de servicios.” Guillén. Judith. EL teletrabajo y el derecho a la desconexión digital en tiempos de crisis. En: https://adefinitivas.com/arbOL-del-derecho/el-teletrabajo-y-el-derecho-a-la-desconexion-digital-en-tiempos-de-crisis-a-cargo-de-judith-guillen/#_ftn9

26 Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Gobierno de España. En: https://www.ugt.es/sites/default/files/folleto_hiperconectividad_web.pdf

tiempo de trabajo excesivo (sobre carga laboral) derivado de las responsabilidades que asumen en el ámbito del hogar (tareas propias del hogar, cuidado de los hijos menores muchas veces no compartido y en muchos casos labores de cuidado de otras personas) merecen una revisión en este aspecto²⁷.

6. La ausencia de políticas de promoción de la libertad sindical (en especial del fomento de las organizaciones de trabajadores) y del diálogo social y la debilidad del cumplimiento de las normas d SST: un débil enfoque de los derechos colectivos y del diálogo social como mecanismos democráticos y el riesgo en medio de la pandemia

Las políticas que desde el Poder Ejecutivo se han implementado para hacer frente a los enormes problemas que aquejan a los trabajadores y trabajadoras y al mercado de trabajo en el contexto de la pandemia por el COVID-19 tienen una evidente ausencia: el diálogo social y los derechos colectivos²⁸.

No cabe duda que la baja tasa de afiliación sindical (apenas 6% del total de trabajadores formales) junto a la bajísima tasa de cobertura de la negociación colectiva demuestran una débil institucionalidad pre existente en materia de derechos colectivos.

En cualquier caso, no se advirtió que en un escenario de debilidad de las organizaciones de los trabajadores se abría un espacio amplísimo para la determinación y modificación unilateral y, básicamente, no dialógica de las condiciones de trabajo como medida para poder mitigar la expansión del virus en un contexto de reapertura progresiva de las actividades económicas sin dejar de lado los derechos de los y las trabajadoras.

El diálogo social y la negociación colectiva ofrecían una herramienta primordial para el establecimiento de medidas y alternativas para proteger el empleo, adaptar los puestos de trabajo a lo que se ha denominado en muchos países como “la nueva normalidad”, gestionar de mejor manera el tiempo de trabajo para reducir los contagios, explorar medidas menos graves que recurrir a las licencias sin goce de haber -escenario que se agrava con la ausencia de un mecanismo institucional de seguro de desempleo- o intentar la aplicación efectiva de medidas de formalización laboral o de seguridad y salud en el trabajo que concilien, por un lado, las necesidades de reactivar una economía sumamente deprimida por los efectos que las medidas de contención habían provocado y, del otro, el retorno al trabajo con protección adecuada de la vida y al salud de los trabajadores.

27 KU YANASUPO. Lili. Mujeres y teletrabajo en el contexto de la pandemia por el COVID-19. En: <http://trabajodigno.pe/mujeres-y-teletrabajo-en-el-contexto-de-la-pandemia-por-el-covid-19/#more-2731>

28 “En el Brasil también se implementó el banco de horas, modalidad en que el empleado y el empleador pueden suspender las actividades y constituir un régimen especial de compensaciones que se realizarán en un período de 18 meses, contados desde la finalización del estado de calamidad pública. La compensación se rige por los siguientes parámetros: extensión de la jornada laboral diaria en un máximo de dos horas, con un límite de una jornada diaria total de diez horas. Se observan fórmulas similares de complementación de políticas de incentivos a las empresas para su reactivación y mantenimiento de los ingresos y del vínculo laboral en Chile, El Salvador, el Paraguay y el Perú. El diálogo social bipartito puede cumplir un rol clave para el establecimiento de mecanismos de repartición del tiempo de trabajo como fórmula para mantener en el empleo a la mayor cantidad posible de trabajadores. Su aplicación requiere que la empresa y los trabajadores tengan claro cómo será su funcionamiento en la fase de recuperación y cómo se irán recobrando las condiciones de trabajo previas en la medida en que los resultados mejoren. El mecanismo más apropiado a fin de encontrar soluciones es la negociación colectiva para la búsqueda de soluciones efectivas y equitativas.” En: 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, página 38.

La ausencia de un tejido amplio de trabajadores organizados -tanto asalariados como autónomos- ha generado problemas desde la escasa posibilidad de interiorizar reglas de conducta hasta de contar con un primer nivel de control de las reglas en los centros de trabajo, dependiendo cada vez más del poder sancionador estatal representado por la Inspección del Trabajo -poco efectivo en este escenario- ni qué decir de un ausente Poder Judicial.

En el documento denominado “El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)”²⁹, se menciona la importancia en este contexto de los instrumentos internacionales para el diseño de políticas que den sustento a medidas para contener y mitigar los efectos de la pandemia en los empleos así como preservar la seguridad y salud de los trabajadores, destacando la trascendencia de los convenios sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, 1948 (núm. 87), Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949 (núm. 98) y Convenio sobre la Consulta Tripartita (Normas Internacionales del Trabajo), 1976 (núm. 144) Recomendación sobre la consulta tripartita (actividades de la Organización Internacional del Trabajo), 1976 (núm. 152) y Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 (núm. 205); es así que “(...) *Se subraya el papel clave de la consulta y el fomento de la participación activa de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en la planificación, la puesta en práctica y el seguimiento de las medidas de recuperación y resiliencia.*”

Lamentablemente, si en contextos de normalidad el Estado mostró su debilidad en la promoción de la negociación colectiva y el diálogo social, en la coyuntura actual esa omisión se acentuó.

De las miles de normas expedidas en el contexto de la pandemia destaca el Decreto Legislativo N° 1499, norma que establece diversas reglas para el acceso a procedimientos virtuales destinados al cumplimiento de obligaciones formales de las organizaciones sindicales, permitiendo incluso la constitución de las mismas a través del cumplimiento de procedimientos también virtuales hasta la posibilidad de llevar a cabo procesos virtuales de negociación³⁰ o incluso acceder de manera

29 “El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)”, página 41.

30 Decreto Legislativo N° 1499: “Artículo 3.- Facilidades para la realización de la actividad sindical. 3.1 Para la realización de actos propios de la actividad sindical, tales como la modificación de estatutos y la designación y cambio de los/as integrantes de la junta directiva, la elección de delegados/as y la constitución de organizaciones sindicales, regulados en el literal d) del artículo 10, artículo 15 y artículo 16 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR, entre otros supuestos previstos en la referida norma, los/as trabajadores/as se encuentran facultados/as para emplear las tecnologías de información y comunicación, tales como grabación de audio y video, correo electrónico, aplicaciones de mensajería instantánea, entre otros. 3.2 Tratándose de actos propios de la actividad sindical que deben ser comunicados a la Autoridad Administrativa de Trabajo o que constituyen un requisito o condición de un procedimiento administrativo ante dicha autoridad, el acta que recoge la realización de dicho acto sindical puede ser reemplazada por una declaración jurada del/de la secretario/a general o de quien se encuentre facultado/a según el estatuto de la organización sindical o de los/as delegados/as de los/as trabajadores/as, según corresponda, en la que conste los nombres, apellidos y el número de documento de identidad de los participantes en aquel acto, así como la adopción de la decisión correspondiente.”

“Artículo 4.- Comunicaciones entre trabajadores y empleadores 4.1 Tratándose de las comunicaciones entre las organizaciones sindicales y empleadores/as tales como la comunicación de la nómina de junta directiva y los cambios que en ella se produzcan, la comunicación de la renuncia o expulsión de miembros del sindicato, la solicitud de retención de las cuotas sindicales, la presentación del pliego para el inicio de la negociación colectiva y la comunicación de servicios mínimos en caso de huelga, regulados en el literal d) del artículo 10, artículo 25, artículo 26, artículo 28, artículo 53 y artículo 82 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, apro-

virtual a los mecanismos de prevención y solución de conflictos colectivos a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Hay que recordar que la décimo cuarta política del Acuerdo Nacional (que data del año 2002) denominada Acceso al Empleo Pleno, Digno y Productivo, adopta un conjunto de compromisos orientados básicamente a mejorar el acceso al empleo y las condiciones del empleo, por los principios y directrices que recoge dicho documento, el mismo es plenamente coincidente con el concepto de “trabajo decente”, es así que “empleo digno” y “trabajo decente” son conceptos similares y plenamente coherentes con los principios y directrices constitucionales.

El diálogo social, por ejemplo, está recogido tanto en el acuerdo nacional como en el concepto de trabajo decente. Ambos conceptos se conectan con el concepto de Estado Constitucional de Derecho y como directrices, las mismas orientan los deberes del Estado en el desarrollo de políticas públicas. El Estado puede cumplirlas o incumplirlas en mayor o menor medida, pero no puede desvincularse de los efectos ni de su responsabilidad en el mayor o menor cumplimiento de aquellas directrices.

El diálogo social se relaciona con la necesaria participación de trabajadores y empleadores en el desarrollo de las políticas públicas incluida la de Seguridad y Salud en el Trabajo -SST-.

La particular estructura del mercado de trabajo peruano hace resaltar el alto porcentaje que representan los “no asalariados” (o autónomos) en la distribución de la PEA ocupada (casi el 51%), lo que significa un primer gran problema para el cumplimiento de medidas de seguridad y salud en el trabajo.

En lo que atañe a los trabajadores asalariados, dentro del universo del trabajo asalariado específicamente en el ámbito privado se observa que casi la mitad se concentra en la microempresa, mientras que el porcentaje de “informalidad laboral”³¹ o asalariados no registrados en planillas al 2017 alcanzan al 54,6% del universo de asalariados. En el ámbito de la microempresa la situación de informalidad laboral alcanza a nueve de cada diez trabajadores.

bado por Decreto Supremo N° 010-2003- TR, entre otros supuestos previstos en la referida norma y demás supuestos en que sea necesario, que no puedan realizarse por vías presenciales, las partes emplean el correo electrónico, u otro medio de comunicación digital que acuerden, siempre que el medio utilizado garantice la constancia de la emisión de la comunicación y un adecuado y razonable acceso por parte del/de la destinatario/a. Las organizaciones sindicales y empleadores/as comunican a la otra parte la dirección electrónica correspondiente o el medio de comunicación digital elegido. Es responsabilidad de cada parte mantener el correo electrónico o medio de comunicación digital debidamente operativo y en funcionamiento. 4.2 Lo señalado en el numeral anterior es aplicable a los/as delegados/as a que se refiere el artículo 15 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003- TR, y demás representantes de los/as trabajadores/as, según corresponda.”

31 Existe un debate sobre el contenido o, más propiamente, la definición del término informalidad. En primer lugar, siendo estipulativos, la informalidad a la que nos referimos en el presente documento es la informalidad laboral. Si acaso debemos mencionar otra de sus dimensiones como la tributaria, la registral o de acceso a los mercados, lo haremos de manera explícita. Para efectos del presente trabajo la definición que proponemos de informalidad laboral es la aquél trabajador que en los hechos desarrolla una prestación de servicios por cuenta ajena y que, a pesar de ello, no se encuentra registrado en la planilla electrónica y como consecuencia queda fuera del estatuto protector del derecho del trabajo y de los sistemas de protección social en salud o pensiones.

Por su parte, en el ámbito de los trabajadores formales predomina, con una relación de casi tres de cada cuatro (o de 3/4 partes), el contrato a plazo fijo sobre el contrato a plazo indefinido.

Los altos niveles de informalidad laboral, la precariedad en la duración del vínculo y el predominio del contrato a plazo fijo, la bajísima tasa de afiliación sindical (apenas 6% del universo de trabajadores formales) y la marcada fragmentación de los trabajadores asalariados a partir de la creación de regímenes laborales con diferentes derechos (fragmentando también sus intereses) dificulta y debilita su capacidad de organización y con ello su posibilidad de participación efectiva en los espacios de diálogo, afectando también gravemente su capacidad de organizarse para representar colectivamente sus intereses, en resumen los debilita como sujetos sociales.

En un contexto como el actual el estado debería desarrollar una política seria de promoción de las organizaciones de trabajadores así como fortalecer las existentes y generar espacios de diálogo donde los trabajadores puedan alcanzar un mayor y mejor nivel de representación colectiva de sus intereses.

El escaso nivel de organización de los trabajadores asalariados, representado por el 6% de la tasa de afiliación sindical, genera una severa limitación a la posibilidad de ejecución de las políticas públicas y a su cumplimiento y es que si las políticas de SST finalmente pretenden llegar al ámbito de la empresa, encuentran un serio problema con la ausencia de organizaciones que representen los intereses colectivos de los trabajadores para la defensa de sus derechos. Se debe promover la organización de los trabajadores o los espacios de participación existentes o la creación de nuevos espacios, un ejemplo de ello es lo ocurrido con los trabajadores del servicio de delivery, se perdió una gran oportunidad de organizarlos como primer paso para la formalización laboral de esta actividad.

En el segmento de la micro empresa, que el que más empleo absorbe en el país aunque informal; es clave dar un primer paso hacia la construcción de una cultura de la SST como establecen la Política y el Plan de SST, por ello es importante extender la cobertura del SCTR a las micro empresas que realizan actividad de riesgo más aún a las que realizan servicios esenciales. Para ello se pueden utilizar esquemas de subsidios estatales para el pago de las primas debido a la escasa productividad de este segmento lo que presiona a la baja su nivel de ingresos que a la vez debilita su capacidad económica para asumir el pago de contribuciones vinculadas al trabajo asalariado.

En el ámbito de la micro empresa al año 2017 existían 775 011 micro empresas siendo el 33,5% de ellas formales (tenían a sus trabajadores en algún régimen laboral sea el general o el especial), apenas unas 56 901 micro empresas (es decir el 7,3% del total de micro empresas) se encontraban en el régimen de la micro empresa inscritas en el REMYPE y permanecían activas las mismas que empleaban a casi 260 000 trabajadores. Es importante considerar este segmento de micro empresas formales para desarrollar políticas de SST y que el mismo sirva de “banco de prueba” para el desarrollo de estrategias de formalización en SST de cara a formalizar el sector informal.

Varios de los problemas constatados en materia de SST se agudizaron en el contexto de la emergencia sanitaria, así por ejemplo, la lista de servicios esenciales definida por el Decreto Supremo N° 044-

2020-PCM³² no es una lista cerrada, el problema se agudiza cuando se autoriza al Sector Economía y Finanzas -sin incluir expresamente la autorización previa del Sector Salud- la posibilidad de ampliar la lista. Es importante revalorar el papel del sector salud en este aspecto. No hemos tenido acceso a la sistematización o relación de todas aquellas actividades y empresas autorizadas como “esenciales” a la fecha ni el número de trabajadores ocupados en ellas a pesar de que el MTPE tiene acceso a la Planilla electrónica y de ahí se puede obtener esa información con gran nivel de detalle, lo que resultaría una medida adecuada para el control de los riesgos del trabajo en dichas actividades. En los hechos, este y otros vacíos de información, revela la necesidad de fortalecer el acopio y centralización de la misma. Lo ideal sería manejar un registro a cargo de la Autoridad Nacional de Salud.

La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo -LSST- establece una rectoría sectorial bicéfala, colocando como rectores del Sistema de SST al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo –MTPE- y al Ministerio de Salud –MINSAL- ello exige una intensa coordinación entre ambos sectores más aún si el “sistema” involucra muchas instituciones (ESSALUD, ONP, Compañías de Seguro, SBSAFP, entre otras). En este escenario complejo y de competencias dispersas, cobra relevancia la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y el posterior Plan Nacional de SST 2017-2021 como elementos

32 Mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, se declaró el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario, y dispóngase el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. Su artículo 2° dispuso que: “2.1 Durante el Estado de Emergencia nacional, se garantiza el abastecimiento de alimentos, medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios y otros establecidos en el presente Decreto Supremo. 2.2 Asimismo, se garantiza la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales regulados en el artículo 4 del presente Decreto Supremo. Las entidades públicas y privadas determinan los servicios complementarios y conexos para la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales establecidos en el artículo 4. Las entidades competentes velan por el idóneo cumplimiento de la presente disposición. 2.3 La Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas adoptan las medidas para garantizar la prestación y acceso a los bienes y servicios conforme al presente artículo.” El artículo 4° de dicha norma estableció una relación de los servicios y bienes esenciales –para efectos del presente trabajo los denominaremos simplemente “servicios esenciales”- definiendo como tales los siguientes: **“Artículo 4.- Limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas** 4.1 Durante la vigencia del Estado de Emergencia Nacional y la cuarentena, las personas únicamente pueden circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a los siguientes servicios y bienes esenciales: a) Adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, lo que incluye su almacenamiento y distribución para la venta al público. b) Adquisición, producción y abastecimiento de productos farmacéuticos y de primera necesidad. c) Asistencia a centros, servicios y establecimientos de salud, así como centros de diagnóstico, en casos de emergencias y urgencias. d) Prestación laboral, profesional o empresarial para garantizar los servicios enumerados en el artículo 2. e) Retorno al lugar de residencia habitual. f) Asistencia y cuidado a personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, dependientes, personas con discapacidad o personas en situación de vulnerabilidad. g) Entidades financieras, seguros y pensiones, así como los servicios complementarios y conexos que garanticen su adecuado funcionamiento. h) Producción, almacenamiento, transporte, distribución y venta de combustible. i) Hoteles y centros de alojamiento, solo con la finalidad de cumplir con la cuarentena dispuesta. j) Medios de comunicación y centrales de atención telefónica (call center). k) Los/as trabajadores/as del sector público que excepcionalmente presten servicios necesarios para la atención de acciones relacionadas con la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 podrán desplazarse a sus centros de trabajo en forma restringida. l) Por excepción, en los casos de sectores productivos e industriales, el Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con el sector competente, podrá incluir actividades adicionales estrictamente indispensables a las señaladas en los numerales precedentes, que no afecten el estado de emergencia nacional. m) Cualquier otra actividad de naturaleza análoga a las enumeradas en los literales precedentes o que deban realizarse por caso fortuito o fuerza mayor. 4.2 Igualmente, se permite la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior. 4.3 Las limitaciones a la libertad de tránsito no aplican al personal extranjero debidamente acreditado en el Perú de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y representaciones de organismos internacionales, que se desplacen en el cumplimiento de sus funciones, respetando los protocolos sanitarios. 4.4 A fin de garantizar el orden interno, se faculta al Ministerio del Interior, en coordinación con el Ministerio de Defensa, para dictar las medidas que permitan la implementación del presente artículo. 4.4 El Ministerio del Interior dispone el cierre o restricción a la circulación por carreteras por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico. 4.5 En todo caso, para cualquier desplazamiento efectuado conforme al presente artículo deben respetarse las recomendaciones y disposiciones dictadas por el Ministerio de Salud, el Ministerio del Interior y otras entidades públicas competentes.” (el subrayado es nuestro)

ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL ESTADO Y LAS EMPRESAS FRENTE A LOS IMPACTOS DEL COVID-19 EN RELACIÓN A LOS DERECHOS LABORALES Y LA SALUD DE LOS TRABAJADORES.

articuladores. Si la Política y el Plan son los documentos articuladores del disperso sistema el espacio articulador es el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo -CONSSAT-.

Los siguientes cuadros resumen la evolución de accidentes de trabajo en los últimos años:

Cuadro N° 2.10.
PERÚ: ENFERMEDADES OCUPACIONALES, SEGÚN REGIONES
2011 AL 2015

Regiones	Enfermedades profesionales					TOTAL
	2011	2012	2013	2014	2015	
Ancash		15	16	32	49	112
Arequipa	5	9	6	29	42	91
Ayacucho		1		1	1	3
Callao	13	4	9	27	49	102
Cusco	13	9	8	34	41	105
Huancavelica	17	19	2	38	45	121
Ica			2	2	2	6
Junín					5	5
Lima Metropolitana	55	42	39	153	165	454
Lima	1	2		6	18	27
Loreto				4	4	8
Moquegua					3	3
Pasco	9	2		11	11	33
TOTAL	113	103	82	337	435	1070

Fuente: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA
Elaboración: MTPE - DGDPSST

Cuadro N° 2.8.
PERÚ: ACCIDENTES DE TRABAJO, SEGÚN REGIONES
2011 AL 2015

Regiones	Accidentes de trabajo					TOTAL
	2011	2012	2013	2014	2015	
Amazonas			1	2	2	5
Ancash	26	87	50	49	219	431
Apurímac		1	1	1	5	8
Arequipa	19	56	63	1627	1431	3196
Ayacucho	18	8	3	9	2	40
Cajamarca		10	15	21	38	84
Callao	253	3369	3395	951	4097	12065
Cusco	148	184	116	72	84	604
Huancavelica	8	9	20	30	7	74
Huánuco		3	3	1	1	8
Ica	16	65	15	10	12	118
Junín		11	56	30	35	132
La Libertad	18	48	53	75	523	717
Lambayeque	6	10	15	4	4	39
Lima Metropolitana	3971	11037	14109	11125	13707	53949
Lima	39	68	83	32	98	320
Loreto	65	54	357	155	225	856
Madre de Dios				1	1	2
Moquegua	37	75	75	71	67	325
Pasco	3			11	15	29
Piura	96	355	477	399	298	1625
Puno	1			18	4	23
San Martín		2		3	7	12
Tacna	6	25	29	28	33	121
Tumbes	1	9	8	8	18	44
Ucayali	1	2	12	4	8	27
TOTAL	4732	15488	18956	14737	20941	74854

Fuente: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA
Elaboración: MTPE - DGDPSST

**Cuadro N° 2.10.
PERÚ: ENFERMEDADES OCUPACIONALES, SEGÚN REGIONES
2011 AL 2015**

Regiones	Enfermedades profesionales					TOTAL
	2011	2012	2013	2014	2015	
Ancash		15	16	32	49	112
Arequipa	5	9	6	29	42	91
Ayacucho		1		1	1	3
Callao	13	4	9	27	49	102
Cusco	13	9	8	34	41	105
Huancavelica	17	19	2	38	45	121
Ica			2	2	2	6
Junín					5	5
Lima Metropolitana	55	42	39	153	165	454
Lima	1	2		6	18	27
Loreto				4	4	8
Moquegua					3	3
Pasco	9	2		11	11	33
TOTAL	113	103	82	337	435	1070

Fuente: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA
Elaboración: MTPPE - DGDPSST.

De la información mostrada, un dato importante a destacar es el crecimiento de los accidentes mortales, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales como se muestra en los siguientes cuadros que recogen un período de tiempo que va desde el 2011 al 2015. En el caso de los accidentes de trabajo, entre el 2011 y el 2019 tuvieron un incremento sostenido, siendo principalmente su epicentro la ciudad de Lima Metropolitana. Las estadísticas analizadas contienen información detallada sobre actividades económicas donde se concentran las tres categorías analizadas para este informe (accidentes mortales, accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales) esta información resulta muy útil para el análisis de políticas en el contexto actual.

En el contexto actual de la pandemia por los crecientes contagios por exposición al SARS-Cov 2 que desarrolla la enfermedad del COVID-19 sería conveniente lo siguiente:

- a) Calificar el COVID-19 como una enfermedad profesional de los profesionales de la salud y de aquellos trabajadores que con ocasión de los servicios de salud que se brindan en un centro de salud con riesgo de contraer la enfermedad y por la naturaleza de su trabajo resultan expuestos a este virus (para este tipo de trabajadores la calificación del COVID-19 como enfermedad profesional es compatible con la definición que contienen las reglas del SCTR),
- b) Calificar como accidente de trabajo el contagio por COVID – 19 de aquellos trabajadores de los servicios esenciales (en este caso la definición del COVID-19 como accidente de trabajo es coherente con la definición que contienen las reglas del SCTR), ello no impide que en un segundo momento esta calificación se extienda a los trabajadores de otras actividades

- c) Extender la cobertura del SCTR a aquellos trabajadores cuya actividad no se encuentra clasificada como de Alto Riesgo y, consecuentemente, no se encuentran comprendidos en el ámbito de cobertura del mismo; en el mismo sentido, si bien los servicios médicos están comprendidos en el Anexo 5, debería extenderse la cobertura del mismo a todo el personal médico independientemente de su modalidad contractual al menos mientras dure la emergencia sanitaria incluyendo al personal de los establecimientos de salud que brinda servicios complementarios pero que también está expuesto a la fuente de contagios por COVID-19 (por ejemplo, personal de limpieza, alimentación, lavandería, entre otros),
- d) Se puede establecer para el caso de los trabajadores comprendidos en el literal b) una regla de presunción de accidente de trabajo, así, acreditada la enfermedad, corresponde al empleador o al encargado por ley de otorgar la prestación -de salud o económica- acreditar (probar) que no es un accidente de trabajo (que no es una lesión orgánica o perturbación funcional causada en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo según las reglas del SCTR).

Una primera medida urgente para fortalecer los espacios de participación de trabajadores y empleadores en materia de SST, podría ser la creación de una instancia intermedia entre el CSST y los supervisores de SST -que representan la participación de los trabajadores en el nivel de las empresas- y las instancias mayores de decisión de la política de SST -expresada en el Consejo Nacional de SST como instancia máxima de concertación de materia de seguridad y salud en el trabajo- y los consejos regionales de SST.

Es decir, entre el CONSSAT y los Consejos Regionales de SST (de ámbito nacional) y los CSST incluyendo a los supervisores (en el ámbito de la empresa) no existen cuerpos intermedios participativos con la representación de trabajadores y empleadores que conecten la esfera de las grandes decisiones -los planes nacionales y regionales y las políticas nacionales y regionales en materia de SST- con la ejecución y concreción de esas decisiones en el ámbito de las empresas -expresadas por los CSST y los supervisores de SST en las microempresas-.

Se requiere establecer una instancia que tenga un enfoque sectorial o de actividad (nos referimos a la actividad económica) que en este caso se conectaba con la elaboración y aprobación de los Protocolos Sanitarios que se venían aprobando en materia de SST para el retorno progresivo de las actividades económicas al amparo de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM³³, lamentablemente

33 Decreto Supremo N° 080-2020-PCM: “Artículo 3.- Protocolos Sanitarios de Operación ante el COVID-19. 3.1 Los sectores competentes de cada actividad incluida en las fases de la Reanudación de Actividades, teniendo en consideración los “Lineamientos para la vigilancia de la Salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19”, aprobados por Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA (y sus posteriores adecuaciones), aprueban mediante Resolución Ministerial y publican en su portal institucional, los Protocolos Sanitarios Sectoriales, en un plazo máximo de cinco (05) días calendario contados a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Supremo, para el inicio gradual e incremental de actividades. Asimismo, tales sectores aprueban mediante resolución ministerial los “Criterios de focalización territorial y la obligatoriedad de informar incidencias”, entre ellas, la detección de los casos de COVID-19; así como las coordinaciones con los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, en el marco de sus respectivas competencias. La aprobación sectorial también considera para la aprobación específica de inicio de actividades de las unidades productivas; los criterios establecidos en el numeral 2.1 del artículo 2 del presente decreto supremo; conjuntamente con el grado de movilidad de personas que implica la reanudación en una jurisdicción determinada. 3.2 Previo al reinicio de actividades, las entidades, empresas o personas naturales o jurídicas que estén permitidas para dicho fin, deberán observar los “Lineamientos para la vigilancia de la Salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19”, aprobados por Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA (y sus posteriores adecuaciones), así como los Protocolos Sectoriales (en este último caso, cuando el sector los haya emitido), a efecto de elaborar su “Plan para la vigilancia, pre-

con una modificación posterior a través del Decreto Supremo N° 101-2020-PCM³⁴, los protocolos sanitarios sectoriales dejaron de ser obligatorios perdiéndose la posibilidad de mantener este ámbito sectorial de regulación en materia de SST.

Los Comités Sectoriales de SST, cuya creación se propone, también podrían tener funciones de seguimiento, control y sistematización y difusión de buenas prácticas relacionadas con las medidas de SST que se adopten en las empresas de las ramas de actividad a las que pertenecen.

Otro problema identificado en el actual contexto es la ausencia de fuentes de información sobre los alcances de los contagios en el ámbito del trabajo asalariado y, en particular, en las actividades esenciales. El artículo 24 del Decreto de Urgencia N° 026-2020, norma que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional, autorizó excepcionalmente al Seguro Social de Salud - EsSalud a otorgar a los trabajadores el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo siempre que su remuneración mensual sea de hasta S/ 2 400 soles y que hayan sido diagnosticados con COVID-19 confirmado con hisopado positivo o el procedimiento que determine la autoridad nacional de salud.

En la línea de identificar fuentes de información para fortalecer el sistema de SST, no hay que perder de vista que Essalud, a partir del otorgamiento del subsidio especial antes mencionado, tiene un registro que debería ser compartido con el MINSA (o específicamente con el INS) a través del cual se puede acceder a información amplia sobre los trabajadores con COVID-19, la actividad económica y el empleador para el que laboran. Ello, junto con el acceso a la planilla electrónica fortalecería la capacidad del MINSA y el INS de obtener información específica sobre los focos de contagios por actividad económica, el número de trabajadores y empleadores comprendidos en ellas y mejorar así el sistema de SST.

En cuanto a la cobertura, se ha identificado un vacío normativo y consecuentemente de cobertura: la situación de aquellos trabajadores que, presentando síntomas de COVID – 19, se dispone su aislamiento preventivo y la toma de muestra para confirmar la existencia de la enfermedad demora en arrojar un resultado y que el mismo sea notificado al empleador. Este vacío debería ser cubierto por las normas de seguridad social incluyendo este lapso de tiempo dentro del subsidio.

En el aspecto institucional, se han expedido normas que fortalecen las funciones del INS, dentro de ese marco normativo hay que destacar la interoperabilidad regulada en el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 1504, la que resulta una herramienta muy importante para el acceso y articulación desde sus competencias de los registros de información que las entidades públicas y privadas tengan en materia de SST.

vención y control de COVID-19 en el trabajo” y proceder a su registro en el Sistema Integrado para COVID-19 (SICOVID-19) del Ministerio de Salud. 3.3 Los Sectores competentes de cada actividad tendrán acceso al SICOVID-19 a efectos de verificar quiénes se inscriben y poder comunicar inmediatamente a la Autoridad de Salud, a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral- SUNAFIL y a los Gobiernos Locales, en aquellos casos que la inscripción se trate de actividades o empresas que no les corresponda iniciar de acuerdo con la “Reanudación de Actividades” aprobada por el artículo 1 del presente Decreto Supremo, así como poder hacer seguimiento y coadyuvar en la supervisión en los demás casos registrados y autorizados.”

34 Decreto Supremo N° 101-2020-PCM: “Única. Modificación de los artículos 3 y 5 del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM. 1. Modificase el artículo 3 del Decreto Supremo N° 080-2020-PCM, el mismo que queda redactado en los siguientes términos: “(...) 3.2 *Excepcionalmente, para las actividades incluidas en las fases de la Reanudación de Actividades, los Sectores competentes pueden aprobar mediante Resolución Ministerial y publicar en su portal institucional, los Protocolos Sanitarios Sectoriales.(...)”*”

En el corto plazo se propone la gestión de un acceso remoto inmediato a las siguientes bases de datos para el fortalecimiento de sus funciones vinculadas con la SST: la planilla electrónica a cargo del MTPE, las bases de datos de Essalud (incluyendo las de subsidios por incapacidad temporal) así como los registros de accidentes y enfermedades ocupacionales a cargo del MTPE, todo esto en coherencia con la uno de los objetivos específicos del citado Plan Nacional de SST en el trabajo 2017-2021.

La difusión de la extensa normativa de carácter técnico y de suma relevancia por su estrecha vinculación con el deber de prevención requiere de mejores instrumentos para su difusión más aún en un contexto donde proliferan los accidentes de trabajo, el contagio de trabajadores y un sin número de medidas arbitrarias que se verifican en desmedro de la seguridad y salud de estos. En este caso, la sistematización y alojamiento de la profusa y variable normativa expedida en este contexto en un repositorio único que la sistematice no solo permitirá el acceso público a la misma si no una adecuada retroalimentación y seguimiento de la Autoridad de Salud y la Autoridad de Trabajo a nivel nacional.

Los entes rectores en SST deben fortalecer su potestad normativa sectorial a través de la emisión de directivas que permitan llenar vacíos a través de criterios interpretativos de las complejas reglas expedidas durante la emergencia nacional, coordinando con otros sectores competentes como el MTPE o PRODUCE para el ejercicio de esta importante potestad. Ello permitiría aclarar y facilitar la aplicación de las reglas expedidas en diversos ámbitos.

De otro lado, sería importante difundir ampliamente la vigencia en nuestro ordenamiento jurídico el “derecho de resistencia” previsto en la Decisión N° 584, el cual permite la interrupción de labores frente a peligros inminentes y graves que puedan afectar la salud o la vida del trabajador u otros trabajadores conforme a lo establecido, también, por el Convenio 155.

Es importante también establecer una modificación a las reglas del SCTR para permitir que sea el propio trabajador quién reporte un accidente o enfermedad ocupacional activando el sistema a cargo de las entidades que participan en las prestaciones de salud y económicas involucradas en el SCTR.

También es necesario recordar el necesario fortalecimiento de la Autoridad Inspectiva de Trabajo, recordemos lo que señala el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM. Los operativos de la Inspección de Trabajo deberían ser coordinados y planificados con el MINSA y contar con el acompañamiento técnico del INS.

Finalmente, resulta incoherente con la necesidad de reactivar progresivamente las actividades económicas y a la vez proteger la SST de los trabajadores, la aprobación de las reglas aplicables durante la Emergencia Sanitaria en relación a los/as servidores/as civiles y trabajadores/as de los sectores público y privado conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, contenidas en los artículos 6°, 7° y 8° del Decreto Legislativo N° 1499:

- a) la suspensión de la realización de exámenes médicos pre ocupacionales en las actividades calificadas de alto riesgo, debiéndose realizar únicamente a aquellos/as trabajadores/as que

no cuentan con un examen médico ocupacional efectuado en el último año por un centro o servicio médico ocupacional autorizado.

- b) la suspensión de la realización de exámenes médicos ocupacionales periódicos y se prorroga automáticamente la vigencia de aquellos que hayan vencido o estén por vencer durante la Emergencia Sanitaria
- c) las capacitaciones presenciales a las que se refiere el artículo 35 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el trabajo, se aplican únicamente en los siguientes supuestos durante la Emergencia Sanitaria: a) Al momento de la contratación cualquiera sea la modalidad o duración; y, b) Cuando se produzca cambios en la función, puesto de trabajo o en la tipología de la tarea o actividad a realizar por el/la trabajador/a.
- d) La obligatoriedad de las auditorías al Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo prevista en el artículo 43 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR, y demás normas sectoriales, queda suspendida durante la Emergencia Sanitaria para todos los sectores económicos. Culminada la Emergencia Sanitaria, el/la empleador/a tiene la obligación de realizar las auditorías señaladas en el numeral anterior dentro de los noventa días calendario siguientes al término de la misma, debiendo presentar el informe de auditoría a las autoridades competentes en un plazo máximo de quince días calendario de la emisión del referido informe, cuando corresponda.

7. Los efectos negativos de las políticas desplegadas por el Poder Ejecutivo en el contexto de la emergencia sanitaria.-

No se puede excluir del análisis de los efectos negativos ocurridos en el mercado de trabajo a junio del 2020 las características definitorias del mismo al momento en que ocurre la emergencia sanitaria y sus problemas estructurales, pero tampoco se puede obviar que las medidas adoptadas no contribuyeron a evitar los efectos catastróficos que se muestran a continuación.

En el trimestre móvil de marzo-abril-mayo de 2020 la PEA activa de Lima Metropolitana siguió cayendo drásticamente: “*Comparada con similar trimestre del año anterior disminuyó en 43,8%, que equivale a 2 millones 283 mil 400 personas.*”, es decir, se perdieron (entre trabajadores asalariados -formales e informales- y no asalariados) casi 2 millones trescientos mil empleos³⁵.

35 Situación del mercado laboral en Lima Metropolitana. INEI. Trimestre móvil: marzo-abril-mayo 2020, N° 06, junio de 2020. “El Instituto Nacional de Estadística e Informática, a partir de marzo del año 2001 ejecuta mensualmente la *Encuesta Permanente de Empleo (EPE)*. Esta encuesta se realiza en los distritos de la provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao. La finalidad es obtener información para estimar indicadores del mercado laboral en el corto plazo, los cuales se difunden mensualmente mediante el Informe Técnico de *Situación del Mercado Laboral en Lima Metropolitana*. El marco muestral de la EPE se actualiza periódicamente: La última actualización se realizó en enero del año 2011, y se ejecutó en todos los conglomerados de la muestra panel y no panel. El tamaño de la muestra para el trimestre móvil marzo-abril-mayo 2020, es de 4800 viviendas particulares resultando 1600 viviendas mensuales distribuidas en 400 conglomerados.”

CUADRO Nº 01

Lima Metropolitana: Población en edad de trabajar, según condición de actividad
Trimestre móvil: Mar-Abr-May 2019 y Mar-Abr-May 2020
(Miles de personas, variación absoluta y porcentual)

Condición de actividad	Mar-Abr-May 2019	Mar-Abr-May 2020	Variación	
			Absoluta (Miles)	Porcentual (%)
Total de población en edad de trabajar (PET)	7 789,9	7 895,2	105,3	1,4
Población económicamente activa (PEA)	5 217,7	2 934,3	-2 283,4	-43,8
.Ocupada	4 867,5	2 549,2	-2 318,3	-47,6
.Desocupada	350,1	385,1	35,0	10,0
Población económicamente no activa (NO PEA)	2 572,2	4 960,8	2 388,6	92,9

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática -Encuesta Permanente de Empleo.

En el trimestre de marzo-abril-mayo del 2020, la población ocupada femenina disminuyó en 48,1% mientras que la masculina lo hizo en un 47,3%.

CUADRO Nº 03

Lima Metropolitana: Población ocupada, según sexo
Trimestre móvil: Mar-Abr-May 2019 y Mar-Abr-May 2020
(Miles de personas, variación absoluta y porcentual)

Sexo	Mar-Abr-May 2019	Mar-Abr-May 2020	Variación	
			Absoluta (Miles)	Porcentual (%)
Total	4 867,5	2 549,2	-2 318,3	-47,6
Sexo				
Hombre	2 649,8	1 397,8	-1 252,0	-47,3
Mujer	2 217,8	1 151,4	-1 066,4	-48,1

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática -Encuesta Permanente de Empleo.

En el trimestre de febrero, marzo y abril del 2020, en comparación con igual semestre del año anterior, cuatro sectores como Construcción, manufactura, servicios y comercio sufrieron pérdidas en promedio del 25% de su población ocupada; en el trimestre móvil marzo-abril-mayo del 2020, los cuatro sectores sufrieron pérdidas en promedio de 47,6% .

3.2 Población ocupada según ramas de actividad y tamaño de empresa

CUADRO N° 06

Lima Metropolitana: Población ocupada según ramas de actividad
Trimestre móvil: Feb-Mar-Abr 2019 y Feb-Mar-Abr 2020
(Miles de personas, variación absoluta y porcentual)

Ramas de actividad	Feb-Mar-Abr 2019	Feb-Mar-Abr 2020	Variación	
			Absoluta (Miles)	Porcentual (%)
Total	4 871,5	3 654,9	-1 216,6	- 25,0
Manufactura	628,2	456,6	- 171,6	- 27,3
Construcción	357,1	248,1	- 109,0	- 30,5
Comercio	988,2	781,7	- 206,5	- 20,9
Servicios	2 827,5	2 118,1	- 709,4	- 25,1

Nota: Los totales incluyen otras actividades.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática -Encuesta Permanente de Empleo.

Según ramas de actividad

En este trimestre móvil la población ocupada se contrajo en todas las ramas de actividad, así disminuyó en el sector Construcción en 30,5% (109 mil personas), Manufactura en 27,3% (171 mil 600 personas), Servicios en 25,1% (709 mil 400 personas) y en Comercio disminuyó en 20,9% (206 mil 500 personas).

Del total de ocupados, la rama de actividad de Servicios concentra el 58,0% de los ocupados, Comercio el 21,4%, Manufactura el 12,5% y Construcción el 6,8%.

CUADRO N° 06

Lima Metropolitana: Población ocupada según ramas de actividad
Trimestre móvil: Mar-Abr-May 2019 y Mar-Abr-May 2020
(Miles de personas, variación absoluta y porcentual)

Ramas de actividad	Mar-Abr-May 2019	Mar-Abr-May 2020	Variación	
			Absoluta (Miles)	Porcentual (%)
Total	4 867,5	2 549,2	-2 318,3	- 47,6
Manufactura	631,8	275,8	- 356,0	- 56,3
Construcción	350,6	150,6	- 200,0	- 57,1
Comercio	960,6	532,2	- 428,4	- 44,6
Servicios	2 852,2	1 546,8	-1 305,4	- 45,8

Nota: Los totales incluyen otras actividades.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática -Encuesta Permanente de Empleo.

Conforme a los datos recogidos por el documento denominado “Informe Anual de la Mujer en el Mercado Laboral” del año 2018 elaborado por el MTPE, tenemos a nivel nacional: “Del total de la PEA ocupada femenina, para el 2018, el 44,2% laboraba en la rama de actividad económica servicios, es decir, 3 millones 278 mil 911 trabajadores, convirtiéndose en la principal rama de actividad de las mujeres; en el segundo lugar se encontraba la rama comercio, que concentró 1 millón 914 mil 567 trabajadoras (25,8%); seguida de la rama extractiva con 1 millón 570 mil 789 mujeres (21,2%). Mientras que, tanto la rama industria como construcción fueron las que concentraron la menor

cantidad de trabajadoras, con 622 mil 273 mujeres (8,4%) y 35 mil 76 mujeres (0,5%), respectivamente.”³⁶.

Considerando que al 2018 Lima Metropolitana concentraba a cerca de 2 644 000 mujeres ocupadas y si apreciamos los datos recogidos en el informe del INEI, que da cuenta que en las ramas de actividad de comercio y servicios en Lima Metropolitana ostentan tasas de disminución del número de ocupados del 44,6 y 45,8% respectivamente; tenemos que el efecto negativo en la tasa de ocupados por rama de actividad ha golpeado severamente a estas dos actividades que son las principales actividades económicas con presencia de ocupadas mujeres.

Observando los efectos de la disminución de la peña ocupada en Lima Metropolitana tenemos que en el trimestre marzo-abril-mayo del 2020 en el segmento de la micro empresa la caída es de 1 656,4 millones de trabajadores, no menos importante (por la mayor presencia de trabajadores asalariados formales) es la caída en los segmentos de 11 a 50 y de 51 a más trabajadores donde la caída es de 662 mil personas ocupadas.

CUADRO Nº 07

Lima Metropolitana: Población ocupada según tamaño de empresa
Trimestre móvil: Mar-Abr-May 2019 y Mar-Abr-May 2020
(Miles de personas, variación absoluta y porcentual)

Tamaño de empresa	Mar-Abr-May 2019	Mar-Abr-May 2020	Variación	
			Absoluta (Miles)	Porcentual (%)
Total	4 867,5	2 549,2	-2 318,3	- 47,6
De 1 a 10 trabajadores	2 917,6	1 261,2	-1 656,4	- 56,8
De 11 a 50 trabajadores	428,1	240,2	- 187,9	- 43,9
De 51 y más trabajadores	1 521,9	1 047,8	- 474,1	- 31,2

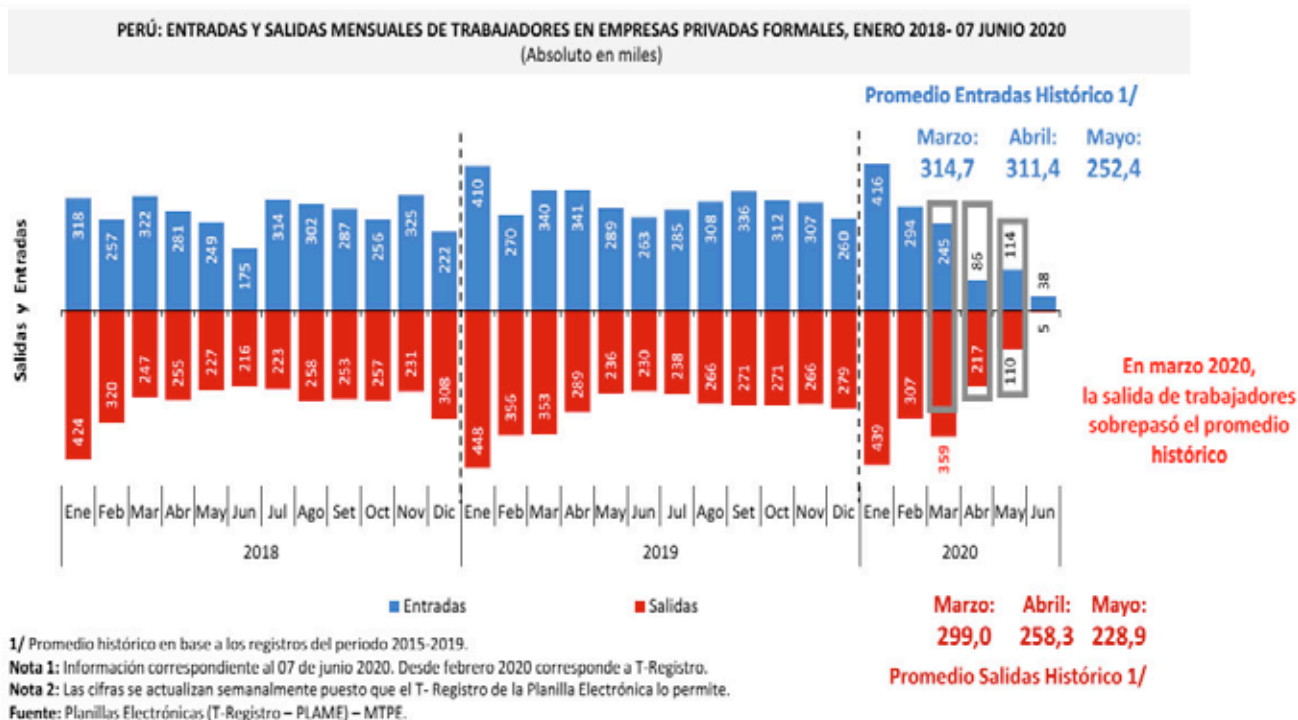
Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática -Encuesta Permanente de Empleo.

Según información reportada por el MTPE en el documento denominado “Seguimiento al empleo: tablero de control de seguimiento del empleo formal al 7 de junio” se concluye lo siguiente:

“En lo que va del periodo de emergencia (16 de marzo al 07 de junio), a nivel nacional se registró la salida de 538,0 mil trabajadores en el sector privado formal, así como la entrada de 278,7 mil trabajadores, lo cual genera en neto una reducción de 259,3 mil trabajadores de la planilla electrónica.” (el subrayado es nuestro)

36 MTPE. “Informe Anual de la Mujer en el Mercado Laboral”, 2018. Página 18.

ENTRADAS Y SALIDAS MENSUALES DE TRABAJADORES: PERIODO ENERO 2018 - AL 07 DE JUNIO 2020



Lamentablemente, a diferencia del documento emitido por el INEI, este informe no contiene información desagregada por género, por lo que no se puede medir el efecto que las medidas del Poder Ejecutivo han generado en las mujeres; sería importante que esta información contenga una variable de género.

En resumen, las políticas diseñadas y ejecutadas por el Poder ejecutivo no han logrado uno de los objetivos principales: contener la pérdida de empleos y, con ello, contener la caída de la demanda orientando las medidas a generar incentivos para estos fines (claros objetivos desperdiciados a través de Reactiva Perú).

Estos objetivos (evitar los despidos y con ellos la pérdida de ingresos de los trabajadores sosteniendo en la mayor medida posible la demanda) son prioritarios en el contexto de la pandemia, así economistas como Stiglitz y Rashid sostienen:

“Una idea que funcionó en varios países es ayudar a las empresas a pagar salarios y afrontar otros costos, en proporción a los ingresos perdidos, con la condición de que no despidan trabajadores. En Estados Unidos, la legisladora Pramila Jayapal, integrante de la Cámara de Representantes por el estado de Washington, propuso una ley de estas características, lo mismo que diversos senadores. Los programas de estímulo mal diseñados no sólo son ineficaces, sino que pueden ser peligrosos. Políticas erradas pueden aumentar la desigualdad, sembrar la inestabilidad y debilitar el apoyo político a los gobiernos justo cuando se lo necesita para evitar que la economía caiga en una recesión prolongada. Felizmente hay alternativas, pero todavía no es seguro que los gobiernos las adopten.”³⁷

37 STIGLITZ, Joseph E. y RASHID, Hamid. Un estímulo económico que funcione. En: <https://www.project-syndicate.org/commentary/stimulus-policies-must-benefit-real-economy-not-financial-speculation-by-joseph-e-stiglitz-and-hamid-rashid-2020-06/spanish>

8. El caso de los trabajadores de reparto a domicilio (delivery), las políticas de formalización laboral y los déficits de control y fiscalización estatal: un ejemplo de cómo no hacer las cosas.-

El fenómeno del trabajo realizado por los trabajadores del delivery o reparto a domicilio, es uno que se enmarca en un fenómeno más amplio a nivel global que se ha denominado como “la economía de plataformas”:

“La economía de plataformas engloba una gran variedad de actividades económicas y sociales que son facilitadas por plataformas digitales que intermedian entre los agentes. Uno de los principales aportes que ofrece es su enorme potencial para reducir costos de coordinación y transacción, a la vez que reducen la asimetría informativa entre los distintos individuos involucrados en dicha preocupación. El uso de estas herramientas facilita cambios en la organización de las cadenas de valor; en los modelos de gestión de las organizaciones y, en consecuencia, en la organización del trabajo, virando hacia esquemas que se denominan de “plataformización” de las empresas y consecuentemente del trabajo (Kilpi, E. 2016).”³⁸³⁹

No tendría por qué existir una oposición entre economía de plataformas y las formas de trabajo que se insertan en ellas y el trabajo decente. Si la economía de plataformas y el trabajo decente no se oponen, aquella no tendría por qué ser vista como un escenario propicio para promover -o al menos tolerar- el fraude de ley. En todo caso, el trabajo y su desarrollo histórico no ha sido ajeno -como al fin y al cabo el derecho en general no la ha sido- al fenómeno del fraude de ley como ilícito atípico.

En una economía globalizada, este fenómeno no tardó en globalizarse y difundirse a nivel mundial siguiendo un patrón común: el encubrimiento de relaciones asalariadas a través de una aparente autonomía en la prestación de los servicios personales de los trabajadores y la necesidad de armonizar esta forma de trabajo con el respecto a las instituciones y garantías del trabajo, en especial, del trabajo asalariado.

Siendo descriptivos, el fenómeno se extendió mundialmente con la intención de sustraer del trabajo asalariado al considerable grupo de trabajadores de reparto a domicilio -entre ellos trabajadores migrantes en situación de vulnerabilidad- quienes prestan servicios en esta actividad y cuyo número es

38 Madariaga, J., Buenadicha, C., Molina, E. y Ernst, C. (2019). Economía de plataformas y empleo ¿Cómo es trabajar para una aplicación en Argentina? CIPPEC-BID - OIT. Buenos Aires, 2019, página 14

39 La «economía de plataformas» surgió a principios de la década de 2000 en paralelo a la expansión de Internet, ofreciendo oportunidades para la producción y la prestación de una variedad de servicios que se proporcionaban a través de mercados (plataformas) en línea. Las plataformas digitales de trabajo adoptan formas diversas, aunque es útil distinguir entre el trabajo colaborativo («crowdwork») y el trabajo a pedido a través de aplicaciones («work on demand via apps») (De Stefano, 2016). El trabajo colaborativo se refiere habitualmente a actividades o servicios que se realizan en línea, independientemente de la ubicación. Si bien algunos de estos trabajos implican trasvasar el trabajo de la economía fuera de línea a la economía en línea, en otros casos se trata de tareas nuevas necesarias para el buen funcionamiento de las industrias basadas en la web, como la moderación de contenidos en las redes sociales, la catalogación de productos en línea o la transcripción de videos de YouTube. El trabajo a pedido a través de aplicaciones se refiere a actividades físicas o servicios que se realizan localmente. Entre las actividades más habituales de este tipo se encuentran el transporte y la entrega de productos y los servicios a domicilio. En estos casos se usan aplicaciones para conectar la demanda con el suministro de mano de obra, generalmente dentro de una zona geográfica delimitada.” En: Nota Informativa preparada para la segunda reunión de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Grupo 3: tecnología al servicio del desarrollo social, ambiental y económico. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. En: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_618370.pdf

difícil determinar en tanto se traslapan dentro de la categoría estadística de trabajadores “autónomos”. Esta actividad en el contexto de la pandemia y de la inmovilización social o al menos de la disminución del tránsito de personas como respuesta de los países para contener la propagación del virus, devino casi en una actividad de carácter esencial.

La respuesta de los estados en muchos casos fue decisiva: el caso de España es uno de ellos, por poner solo un ejemplo. A través del ejercicio de la potestad sancionadora estatal -ya sea de los sistemas de seguridad social que cubren dentro de su ámbito subjetivo al trabajo asalariado o a través de la inspección del trabajo- el estado decidió develar y atacar el fraude de ley⁴⁰ acudiendo a los tribunales (la justicia ordinaria laboral) para que califiquen la relación como una de naturaleza subordinada.

La situación no fue muy distinta en otros países –inclusive algunos latinoamericanos como Argentina–, donde la batalla contra el fraude de ley se trasladó al lugar donde mejor se pueden librar estas batallas: el ámbito de la justicia⁴¹.

En nuestro país, el fenómeno no es ajeno, no obstante la Inspección de Trabajo no ha usado todas las herramientas jurídicas con las que cuenta, así por ejemplo, la presunción de laboralidad de la Nueva Ley Procesal del trabajo no ha sido usada por la inspección según se ha dicho por tratarse de una presunción contenida en una norma que regula el proceso laboral, argumento que consideramos erróneo e incoherente con los deberes del estado de combatir el fraude de ley (recordemos que la Constitución no ampara el abuso de derecho, de lo que se infiere que no ampara ningún ilícito atípico).

De otro lado, entender que las presunciones procesales sólo pueden ser utilizadas en el ámbito del proceso laboral es como, por ejemplo, afirmar que la presunción de despido nulo discriminatorio por embarazo contenida en el artículo 29 literal e) del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728 no podría ser usada por la inspección del trabajo. Desde la Autoridad Administrativa de Trabajo tampoco se hizo mucho para tratar de afrontar con decisión el combate al fraude de ley en general y, en particular, el que se presenta en esta actividad. Tampoco se aprovecharon los espacios institucionales de diálogo social para analizar esta problemática y plantear soluciones consensuadas con empresas y trabajadores.

A través de la Resolución Ministerial N° 272-2019-TR, se creó el grupo de trabajo de naturaleza temporal con el objeto de analizar la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales y plantear recomendaciones sobre la misma. Dicho grupo de trabajo estuvo conformado por funcionarios del MTPE, su trabajo culminó a principios del año 2020, aunque explícitamente el grupo no concluyó señalando que se trata de una relación de trabajo,

40 “La larga lucha entre la Seguridad Social y las plataformas digitales de reparto vive una jornada crucial. Un juzgado de lo Social de Madrid ha dado la razón al Gobierno frente a Deliveroo en el macroproceso celebrado en mayo al considerar que los más de 500 repartidores de esta compañía, los conocidos como *riders* y que habitualmente entregan los pedidos en bicicleta, son asalariados, y no autónomos, como defiende la empresa. El fallo puede ser recurrido ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.” En: https://elpais.com/economia/2019/07/23/actualidad/1563869784_655574.html. También encontramos el caso seguido contra ROOFOODS SPAIN SL en el que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sección N° 1 de lo Social, mediante resolución STSJ M 1/2020 desestimó los recursos de suplicación formulados por ROOFOODS SPAIN SL y por otras personas físicas contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N 19 de Madrid del 22 de julio del 2019, confirmando la sentencia recurrida que califica a los trabajadores de reparto a domicilio como trabajadores subordinados.

41 Se trata, de un “caso difícil”, uno de aquellos que exige una alta carga argumentativa en materia de hechos para construir una inferencia probatoria sólida que permita afirmar, con alto de grado de probabilidad o plausibilidad, la existencia de una relación de trabajo.

implícitamente si se desliza esta conclusión; no obstante, las conclusiones y recomendaciones apuntan en la línea de otorgar un conjunto de derechos de los trabajadores asalariados a los trabajadores del delivery, una suerte de equiparación sin calificar a este tipo de relaciones como laborales sin reconocerlas como tal.

En pleno proceso de reactivación económica progresiva y gradual, mediante Resolución Ministerial N° 063-2020-PRODUCE, se aprobó el Protocolo Sanitario de Operación ante el COVID-19 del Sector Producción para el inicio gradual e incremental de actividades, de la Fase 1 de la “Reanudación de Actividades”, en materia de servicio de entrega a domicilio (delivery) por terceros para las actividades: i) “Restaurantes y afines autorizados para entrega a domicilio y/o recojo en local”, y ii) “Comercio electrónico de bienes para el hogar y afines”.

No se tiene información si el mismo fue aprobado con participación efectiva de los trabajadores de la actividad ni de sus organizaciones, de esta forma, se desaprovechó una oportunidad para elaborar protocolos a través de procedimientos que incluyen de manera necesaria el diálogo social entre los actores (las empresas y los trabajadores).

De otro lado, si acaso existen organizaciones incipientes de trabajadores de esta actividad, se perdió la oportunidad para fortalecerlas y, en todo caso, promoverlas desde su formación hasta su fortalecimiento. Se aprecia la ausencia de un enfoque integrado⁴² multi disciplinario, desde las políticas públicas, que incluye el énfasis en la promoción de la organización de los trabajadores.

Salta a la vista que en ámbito de aplicación del protocolo (publicado como anexo de la resolución) se señale: *“V. AMBITO DE APLICACION El presente protocolo es de aplicación para la vigilancia de salud de los repartidores independientes de las diferentes plataformas digitales o aplicativos de delivery, y las que operan servicios complementarios al mismo.”*, como se aprecia, se califica a los trabajadores del servicio de delivery por aplicativo como autónomos a pesar de que el propio informe del MTPE implícitamente los califica como trabajadores subordinados.

Algunas medidas de prevención fueron establecidas como obligaciones de la empresa operadora del aplicativo -previstas en el numeral 7.2.3 del anexo- tales como desinfección diaria de los maletines y vehículos de transporte que usan los repartidores, medición de temperatura, entrega y verificación de uso de material de protección, entre otros; todo esto se realiza en los denominados “centros de control” de las empresas operadoras. También se establecen en el numeral VIII del Anexo obligaciones de capacitación y sensibilización de los “repartidores independientes” a cargo de las empresas operadoras; así mismo, en el numeral IX se señala:

42 “Un enfoque integrado debería priorizar aspectos como el crecimiento económico con empleo de calidad; la mejora del entorno normativo; la promoción del diálogo social; la organización y representación; el fomento de la igualdad y la lucha contra la discriminación; el apoyo a la iniciativa empresarial; el desarrollo de competencias profesionales y la financiación; la ampliación de la protección social, y el desarrollo económico local. Aun cuando esta aproximación integrada ha estado ausente en la mayor parte de los países, la experiencia de la región muestra que se han utilizado al menos cuatro vías principales para facilitar el tránsito hacia la formalidad –ilustradas en el Esquema 1– y que, si se aplicaran sistemáticamente, podrían contribuir a configurar un enfoque integrado” En: Notas Sobre Formalización. Experiencias recientes de formalización en países de América Latina y el Caribe. Oficina Regional para América Latina y El Caribe. FORLAC. OIT. Página 8.

“9.1. Seguro Privado contra COVID-19 Los repartidores independientes contarán con un seguro privado que los protegerá del COVID-19, otorgando noventa (90) días de cobertura:

a) Renta Hospitalaria por COVID-19: A partir del a partir del cuarto (4) día de hospitalización y hasta un máximo de sesenta (60) días.

b) Indemnización por recuperación: al alta hospitalaria de cuidados intensivos (UCI).

c) Indemnización por fallecimiento, y

d) Orientación médica telefónica las veinticuatro (24) horas.

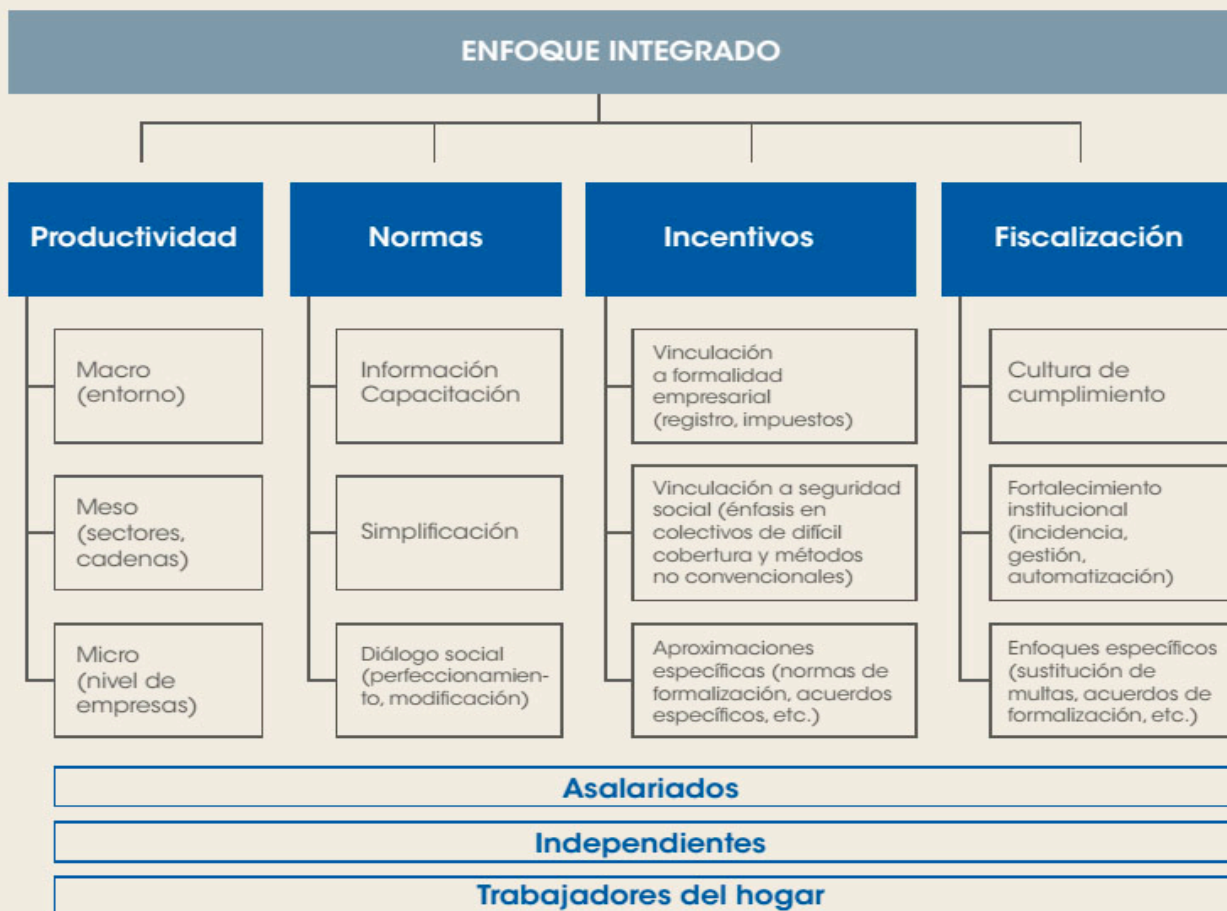
9.2 Fondo Económico Para Repartidores Diagnosticados Con Covid-19
Además del seguro privado contra COVID-19, como industria, creemos que la salud de los Repartidores Independientes es lo más importante, por eso, contaremos con un fondo de asistencia para dar ayuda financiera a quienes se les diagnostique con COVID-19. Este fondo brinda un monto de dinero a los Repartidores Independientes diagnosticados, como soporte durante el tiempo en el que no van a prestar servicios, debido a su recuperación.”

En lo que no se repara es que todas estas medidas no son más que indicios adicionales de las obligaciones propias de un empleador lo que es contradictorio con la calificación de los trabajadores como “repartidores independientes”.

En resumen, en el caso de los trabajadores de plataformas (apps) dedicadas al reparto a domicilio aparecen una serie de deficiencias: la ausencia de una política pública de “apoyo a la transición a la formalidad”, la ausencia de un plan integral de fomento de la formalización laboral, el abandono de los espacios de diálogo social como instrumento relevante y medio para la persuasión en el cumplimiento de las medidas de formalización laboral, la ausencia de un Plan de Inspecciones coherente con las políticas de formalización laboral y la falta de decisión del Estado en formalizar a sectores con alta presencia de fraude a la ley en cuanto a la vigencia de la legislación laboral⁴³.

43 “5. Este documento ha subrayado la precariedad del trabajo informal en sus múltiples facetas. Es crucial reconocer esta situación para cambiarla. Tanto los trabajadores de delivery como quienes se encargan de cuidar a niños y ancianos, los vendedores en los mercados y bodegas de barrio son trabajadores esenciales. Esto debe ser reconocido no solo simbólicamente, sino a través de legislación y protocolos que protejan sus derechos básicos y defiendan su salud. 5. Estos derechos difícilmente podrán hacerse cumplir únicamente desde arriba. Debe asegurarse el compromiso de las empresas y tejer canales de diálogo y denuncias hacia y desde las organizaciones de trabajadores como centrales sindicales y asociaciones informales. La mejor forma de que ellos adopten los protocolos necesarios es incluirlos dentro de los procesos a implementar. 6. Los espacios de negociación y articulación no deben ser solamente nacionales. De hecho, cada esfuerzo debería partir de la necesidad de reforzar las dinámicas económicas locales. Se trata de sostener economías barriales que permitan que las personas no transiten muchos kilómetros para conseguir los diferentes productos que requieren. 7. Debido a la debilidad del tejido social en el país, puede fomentarse la organización de los trabajadores desde las municipalidades. Aunque existen asociaciones de comerciantes o propietarios en la mayoría de mercados, estas experiencias deben multiplicarse, incluyendo a trabajadores de todo tipo. Esto será crucial para comunicar mensajes, supervisar acciones y negociar salidas cuando sea necesario endurecer algunas medidas.” Manky, Omar. Los trabajadores Informales. En: Por una nueva convivencia. La sociedad peruana en tiempos del COVID-19. Escenarios, propuestas de política y acción pública. Grupo temático de ciencias sociales. RM 213-2020-MINSA. Mayo 2020. Páginas 43-44.

Esquema 1. Experiencias de políticas públicas de apoyo a la transición a la formalidad en países de América Latina y el Caribe. Hacia un enfoque integrado



Fuente: Elaboración propia.

El carácter complejo de la situación de la informalidad laboral obliga a una estrategia que distinga entre las diferentes herramientas en manos del Poder ejecutivo para ejecutar esta importante política, el cuadro anterior incluye a una herramienta no menos importante como es la potestad sancionadora estatal, el poder de policía o poder de vigilancia y control estatal del cumplimiento de las normas.

Si bien la situación de la emergencia nacional hacía previsible y hasta obligatorio la disminución de los servicios públicos presenciales lo que dificultaba enormemente la potestad de control del cumplimiento de las normas socio laborales (incluida la potestad sancionadora de la inspección de trabajo frente a casos de absoluta gravedad o incluso la aplicación de medidas como la paralización de labores) de la inspección de trabajo se pudo introducir algunas modificaciones instrumentales en las normas del procedimiento administrativo sancionador para introducir nuevas reglas transitorias que armonizadas con el uso de tecnología permitiera adaptar razonablemente el procedimiento a las exigencias de la coyuntura.

Se perdió de vista el carácter gradual y adaptativo de la potestad estatal de control y sanción, perdiendo de vista uno de los fines relevantes el derecho cual es el ejercicio razonable y proporcional del uso de la fuerza (potestad sancionadora) en sentido amplio con el propósito de encausar la conducta de los

administrados en el cumplimiento de las reglas que orientan sus acciones y determinan sus omisiones de cara a preservar el bien común.

En el contexto de la emergencia sanitaria se dotó de una potestad sancionadora expresa al INS en materia de SST a través del CENSOPAS lo que se vió reforzado con las disposiciones contenidas en la Resolución Ministerial N° 448-2020-PCM⁴⁴. No podemos desconocer que era importante dotar a la Autoridad Nacional de Salud de una potestad sancionadora concreta para llegar a implementar un sistema eficaz, pero esto requería también de un conjunto de acciones complementarias⁴⁵ para su eficaz y real funcionamiento.

No obstante, no debía perderse de vista que el MINSA y el MTPE conforman la cúspide de la rectoría del sistema de SST creado por la Ley N° 27803, de ahí que era necesaria en esta coyuntura especial una coordinación efectiva entre ambas autoridades aprovechando y fortaleciendo la fuerza inspectiva -aunque escasa- y la experiencia desarrollada por la SUNAFIL, de este modo se dejó de lado la necesaria planificación conjunta de aplicaciones concretas de la potestad sancionadora estatal a través de, por ejemplo, inspecciones previamente planificadas por ambos sectores y orientadas a detectar casos de incumplimientos graves de las normas de SST.

9. Conclusiones, recomendaciones y propuestas.-

1. El reglamento del Decreto de Urgencia N° 038-2020 que reguló la suspensión perfecta, trató de enmendar la gruesa omisión de este al no privilegiar el espacio para el diálogo entre el empleador y los trabajadores y sus organizaciones (diálogo colectivo), no obstante, en la práctica la posibilidad de los trabajadores de actuar organizadamente se vio severamente limitada por dos factores claves: la debilidad de las organizaciones

44 Mediante Resolución Ministerial N° 377-2020/MINSA, se delegó en el Instituto Nacional de Salud, a través del Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud (CENSOPAS), la administración del registro del “Plan para la vigilancia, prevención y control del COVID-19 en el trabajo”, en adelante el Plan, en el Sistema Integrado para COVID-19 (SISCOVID-19) del Ministerio de Salud; así como su fiscalización posterior. Posteriormente con la Resolución Ministerial N° 448-2020-MINSA se creó el Registro de Denuncias estableciendo en su artículo 3.1 que: “3.1 El Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud (CENSOPAS) coordina con la Oficina General de Tecnologías de la Información del Ministerio de Salud para la creación de un aplicativo informático para el registro de denuncias, a través del cual los trabajadores pueden comunicar: a) La existencia de información falsa o no auténtica vinculada a la seguridad y salud en el trabajo en el Plan o que la misma no esté conforme con los “Lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19”, lo que es tomado en cuenta para efectos de la fiscalización posterior. b) Cualquier otra información que consideren que, en el marco del Estado de Emergencia Sanitaria a causa de la pandemia por COVID-19, exponga su vida o salud, a causa del trabajo. 3.2 Este registro debe ser accesible a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), la Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD), a los Sectores y a los gobiernos locales, según corresponda, para que, en el marco de sus competencias, brinden la atención que corresponda”. Mientras que en su artículo 4 se precisó: “Artículo 4.- Deber de respuesta ante la autoridad administrativa de salud. 4.1 El Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud (CENSOPAS) remite sus requerimientos de información a: a) Las personas que estén autorizadas para el reinicio de actividades o las que han seguido laborando, al correo electrónico registrado en el Plan. b) Los profesionales de la Salud del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, al correo electrónico registrado en el Plan. c) Los representantes del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo al correo electrónico registrado en el Plan. 4.2 Los requeridos están obligados a responder dichos requerimientos en el plazo otorgado por CENSOPAS.”

45 Implementar un servicio público inspectivo eficaz conlleva la decisión de financiar adecuadamente con el presupuesto público un conjunto de costos ya sean administrativos, de aprendizaje y de recursos humanos.

sindicales expresada en una diminuta tasa de afiliación sindical (de apenas el 6% de los trabajadores formales) y la inmovilización social obligatoria.

A esto cabe añadir que en el escenario inmediato anterior al de la pandemia, en el mercado de trabajo formal predominaba el contrato de trabajo a plazo fijo (las tres cuartas partes de los trabajadores formales son temporales), de ahí que la debilidad en el poder de negociación individual (del trabajador o la trabajadora individualmente considerado) se acentúa.

Incluso en el caso de los trabajadores vulnerables existe una marcada preferencia por los acuerdos colectivos con los representantes de los trabajadores o con las organizaciones de trabajadores existentes en el ámbito obedecen a razones de orden constitucional que guardan relación con las garantías para el ejercicio de la libertad sindical y la preferencia por el uso de la negociación que reconoce nuestra Constitución y los convenios OIT ratificados por nuestro país y el necesario equilibrio que se debe buscar alcanzar entre las partes del contrato de trabajo.

Medidas:

En lo colectivo se plantea la aprobación del Plan Nacional de Promoción de la libertad sindical y la revisión de las reglas contenidas en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que desincentivan la organización colectiva supra empresarial o por rama de actividad, flexibilizar los requisitos de registro de organizaciones, la revisión de las modalidades de huelga y en general la coherencia que debe existir entre las obligaciones internacionales y la directriz de fomento de la negociación colectiva. En lo individual presentar una propuesta de reforma de la contratación temporal garantizando un equilibrio entre la promoción de empleo a plazo indefinido y la contratación temporal respetuosa del principio de causalidad, ello forma parte de la revisión necesaria y sistémica de las instituciones del derecho individual y colectivo e incluso abarcar los sistemas de protección social.

2. El Decreto de Urgencia que regula la suspensión perfecta no exime al empleador de justificar la medida y es que todo acto de privados dentro del Estado Constitucional de Derecho se debe enmarcar dentro de los citados principios y no debe ser arbitrario –esto es, injustificado-.

No bastaba que el empleador justifique la medida en la imposibilidad de no poder implementar el trabajo remoto o aplicar la licencia con goce de haber por la naturaleza de sus actividades sino que, necesariamente, dicha imposibilidad se debe relacionar con una afectación económica de tal gravedad que haga imposible adoptar otras medidas alternativas.

No hay que perder de vista que las normas especiales expedidas dentro del estado de emergencia (como se puede apreciar del propio texto del Decreto de Urgencia N° 026-2020) responden a la finalidad de preservar en la mayor medida posible el empleo manteniendo la remuneración de los trabajadores en la mayor medida posible para no afectar la demanda interna ni perjudicar extremadamente la cadena de pagos y el consumo, asumiendo en este escenario los trabajadores y los empleadores sacrificios proporcionales.

3. En coherencia con el fin constitucionalmente válido de preservar en la mayor medida posible los puestos de trabajo, sin hacer recaer los costos de las medidas para tal fin desproporcionadamente en las empresas y los trabajadores; no era razonable, por ejemplo, que una empresa que ha distribuido utilidades entre sus accionistas o que registre estados financieros saludables pretenda justificar una medida de suspensión perfecta usando como único argumento el hecho de que no puede implementar el trabajo remoto o aplicar la licencia con goce de haber por la naturaleza de sus actividades, hecho que por sí mismo aparece como una razón débil, situación objetiva que de por sí afecta a todos los empleadores y a casi todas las empresas de diversas actividades económicas en mayor o menor medida.

Medidas:

Revisar la suspensión perfecta, privilegiar una política de promoción del acceso al empleo a plazo indefinido con incentivos tributarios (subsidio parcial de las contribuciones a la seguridad social y posibilidad de reducir del impuesto a la renta los gastos por capacitación y/o certificación de trabajadores), la revisión de la política tributaria general para financiar incentivos al empleo a plazo indefinido debe estar articulada con un Plan Nacional de Formalización Laboral que integre a la SUNAFIL, y la SUNAT.

4. Posteriormente, con la entrada en vigencia de las normas reglamentarias del decreto de urgencia se pretendió corregir algunos problemas introduciéndose cambios de discutible legalidad.

El artículo 3 del Decreto Supremo N° 011-2020-TR definió los denominados “niveles de afectación económica” que una empresa debía acreditar en función a dos factores que son: las ventas registradas y las remuneraciones pagadas a los trabajadores. Las reglas del decreto supremo toman como referencia el mes previo al que se solicita la suspensión en relación al mismo mes de hace un año con la posibilidad de que si en el mes previo al que se presenta la solicitud las ventas son “0” pues la medida procede sin mayor justificación.

El parámetro de comparación en el tiempo demostraba una visión limitada y estática de esta medida: es limitada pues se compara la situación de tan solo un mes, cuando debería exigirse el resultado final de la actividad dentro de un periodo mayor pues las ventas de un mes no determinan necesariamente la capacidad económica y financiera de una empresa; de otro lado, es estática pues no se solicitan proyecciones de las actividades a futuro, por ejemplo, no es lo mismo el turismo que los servicios financieros (unos se recuperarán más lentamente que otros),

La equidad de las medidas se vió seriamente dañada: otorgar subsidios a quienes no lo necesitan u otorgarlos en la misma medida a quienes están en situaciones objetivamente diferentes resienten este principio.

Finalmente, la medida aparece como incoherente (en términos valorativos) con otras medidas como, por ejemplo, el acceso al programa denominado Reactiva Perú. Una empresa podía acogerse a este programa, acceder a un préstamo con una tasa de interés bajísima, po-

dría hasta pertenecer a un conglomerado económico saludable y financieramente próspero, e incluso pudo haber recibido el subsidio parcial de las remuneraciones de sus trabajadores -al menos de algunos de ellos- y aún así pudo acogerse a la suspensión perfecta, evidentemente la política implementada resultaba incoherente e inequitativa.

5. Posteriormente se introdujeron otros cambios normativos. Así se estableció que en el caso en que los empleadores decidan iniciar el procedimiento de suspensión perfecta por haber registrado ventas iguales a 0 en el mes previo a la adopción de dicha medida, es facultativa -es decir ya no es obligatoria- la adopción de las medidas alternativas previstas en el numeral 3.1; por ello, ya no es obligatorio que el empleador analice junto con sus trabajadores u organizaciones adoptar medidas menos graves ni que se materialice un importante espacio de diálogo social ni de negociación colectiva genuinos.

La regulación introducida presume, sin justificación alguna, que las empresas de hasta cien trabajadores que no registraron ventas en el mes previo a la presentación de la solicitud de suspensión perfecta, están en una situación económico financiera de tal magnitud que *necesariamente* deben acudir a esta medida prescindiendo del análisis de cualquier otra medida menos grave para los trabajadores -únicamente por dos factores que son el número de trabajadores y el registro de ventas iguales a “cero”- y asumiendo que la única y necesaria medida que pueden adoptar es la suspensión perfecta de los vínculos, accediendo el trabajador al subsidio estatal de S/. 760 por máximo tres meses.

También hay un elemento no menos importante de análisis desde la perspectiva del trabajador: el otorgamiento de subsidios por situaciones de pérdida de ingresos (de remuneración propiamente) desprovisto de criterios de equidad y solidaridad. Así, no es lo mismo otorgar un subsidio de casi un tercio de la remuneración mensual a una persona con hijos que una persona sin carga familiar, como tampoco es lo mismos otorgarlo en la misma cantidad a una mujer con carga familiar que un hombre sin carga familiar.

Medidas:

Se debe revisar los mecanismos de protección social frente a contingencias como la pérdida temporal del empleo sea por caso fortuito o por motivos temporales de fuerza mayor, se debe fortalecer la visión sistémica de la protección de la salud junto con la protección del salario del trabajador integrándolo al seguro por desempleo, todo ello a cargo de un Organismo Público Especializado que gestione los fondos de protección del salario, los programas e protección de grupos vulnerables, una eventual renta universal, se debe recuperar la visión sistémica de la seguridad social como derecho universal de cobertura de riesgos para asalariados y no asalariados. El crecimiento del mercado formal fortalecerá enormemente el financiamiento contributivo de la seguridad social la que debe verse fortalecida con un aporte estatal financiado por impuestos, de ahí la necesidad de una reforma tributaria integral. La posibilidad de crear un gran fondo público contributivo, semi contributivo y subsidiado que integre contribuciones e impuestos reduciría costos en la gestión y recuperaría la lógica sistemática de protección social.

6. Un aspecto no menos importante contenido en el Decreto de Urgencia N° 038-2020, pasó casi desapercibido: el recurso al silencio administrativo positivo para la aprobación de la solicitud de suspensión perfecta que están habilitados a presentar los empleadores privados –y las empresas del Estado- durante la situación de emergencia nacional declarada con motivo de la pandemia del virus que genera el COVID-19.

El decreto de urgencia comentado y su reglamento se apartan de las reglas del procedimiento administrativo general sin que se ofrezcan mejores razones para regular un procedimiento en el que se prescinde de las garantías que mejor ofrece el procedimiento trilateral -por ser el más idóneo para los derechos en conflicto-, introduciendo un trato discriminatorio en perjuicio de los trabajadores quienes cuando ven amenazados su derecho al trabajo y a una remuneración digna quedan sometidos a un procedimiento administrativo desprovistos de las garantías que el procedimiento trilateral ofrece -como vía idónea- para resolver un conflicto con su empleador donde se supone deben prevalecer las mejores razones que ofrezca cualquiera de las dos partes en el involucradas. Si acaso la situación de urgencia aconsejaba a tener un procedimiento más célere, en todo caso, ello no debió hacerse resintiéndolo gravemente otros valores (principios).

Medidas:

se requiere una revisión en materia individual de trabajo de los procedimientos de extinción colectiva de los vínculos así como de la posibilidad de introducir esquemas de regulación temporal del volumen de empleo sin afectar desproporcionadamente la estabilidad y garantizando la participación colectiva efectiva de los trabajadores a través de una representación obligatoria de sus intereses.

7. La Pandemia develó la ausencia de un sistema de protección social articulado, tanto para trabajadores autónomos como para los asalariados formales e informales. Lo expuesto nos permite concluir que el sistema actual de protección contra el desempleo basado en la capitalización individual (CTS) adolece de problemas estructurales. Esto merece evaluar una reforma integral del régimen normativo actual, explorando la posibilidad, entre otras, de implantar mecanismos basados en la distribución social del riesgo frente al desempleo, esquema que permitiría mejorar la baja protección de la que adolecen aquellos mecanismos basados en el ahorro por su fuerte dosis de responsabilidad individual.

No hay que perder de vista que la adecuada protección contra el desempleo es un componente del derecho a la seguridad social (mandato constitucional) y es una institución fundamental en los mercados de trabajo.

Las consecuencias económicas de la paralización de la actividad económica son finalmente como vemos, asumidas por el trabajador. Esto se refleja en el retiro que puede hacer un sector de los trabajadores del fondo de su CTS y de su cuenta individual de capitalización de la AFP, fondos económicos que en realidad deben ser destinados a la seguridad social y protección frente al riesgo social en el futuro. La equidad, nuevamente, estuvo puesta en entredicho.

La revisión de este tema en particular se conecta con los mecanismos de protección de contingencias de la seguridad social en general bajo una visión sistémica de la protección de la mismas a través de una “garantía institucional”. Su articulación con programas más amplios de cobertura de la población sin trabajo asalariado y que no supera un mínimo de ingresos es también una decisión que abona al desarrollo de un sistema institucionalizado, coordinado y coherente de protección social. Un sistema de renta universal también sería un componente de este gran sistema de protección social.

Medidas:

Es importantes que las Centrales Sindicales presenten, luego de un abreve revisión , la propuesta de reforma de la seguridad social en salud y pensiones.

8. Con la publicación de la Resolución Ministerial N° 448-2020-MINSA se introdujeron nuevamente modificaciones sustanciales en el texto de la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA, entre ellas se realizó la última modificación a la definición de grupo de riesgo.

La regla general sería la preferencia por el trabajo remoto de los trabajadores y trabajadoras definidos como grupo de riesgo, y se entiende que para el regreso o reincorporación del trabajador en situación de riesgo el examen médico ocupacional será determinante, no obstante, de manera contradictoria se introduce una regla que permite a la “autonomía de la voluntad” ejercer un rol decisivo en el regreso o reincorporación al trabajo de un trabajador perteneciente a un grupo de riesgo.

Un primer problema en relación a este grupo de trabajadores, se presenta con la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 083-2020-PCM, concretamente el artículo 8.1, el que presenta serios problemas de incoherencia con lo dispuesto en la constitución -y además con el decreto legislativo que protege a las personas con discapacidad (Decreto Legislativo N° 1468), incluyendo en ellas a los grupos vulnerables o grupos de riesgo.

La protección de las personas que conforman un grupo vulnerable o grupo de riesgo, según lo dispuesto en el artículo 8.1 del decreto supremo, se realiza a través de una regla que limita en la mayor medida de lo posible su libertad de desplazamiento, configurándose una regla de prohibición cuya finalidad es proteger la salud y la vida del grupo vulnerable. De esta forma, se prohíbe que las personas que conforman el grupo vulnerable, salgan de sus domicilios, salvo en casos de atención médica o en emergencias, priorizando su prestación de servicios bajo la modalidad de trabajo remoto.

Los grupos vulnerables, como sujetos de especial protección, gozan de una garantía reforzada de ahí que no sea razonable recurrir a mecanismos –contrarios a la Constitución por cierto- de transferencia del riesgo de una actividad más aún en un contexto de pandemia.

Sobre las continuas variaciones del entorno regulatorio en aspectos técnico médicos (o de la práctica médica), es una garantía de los trabajadores en especial y de los ciudadanos en general, el acceso a la información de carácter público, de esta forma, las razones médicas

(clínicas) tenidas en cuenta para la modificación del grupo de riesgo (y contenidas en los informes técnicos que dan sustento a las citadas normas), deberían hacerse públicas y explícitas, no obstante dicha información está cubierta por la garantía constitucional de acceso a la información de carácter público (y puede ser solicitada por cualquier ciudadano, derecho garantizado por el proceso constitucional de habeas data).

Medidas:

Revisión de las medidas dictadas en materia de Seguridad y Salud en el trabajo, promover, a partir del modelo de reforma de la seguridad social y los riesgos del trabajo y su protección universal propuesto por la Centrales Sindicales.

9. En la regulación del trabajo remoto, no se estableció ninguna regla que disponga, de manera equitativa a diferencia de lo previsto en la ley de teletrabajo, que el empleador asuma el costo de las condiciones de trabajo que hacen posible el trabajo remoto o a distancia. Como se aprecia, la regla introducida por el decreto de urgencia que regula el trabajo remoto durante la emergencia sanitaria, alteró un elemento esencial en el contrato de trabajo cual es que el empleador asuma el costo de las condiciones de trabajo, trasladándose en plena emergencia sanitaria al trabajador.

La medida dictada también encuentra serios problemas de implementación, así según datos del INEI, al año 2018 a nivel nacional solo el 52,5% de la población de seis y más años de edad tuvo acceso a internet, siendo que en Lima Metropolitana el porcentaje es de 72,6% mientras que en el resto del país es de 42,9%, es decir solo en Lima metropolitana un tercio de la población no tiene acceso a internet.

La irrupción de las nuevas tecnologías de la información en el mundo del trabajo, como todo proceso de cambio, genera oportunidades y desafíos de los que ya se ha dado cuenta en diversas investigaciones a nivel mundial. La tensión entre la privacidad y el tiempo de trabajo obliga a una mejor regulación de los derechos de los teletrabajadores en este contexto ha surgido en el debate el derecho a la “desconexión digital”.

Se menciona como oportunidades que generan las NTICs la posible reducción de algunos riesgos psicosociales pero a su vez el surgimiento de otros (tecnoestrés, adicción a la tecnología y sobrecarga de trabajo) preservando un equilibrio entre la vida laboral y la personal, el incremento de los riesgos para la privacidad, mayores riesgos ergonómicos (trabajo sedentario, incremento de uso de dispositivos móviles, trastornos musculoesqueléticos, fatiga visual, obesidad, cardiopatías), la exposición a nuevos riesgos entre otros.

No menos importante es el efecto negativo que el teletrabajo ha venido ejerciendo en el ámbito de las mujeres en el mercado de trabajo, sus efectos perjudiciales tanto a nivel de la privacidad, como en el tiempo de trabajo excesivo (sobre carga laboral) derivado de las responsabilidades que asumen en el ámbito del hogar (tareas propias del hogar, cuidado de los hijos menores muchas veces no compartido y en muchos casos labores de cuidado de otras personas) merecen una revisión en este aspecto. La Administración del Trabajo debería desarrollar una línea de investigación sobre estos temas que inciden directamente en la seguridad y salud en el trabajo y en los sistemas de protección en salud y sus costos.

Desde el Estado se debería incentivar la investigación de estos temas tan importante que superan un visión meramente economicista del valor del trabajo en nuestra sociedad.

Medidas:

Armonizar y lograr una protección coherente del trabajo remoto con el teletrabajo sin afectar desproporcionadamente derechos básicos de toda regulación del contrato de trabajo garantizando elementos como el principio de la ajenidad en los riesgos (asumir costos de conexión por ejemplo) así como el derecho a la desconexión que armonice el trabajo con la vida privada y familiar. Las políticas de mitigación y prevención de los riesgos del trabajo deben abarcar esta nuevas formas de trabajo a distancia y prestar mucha atención a los riesgos del trabajo vinculados directamente a esta forma de trabajo.

10. La protección de la SST adopta un rol fundamental en el proceso gradual de reactivación económica que concilie salud y mejora de la economía. Una primera medida urgente para fortalecer los espacios de participación de trabajadores y empleadores en materia de SST, podría ser la creación de una instancia intermedia entre el CSST y los supervisores de SST -que representan la participación de los trabajadores en el nivel de las empresas- y las instancias mayores de decisión de la política de SST -expresada en el Consejo Nacional de SST como instancia máxima de concertación de materia de seguridad y salud en el trabajo- y los consejos regionales de SST.

Es importante establecer una instancia que tenga un enfoque sectorial o de actividad (nos referimos a la actividad económica) que en este caso se conectaba con la elaboración y aprobación de los Protocolos Sanitarios que se venían aprobando en materia de SST para el retorno progresivo de las actividades económicas al amparo de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM. Lamentablemente a través de una modificación posterior, el Decreto Supremo N° 101-2020-PCM estableció que los protocolos sanitarios sectoriales dejaban de ser obligatorios perdiéndose la posibilidad de mantener este ámbito sectorial de regulación en materia de SST.

Medidas:

Modificar la LSST creando un comité de seguridad y salud en el trabajo sectorial o por rama de actividad, con participación de las organizaciones sindicales de nivel superior de la rama de actividad o en su defecto con representantes de los trabajadores por rama de actividad. La representación de los empleadores y trabajadores en los comités debe garantizar la equidad de género.

11. Hay deficiencia de fuentes de información sobre los alcances de los contagios en el ámbito del trabajo asalariado y, en particular, en las actividades esenciales. El artículo 24 del Decreto de Urgencia N° 026-2020, norma que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional, autorizó excepcionalmente al Seguro Social de Salud - EsSalud a otorgar a los trabajadores el subsidio por incapacidad temporal para el trabajo siempre que su remuneración mensual

sea de hasta S/ 2 400 soles y que hayan sido diagnosticados con COVID-19 confirmado con hisopado positivo o el procedimiento que determine la autoridad nacional de salud.

No obstante, en la línea de identificar fuentes de información para fortalecer el sistema de SST, no hay que perder de vista que Essalud, a partir del otorgamiento del subsidio especial, tiene un registro que debería ser compartido con el MINSa (o específicamente con el INS) a través del cual se puede acceder a información amplia sobre los trabajadores con COVID-19, la actividad económica y el empleador para el que laboran. Ello, junto con el acceso a la planilla electrónica fortalecería la capacidad del MINSa y el INS de obtener información específica sobre los focos de contagios por actividad económica, el número de trabajadores y empleadores comprendidos en ellas y mejorar así el sistema de SST. Ello también permitiría una mejor focalización de la actividad inspectiva a cargo de la SUNAFIL.

12. La difusión de la extensa normativa de carácter técnico y de suma relevancia por su estrecha vinculación con el deber de prevención requiere de mejores instrumentos para su difusión más aún en un contexto donde proliferan los accidentes de trabajo, el contagio de trabajadores y un sin número de medidas arbitrarias que se verifican en desmedro de la seguridad y salud de estos. En este caso, la sistematización y alojamiento de la profusa y variable normativa expedida en este contexto en un repositorio único que la sistematice no solo permitirá el acceso público a la misma si no una adecuada retroalimentación y seguimiento de la Autoridad de Salud y la Autoridad de Trabajo a nivel nacional.
13. Los entes rectores en SST deben fortalecer su potestad normativa sectorial a través de la emisión de directivas que permitan llenar vacíos a través de criterios interpretativos de las complejas reglas expedidas durante la emergencia nacional, coordinando con otros sectores competentes como el MTPE o PRODUCE para el ejercicio de esta importante potestad. Ello permitiría aclarar y facilitar la aplicación de las reglas expedidas en diversos ámbitos.
14. De otro lado, sería importante difundir ampliamente la vigencia en nuestro ordenamiento jurídico el “derecho de resistencia” previsto en la Decisión N° 584, el cual permite la interrupción de labores frente a peligros inminentes y graves que puedan afectar la salud o la vida del trabajador u otros trabajadores conforme a lo establecido, también, por el Convenio 155.

Es importante también establecer una modificación a las reglas del SCTR para permitir que sea el propio trabajador quién reporte un accidente o enfermedad ocupacional activando el sistema a cargo de las entidades que participan en las prestaciones de salud y económicas involucradas en el SCTR.

15. En resumen, las políticas diseñadas y ejecutadas por el Poder ejecutivo no han logrado uno de los objetivos principales: contener la pérdida de empleos y, con ello, contener la caída de la demanda orientando las medidas a generar incentivos para estos fines (claros objetivos desperdiciados a través de Reactiva Perú).

Estos objetivos (evitar los despidos y con ellos la pérdida de ingresos de los trabajadores sosteniendo en la mayor medida posible la demanda) son prioritarios en el contexto de la pandemia.

