REVISTA **DERECHO DEL TRABAJO**

Revista especializada en Derecho del Trabajo y Seguridad Social

	PUBLICACIÓN TRIMESTRAL
•••••	
	DIRECTOR
•••••	MARIO GARMENDIA ARIGÓN
• • • • • • • • • • • • • • • • • • • •	
	COORDINADORES
	 ETICIA IGLESIAS y RODRIGO VÁZQUEZ

AÑO VIII / NÚMERO 28 / 2020



Tema propuesto: Suspensión de la relación de trabajo por causa de la pandemia: respuestas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

La suspensión perfecta de labores como consecuencia de la pandemia del COVID-19 en el Perú: ¿flexibilidad laboral en la emergencia?

PARECER DE GUILLERMO BOZA PRÓ* Y LUIS MENDOZA LEGOAS**

Resumen: En Perú, el debate laboral a propósito de la declaratoria de emergencia sanitaria desatada por el COVID-19 ha generado un intenso debate respecto de la regulación especial dada a la figura de la suspensión perfecta de labores. ¿Es esta una medida realmente excepcional o de última ratio? ¿Qué tan restringida está la posibilidad de que se aplique antes alguna medida alternativa menos gravosa? ¿Dichas medidas preferentes las puede imponer unilateralmente el empleador o deben ser negociadas y acordadas por las partes? Estas son algunas preguntas que buscan ser respondidas por los autores en el presente artículo, a partir de las normas decretadas en el Perú sobre suspensión de labores en el contexto de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Palabras claves: Perú - suspensión de labores - silencio administrativo positivo - unilateralismo - libertad sindical - negociación colectiva - proporcionalidad - razonabilidad - COVID-19.

Sumario: 1. Una figura añeja que recobra actualidad. - 2. Los problemas de las reglas de emergencia sobre suspensión perfecta de labores. - 3. Deberes de información y negociación. - 4. ¿Protección de la Libertad Sindical? - 5. Falta de gradación de las medidas que pueden adoptarse para mantener el vínculo laboral y la percepción de remuneraciones: aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

1. Una figura añeja que recobra actualidad

Una institución clásica del Derecho del Trabajo es la suspensión perfecta de labores. Si en el escenario ordinario del contrato de trabajo, el trabajador presta un servicio bajo la dirección de su contraparte a cambio de la remuneración, cuyo pago es debido por la naturaleza sinalagmática del contrato; en supuestos extraordinarios, la ejecución de las prestaciones recíprocas de los sujetos de la relación laboral puede quedar suspendida por la ocurrencia de hechos que ameriten tal interrupción y consecuente afectación de la *continuidad* característica del contrato de trabajo, como son los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor.

En Perú, el recurso a la figura de la suspensión perfecta de labores en situaciones excep-

^{*}Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

^{**}Profesor contratado de la Pontificia Universidad Católica del Perú

cionales está regulado en el artículo 15 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), condicionándose a la invocación de una causa extraordinaria, imprevisible y, fundamentalmente, irresistible, que justifique esta operación ciertamente traumática sobre el contrato de trabajo. Es discutible si la pandemia que venimos atravesando califica o no como un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor. El Código Civil peruano unifica ambos conceptos y los define como "la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso" (artículo 1315). En esa medida, están en entredicho el carácter imprevisible e irresistible de la situación que nos aqueja, si como es conocido ya desde hace algún tiempo varios científicos habían alertado de la posibilidad de un virus de la naturaleza del COVID-19, y la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha señalado que muchos Estados no han actuado con la oportunidad y diligencia debidas. Podría decirse también que, por el principio de ajenidad de los riesgos, propio de la relación laboral, el riesgo del trabajo o las pérdidas que este pueda suponer no los asume el trabajador sino el empleador. Pero el virus ha llegado, se ha instalado y nos acompañará por algún tiempo, forzando al Gobierno nacional a decretar la emergencia sanitaria y el aislamiento social obligatorio, con la consecuente paralización de las actividades de la mayor de las empresas en nuestro país, aunque no afectando a todas por igual.

En atención a esta realidad, la figura de la suspensión perfecta de labores ha sido flexibilizada por el Gobierno, sumándose una modalidad especial (que prescinde de la referencia a un hecho fortuito), provisional (sus efectos se extienden durante la duración del Estado de Emergencia originado por la pandemia del *COVID-19*, actualmente fijado hasta el 9 de julio de 2020) y apro-

bada nuevamente sin hacerse uso del diálogo social. No es suficiente que el Decreto de Urgencia N° 038-2020 (DU 038), que regula esta modalidad de suspensión de labores, señale que pueden adoptarse medidas tendientes a mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, cuando al mismo tiempo se facilita la interrupción perfecta de labores. Se señala también, con carácter general, que debe privilegiarse el acuerdo con los trabajadores, pero no se habilita un procedimiento de negociación con los trabajadores o sus representantes, a fin de explorar medidas menos gravosas y de viabilizar los acuerdos. Bajo una causa ambiguamente descrita como la imposibilidad de acudir a medidas alternativas "por la naturaleza de las actividades o por el nivel de afectación económica" resultante de la pandemia, se autoriza a los empleadores a activar la suspensión de los contratos de trabajo. La causa, entonces, se refiere a un especial daño o perjuicio económico y no a cualquier pérdida económica que, como es obvio, será generalizada y tendría que ser absorbida de forma proporcionada. No es este, entonces, un mecanismo por el cual se pueda imponer el peso de las pérdidas económicas sobre la población trabajadora, que constituye un grupo particularmente vulnerable en una coyuntura como la que estamos atravesando.

2. Los problemas de las reglas de emergencia sobre suspensión perfecta de labores

La necesaria norma de desarrollo del DU 038, el Decreto Supremo N° 011-2020-TR (en adelante, el Reglamento), fue aprobada con cierta demora, de forma tal que no existe un número a determinarse de casos en los que las empresas, unilateralmente, dispusieron el inicio de suspensiones perfectas de labores, al amparo del DU 038. De acuerdo con el Reglamento, la medida puede ser total o par-

cial respecto de las actividades desplegadas en un centro de trabajo o los puestos existentes en él; todo siempre que se cumplan con requisitos objetivos sujetos a un principio de "mínimo impacto" y con respecto a los derechos fundamentales, en particular la libertad sindical y el mandato de no discriminación.

Centrándonos en la causal de la suspensión perfecta causada por el impacto económico, esta se aplica a las empresas que continuaron prestando actividades esenciales, para las que tuvieron que acatar la paralización o implementaron trabajo a distancia. En todos los casos se aplica una fórmula comparativa, considerando los puntos porcentuales obtenidos entre los meses de marzo o abril al dividir las remuneraciones del personal con el nivel de ventas del presente ejercicio con el de 2019. Las empresas nuevas tienen una estimación comparativa que considera un cotejo trimestral, si cabe; y si no hubiera ventas que comparar, aplica de inmediato. Nos preguntamos si acaso no resulta una operación fallida el que se termine señalando que, a falta de ventas en el mes anterior al de la invocación de la suspensión perfecta, ella sea considerada válida, sin importar que se trate de una empresa que tenga suficiente espalda financiera. Desde luego, por efecto de la cuarentena obligatoria que aún rige en el país, muchas empresas que operan en Perú no habrán tenido ventas, pudiendo colarse ellas en el supuesto habilitante.

Con esto, el riesgo de empresa en tiempos de pandemia parece depositarse sobre los hombros de los trabajadores, tras una serie de verificaciones del resultado de las ventas. Si bien se ha procurado limitar la invocación de este mecanismo excepcional, a la fecha se cuentan varios miles de solicitudes, cuya tramitación está sujeta a un silencio positivo que, contrastado con la real capacidad de la Autoridad de Trabajo de resolver expedientes, pareciera que será extendidamente aplicado. En ese sentido, llama poderosamente

la atención que el DU 038 haya implementado la figura del silencio positivo para resolver una contienda administrativa que trasciende al interés del propio administrado empleador. De esa manera, la mera inacción de la Autoridad Administrativa tendría como consecuencia que se tenga por aceptada la solicitud empresarial de suspensión de labores sin pago de remuneraciones. Una disposición así carece de todo sustento y resulta constitucionalmente dudosa, porque termina inclinando la balanza a favor de una de las partes de la relación laboral, y no necesariamente la contractualmente más débil. La aplicación de una medida que -como se ha encargado de señalar hasta la saciedad la propia Autoridad de Trabajo- tiene carácter excepcional, requiere el establecimiento de un cauce procedimental que respete los intereses en juego de todos los administrados, y no solo de alguno de ellos, y sobre todo que garantice que la controversia sea resuelta con neutralidad y equidad. La imposición del silencio administrativo positivo no actúa en esa línea. Lo anterior debería motivar, al menos, que los órganos resolutivos del propio Ministerio de Trabajo (especialmente, su Dirección General de Trabajo, instancia de revisión administrativa) emitan precedentes que precisen progresivamente la aplicación de esta causal en el sentido excepcional anunciado. Esto resulta todavía más urgente si se toma en cuenta que las reglas publicadas se alejan de los anuncios previos, ya que ni siquiera se ha considerado la dimensión de las empresas o la realidad del sector económico al que ellas pertenezcan, a fin de distinguir cuáles pueden tener una mejor espalda financiera para invocar la causal de suspensión especial. En cualquier caso, es pertinente tener en cuenta, al menos, dos cosas.

En primer lugar, que estamos ante una norma de excepción, dada en una coyuntura especial de emergencia, y que su aplicación indebida puede lesionar seriamente derechos fundamentales de los trabajadores, lo que nos obliga a interpretarla de manera restrictiva.

En segundo término, que el artículo 15 de la LCPL establece que, antes de establecerse la suspensión perfecta de labores por razones de caso fortuito o fuerza mayor, de ser posible, deben adoptarse medidas que razonablemente eviten agravar la situación de los trabajadores. Asimismo, el artículo 22 del Decreto Supremo Nº 001-96-TR, reglamento del Decreto Legislativo Nº 728, recoge expresamente los criterios de proporcionalidad y razonabilidad para la adopción de la suspensión perfecta de labores. Como lo establece la cuarta disposición complementaria final del DU 038, ambas normas resultan de aplicación supletoria al caso analizado. En consecuencia, a pesar de la falta claridad o ambivalencia de las disposiciones sobre la interrupción de los contratos de trabajo contempladas en el DU 038, o incluso atribuyéndole a este un sesgo flexibilizador, un análisis sistemático del ordenamiento laboral vigente obliga a los empleadores a agotar otras medidas menos gravosas que la suspensión perfecta de labores.

Más allá del plazo de la suspensión especial aprobada ante la pandemia (un máximo de treinta días hábiles posteriores al término de la vigencia sanitaria), las reglas temporales están sujetas a la incertidumbre resultante de no saberse qué actividades empresariales se irán sumando progresivamente a los servicios esenciales en la realización de sus actividades con relativa normalidad. De esta forma, bajo la apariencia de un plazo más acotado que los noventa días que, como máximo, la legislación laboral general permite en casos de fuerza mayor, es clara la sensación de un relajamiento de los estándares para la activación de la novedosa suspensión perfecta.

La novedosa modalidad de suspensión perfecta de labores refiere el deber de la empresa de informar al sindicato o a los trabajadores elegidos o los afectados sobre la medida a adoptarse y de acreditar la convocatoria a la negociación y la claridad de los motivos objetivamente invocados. El control administrativo de esta medida empresarial se orienta al registro digital de una serie de documentación que incluye a una declaración jurada en la que la empresa puede testimoniar si cumplió con el deber de información y si la suspensión incluye a personal sindicalizado o sus representantes. Entre otros requisitos, también se exige la presentación de un anexo elaborado por el empleador, en el que consten las medidas previas adoptadas, el sustento técnico de procedencia de la medida y un informe contable-financiero.

Luego de esto, la autoridad de trabajo sigue un proceso de verificación que se prolonga por treinta días hábiles; y resuelve la procedencia o no de la medida; o sencillamente guarda silencio, autorizando así de forma ficta la petición empresarial. Si bien este modelo guarda correspondencia con otros procedimientos administrativos existentes (el de cese colectivo o la modificación colectiva de jornadas), no puede omitirse que las reglas de esos ejemplos invocados ahora como antecedentes legitimadores son tan cuestionables y fueron, a su vez, producto de la era de la flexibilización salvaje (término acuñado por el profesor Óscar Ermida en referencia a la reforma laboral peruana de los años noventa del siglo XX) de los años 90 del siglo pasado.

3. Deberes de información y de negociación

Desde nuestra óptica, el Reglamento desobedece el mandato del fomento de la negociación colectiva consagrado constitucionalmente, pues únicamente la admite como una secuencia previa de la cual debe dejarse constancia, sin que se hayan previsto mecanismos que la garanticen o que auxilien a su concreción. En consecuencia, mal podría entenderse que el marco dado cumple con fomentar la negociación colectiva si se entiende que tal promoción supone un deber jurídico de negociar que no debería ser dejado de lado, ya que por el contrario su importancia se acrecienta en un contexto de crisis.

Una fase de negociación, o como mínimo de consulta, con el sindicato o los representantes de los trabajadores tiene especial sentido para que, llegado el caso de necesitarse adoptar medida tan gravosa sobre la estabilidad laboral, se tenga por preservado el principio democrático. Así, un evento traumático sobre la continuidad de una parte o incluso de toda la actividad empresarial, podría procesarse internamente y serían los sujetos colectivos los llamados a identificar, de forma constructiva, las medidas paliativas o alternativas que lleven a aplicar la suspensión como una salida de última ratio. Dada la imposibilidad de llevarse de manera presencial, los mecanismos de comunicación digital podrían ponerse al servicio de estas negociaciones, probablemente acelerándolas.

Una apuesta meramente formal, en la que baste la convocatoria a negociación como un requisito de procedencia de la medida, resulta entonces contrario al mandato de fomento de la negociación colectiva. Dadas las circunstancias, mecanismos onerosos como los del arbitraje podrían resultar de difícil viabilidad en el actual contexto, por lo que, en esa estación, la autoridad de la inspección del trabajo debiera enfocar su actuación para determinar la veracidad de las convocatorias a negociación y la posible existencia de actos de mala fe, una vez que ella se entable. Esto sería determinante para el posterior control de legalidad que pudiera ejercerse en el procedimiento administrativo.

La falta de apuesta por el dialogo social y por la negociación colectiva en serio, es una constatación de la debilidad institucional por la que atraviesa nuestro país desde hace mucho tiempo, también en el ámbito de las relaciones de trabajo. Si bien este es un problema que ha heredado el Gobierno, y que se ha crecentado en las actuales circunstancias, estamos en un momento en el que deberían reactivarse y promoverse los cauces democráticos para discutir y llegar a acuerdos sobre un tema tan crucial como el del impacto del COVID-19 en las relaciones laborales. Como fuere, en vez de reglamentarse una negociación colectiva especial, el DU 038 y el DS 011-2020-TR se inclinan por una consideración formal de la negociación colectiva, la misma que presenta varios problemas. Desde lo obvio (se trata de una declaración unilateral del empleador) hasta aspectos sutiles pero no menos peligrosos que se ciernen sobre el derecho de libertad sindical: tras la aparente neutralidad de una medida de suspensión se podría buscar afectar de forma significativa a sujetos que vienen promoviendo la conformación de un nuevo sindicato, o quienes, al inicio del despliegue de estas medidas, empiezan a plantear cuestionamientos o pedidos de información, lo que en buena cuenta puede concebirse como una acción proto-sindical.

La fórmula gubernamental aprobada para suspender los contratos de trabajo desatiende, de esta manera, formas de afectación evidente de los derechos fundamentales en el trabajo. La ausencia de plazos y especificaciones mayores sobre los componentes de la información a remitirse a la representación de los trabajadores y el silencio respecto a la información que pudiera presentar la organización trabajadora, son dos asuntos graves, entre otros, que no pueden pretextarse en las imperiosas necesidades surgidas por la crisis desatada por la pandemia. Esta argumentación incurre en una falacia, pues sea que se predique que la preservación del empleo y/o de la fuente del empleo sea lo más importante, las soluciones jurídicas a dicha situación no pueden apuntar a fórmulas que consideren como disyuntivas opuestas a tales componentes de un mismo hecho social: la relación de trabajo es un elemento componente de un sistema económico y legal. Por tanto, su preservación requiere de soluciones bien balanceadas.

Independientemente de la medida que finalmente se tome para preservar los puestos de trabajo y las remuneraciones, el artículo 4 ya citado del Reglamento reafirma la necesidad de que se "privilegie" el diálogo con los trabajadores para su adopción. Pero el tema no debería quedar ahí. Conforme a lo que habíamos sugerido anteriormente, resulta indispensable que se habilite una negociación colectiva en toda regla -que comprenda el correspondiente derecho de informacióncomo cauce democrático de regulación de los intereses contrapuestos y comunes de las partes. En ese sentido, los deberes de información y de negociación establecidos en el artículo 4.2 del Reglamento, de manera incompleta y poco precisa, parecen más una salida al paso que una intención verdadera de instituir un cauce negocial que permita llegar a soluciones consensuadas que satisfagan los intereses de ambas partes. En efecto, de un lado, el indicado precepto establece, en primer lugar, la obligación de informar al sindicato, o si este no existe a los representantes elegidos por los trabajadores, o si no los hay a los trabajadores afectados directamente, la medida -o medidas- que requiere adoptar y los motivos que la sustentan. No se precisa qué tipo de información debe proporcionarse a los trabajadores, o a sus representantes, pero podría entenderse que deber ser, como mínimo, la misma que debe presentarse ante la Autoridad de Trabajo en caso se solicite la suspensión perfecta de labores.

La segunda obligación que se establece para el empleador, es la de negociar con los trabajadores la medida o medidas que se pretende establecer. No obstante, el Reglamento carece de reglas claras para procesar esta particular negociación en la que la iniciativa negocial la tiene el empleador, y que dependiendo de a quién tenga enfrente podría tener naturaleza colectiva o individual. Surgen rápidamente varias dudas que no encuentran respuesta en el texto del Reglamento: ¿con quién debe negociar el empleador?, ¿cómo se acredita la convocatoria a la negociación?, ¿están obligados los trabajadores a negociar y a llegar acuerdos con su empleador?, ¿cuál es el procedimiento que se debe seguir?

Creemos que el artículo 4.2 del Reglamento establece una suerte de prelación del sujeto con el que se tiene que entablar la negociación. En primer lugar el sujeto llamado a negociar con el empresario es la organización sindical, es caso de existir, o en su defecto, con los representantes elegidos por los trabajadores. En ambos casos debería tratarse de una negociación colectiva. De no existir sindicato o representantes de los trabajadores, solo entonces se negociará directamente con los trabajadores afectados y se podrá llegar con estos a acuerdos individuales. En este último caso, el empleador deberá acreditar igualmente -por algún medio físico o virtual- el cumplimiento de las obligaciones de informar y negociar, quedando habilitado el empleador para solicitar -de ser necesario- la suspensión perfecta de labores respecto de aquellos trabajadores con los que no se logró acuerdo respecto de alguna medida alternativa.

Ahora bien, la negociación colectiva contemplada para la adopción de medidas alternativas a la suspensión perfecta de labores, o incluso para acordar la propia suspensión, no está exenta de dificultades al no haberse precisado reglas de legitimación para negociar ni tampoco haberse establecido un procedimiento ad hoc que canalice la negociación. ¿Significa esto que debe acudirse al procedimiento general de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT)? Es sin duda una alternativa, aunque no parece ser lo más adecuado porque estamos ante un tipo de negociación colectiva con ciertas particu-

laridades. Para empezar, en la negociación colectiva habitual o común, que es la regulada por la LRCT, son los trabajadores, a través de sus representantes, los que proponen la negociación, conducente a una mejora de sus remuneraciones y condiciones de trabajo. Por el contrario, en la negociación colectiva que venimos analizando, como ya se adelantó, la iniciativa negocial la tiene el empleador, y se trata además de una negociación a la baja, parecida a la contemplada en la LPCL para el supuesto de ceses colectivos, en la que se discute la alteración o el recorte de beneficios laborales, de cara a preservar los puestos de trabajo y la remuneración.

En un contexto como este, ¿a quién tiene que convocar el empleador para negociar? El escenario ideal es la existencia de una organización sindical o de varias que, de manera singular o coaligada, sea mayoritaria. En tal caso, el empleador deberá emplazar, en primer lugar, al sindicato mayoritario que negociará en representación de la totalidad de trabajadores del ámbito correspondiente, con exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza (salvo que alguno de ellos se encuentre sindicalizado). El acuerdo que se alcance tendrá eficacia general. Con el personal de dirección y de confianza el empleador tendría que negociar individualmente, salvo que estos decidan designar representantes para negociar colectivamente. En segundo orden, de existir varios sindicatos, pero todos ellos minoritarios, el empleador deberá convocar a todos ellos dándoles la oportunidad -en un plazo que creemos debería ser perentorio- de que decidan si van a negociar o no en coalición mayoritaria. De ocurrir esto último, el acuerdo resultante de la negociación tendrá también eficacia general. En tercer lugar, en caso de que exista en el ámbito correspondiente un solo sindicato y este sea minoritario, o existan varios sindicatos, pero todos ellos sean minoritarios y no consigan formar una coalición mayoritaria, entonces el empleador tendría que convocarlos por separado y los acuerdos que pudiera suscribir con cada uno de ellos tendría eficacia limitada, es decir, alcanzarían exclusivamente a los trabajadores afiliados a las respectivas organizaciones sindicales. Con los trabajadores no afiliados el empleador tendría que negociar individualmente.

Pero, ¿cómo se tramita esta negociación colectiva? El procedimiento fijado en la LRCT está diseñado, una vez más, para un supuesto de negociación ordinaria, no sujeta a plazos ni etapas preclusivas. En el caso analizado estamos, en realidad, ante una negociación que se da en un contexto excepcional o de emergencia que requiere, para el empleador, la adopción de medidas urgentes, y para los trabajadores mitigar de manera rápida la incertidumbre que dicha situación genera. Esto exige, a nuestro juicio, de un trámite más expeditivo que el ordinario y, en ese sentido, señalamos a continuación algunas pautas que deberían tenerse en cuenta para el trámite negocial. En primer lugar, es el empleador el llamado a convocar a la negociación colectiva, o las negociaciones individuales, de ser el caso. En la medida que no lo haga, no se dará inicio a ninguna negociación ni será válida la adopción unilateral por parte del empleador de las medidas alternativas contempladas en el artículo 4.1 del Reglamento, como tampoco sería válida la solicitud de suspensión perfecta de labores ante la AAT, en cuyo caso tendría que ser denegada. En segundo lugar, en el emplazamiento a la negociación el empleador debería dar un plazo breve, pero razonable (de unas 48 o 72 horas), a la contraparte laboral para la instalación e inicio de la negociación. En dicha comunicación debería precisarse igualmente las razones por las que resultan necesario que se adopte alguna (o más) de las medidas contempladas en el artículo 4.1 del Reglamento, así como acompañarse la información y/o documentación sustentatoria, a fin de que la parte laboral pueda ir preparada a la negociación. En tercer término, el empleador debería indicar la manera como se va a llevar a cabo la negociación. Dada la situación de aislamiento social, los tratos negociales se llevarán a cabo de manera virtual, por lo que es indispensable ser muy preciso en este aspecto a fin de hacer realmente efectiva la negociación. De ser necesario, el empleador debería facilitar a la contraparte las herramientas informáticas indispensables.

En cualquier caso, independientemente de la duración que pueda tener este tipo de negociación colectiva, o cualquiera otra que realice el empleador, incluso las negociaciones individuales con los trabajadores y que no están sujetas a procedimiento alguno, es fundamental tener en cuenta que todas ellas deben entablarse con el ánimo de satisfacer los intereses de ambas partes, como expresamente señala el artículo 4.3 del Reglamento. Se recoge así el principio de buena fe que inspira la negociación de los contratos y las normas convencionales, en virtud del cual las partes deben las partes deben realizar esfuerzos sinceros y reales para llegar a un entendimiento.

4. ¿Protección de la libertad sindical?

El artículo 4.3 del Reglamento señala que ninguna de las medidas alternativas a la suspensión perfecta de labores puede suponer la afectación de derechos fundamentales de los trabajadores, enfatizando el caso de la libertad sindical y el trato no discriminatorio. Es obvio que ello no puede ocurrir, y no porque lo señale la norma reglamentaria. La Constitución Política del Perú consagra expresamente que "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador" (artículo 23), y consagra igualmente el derecho de libertad sindical (artícu-

lo 28) y el de igualdad de oportunidades sin discriminación en la relación laboral (artículo 26). En todo caso, la reiteración no hace daño y entendemos que la intención del Reglamento es tratar de evitar la discriminación que pudiera sufrir algún trabajador por el hecho de su militancia sindical. Y, en rigor, el acto de discriminación a un trabajador o una trabajadora por parte del empleador podría deberse a otros motivos, igualmente prohibidos y en consecuencia no permitidos, como el género, la discapacidad o la edad.

Es claro que son diversas las medidas que puede adoptar el empleador para preservar el vínculo laboral de sus trabajadores, y que es posible que se aplique determinada medida a unos trabajadores y otra distinta a otros trabajadores. Pero cuando la decisión que se tome suponga aplicar a un trabajador con protección –por ejemplo, un dirigente sindical, una trabajadora gestante o un trabajador con discapacidad- una medida más gravosa que a otros trabajadores, incluida la suspensión perfecta de labores, esta tiene que ser una decisión objetiva.

5. Falta de gradación de las medidas que pueden adoptarse para mantener el vínculo laboral y la percepción de remuneraciones: aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad

En línea de lo que habíamos sugerido, el Reglamento precisa que la afectación de las actividades normales de la empresa, por la situación de emergencia por la que se atraviesa, debe tener tal entidad que impida su realización de manera remota o que debe resultar imposible el otorgar licencias con goce de haber. Antes que la suspensión perfecta de labores –o incluso de algún remedio más drástico-, pueden adoptarse un conjun-

to de medidas tendientes a mantener el vínculo laboral y el pago de las remuneraciones. Esta idea se señala hasta en dos oportunidades. De un lado, en el artículo 4 del Reglamento, cuando se establece que se trata de medidas que "se procuran en primer término", es decir, antes que otras. En segundo lugar, en el artículo 5 del Reglamento, al señalar que solo una vez "agotada la posibilidad de implementar las medidas alternativas previstas en el artículo 4 (...) el empleador puede excepcionalmente aplicar la suspensión perfecta de labores". Queda claro entonces el carácter de última *ratio* de la suspensión perfecta de los contratos de trabajo.

Se echa en falta, no obstante, una gradación expresa de las medidas alternativas que pueden adoptarse. Aunque se ha establecido un listado -no taxativo- de medidas, en un orden que va de menor a mayor según la posible afectación de los intereses de los trabajadores, no parecería haber en este caso una prelación de su aplicación o una exigencia al empleador de que es ese mismo orden el que necesariamente debe seguirse. Ahora bien, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que como hemos visto están recogidos en el Decreto Supremo N° 001-96-TR para la aplicación de la suspensión perfecta de labores por caso fortuito o fuerza mayor, nos permitimos insistir en que ese es el orden que debe practicarse: primero, otorgar vacaciones alcanzadas y no gozadas; en segundo término, el adelanto de vacaciones a cuenta de aquellas que se generen en el futuro; seguidamente, la reducción de la jornada de trabajo, diaria o semanal, con la correspondiente reducción de la remuneración; en cuatro lugar, la reducción de la remuneración manteniendo la jornada habitual de trabajo.

En cualquier caso, lo cierto es que los principios de razonabilidad y proporcionalidad deberían servir para que las partes decidan, y en su caso el empleador justifique, de un

lado, que es necesario o indispensable adoptar determinada medida para paliar o soportar la situación de dificultad por la que atraviesa la empresa (porque si no es necesario, no tendría que adoptarse esa medida o ninguna otra); y, de otro, que la medida que finalmente se adopte (que podría alcanzar también a la suspensión perfecta de labores) es la adecuada para combatir la situación concreta, es decir, que es esa medida o una similar, y no otra, la requerida. Asimismo, la medida adoptada debe ser proporcional con el fin que se persigue, lo que se condice con el criterio de progresividad o gradación de las medidas al que hemos aludido, es decir, con la idea de que debe aplicarse el remedio o medida que resulte menos gravosa o traumática, la que suponga la menor afectación de los derechos fundamentales de los trabajadores en juego, principalmente, el derecho al trabajo y el derecho a la remuneración, y por supuesto, también los expresamente señalados en el artículo 4.3 del Reglamento, esto es, los derechos de libertad sindical y de trato no discriminatorio. En definitiva, los principios de razonabilidad y proporcionalidad actúan a modo de un test de ponderación de derechos (porque frente a los derechos laborales señalados se encuentra el derecho del empresario a la libertad de empresa), que le permitirá a la Autoridad de Trabajo dado el caso, autorizar o no la solicitud de suspensión perfecta que se le presente.

La falta de aplicación de estos principios podría consolidar una aplicación unilateral de una incierta facultad empresarial de suspender contratos de trabajo. El apuntalamiento del unilateralismo en las relaciones de trabajo suele adoptar formas, no explícitas y muchas veces bien disimuladas, tras fórmulas ambiguas que parecen respetar mecanismos democráticos como la negociación colectiva y la consulta, aunque sin darles cabida de manera real. Este proceder normativo no ha resultado beneficioso en el corto ni en el lar-

go plazo para la vida social o para la mejora macroeconómica, como décadas de experimentos semejantes demuestran fehacientemente, en situaciones normales y ante contextos macroeconómicos desfavorables. En el fondo, la norma reglamentaria no logra salvar la esencial sintonía que guarda el DU 038 con aspectos esenciales de la propuesta presentada por la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CON-FIEP) ante la presente crisis. No obstante, se ha mantenido, de la figura general de la suspensión perfecta, la preferencia de medios alternativos que puedan ejecutarse antes de llegarse a la interrupción de las prestaciones de ambas partes del contrato de trabajo.

Estos medios alternativos pasan por la implementación del *trabajo remoto*. En efecto, un eje de las medidas dadas para hacer frente al impacto del *COVID-19* en las relaciones de trabajo ha sido el trabajo remoto y el teletrabajo, aunque lo cierto es que estas figuras han recibido un tratamiento poco claro y ciertamente descuidado en la regulación sucesivamente aprobada en estos días. Lamentablemente, esta novación de la forma en la que se presta servicios se enfoca en un segmento muy específico de la población trabajadora, puesto que, como es obvio, no todas las actividades productivas y no todas las labores pueden prestarse a distancia.

Otra medida que ha sido comúnmente objeto de análisis en los expedientes administrativos de la última década sobre la suspensión perfecta de labores es la del otorgamiento de licencias con goce de haber. En buena cuenta, esta medida alternativa preferente se concentra en ciertas formas de "suspensión imperfecta" por la cual el empleador mantiene el pago de la remuneración durante la situación por la que el trabajador no puede llegar a prestar servicios: pago de vacaciones debidas y hasta adelantadas aparecen en el primer orden; pero también se menciona la posibilidad de otorgar descansos pagados

sujetos a compensación con tiempo de trabajo efectivo. Si pensamos en los lineamientos que la autoridad de trabajo debiera considerar para las nuevas solicitudes que se avecinan al amparo de la suspensión perfecta del DU 038, debiéramos consensuar que estas interpretaciones asentadas a partir de precedentes obligatorios resultan igualmente aplicables. Y es que todas estas medidas alternativas preferentes son, en el fondo, soluciones empresariales que dependen de la voluntad de encontrar mecanismos alternativos mutuamente satisfactorios, allí donde son posibles, y creemos que exigibles.

Asimismo, de forma especialmente grave, el DU 038 también reduce la intensidad de la intervención administrativa, de forma tal que la verificación de la medida por la inspección del trabajo se relativiza: ya no verifica y da pie a un procedimiento administrativo de oposición, sino que se establece una verificación en hasta treinta días, tras los cuales se emite una resolución sujeta a una aprobación ficta si al sétimo día hábil posterior a la verificación no se emite una decisión de parte de la Administración.

Este debilitamiento del control de la autoridad se evidencia principalmente en el rol de la inspección del trabajo. En la lógica -y regulación general- de la LPCL, la comprobación de la paralización resultante de una suspensión perfecta de labores corresponde a la inspección del trabajo dentro de los seis días de conocida la solicitud; y la oposición a la medida, de parte de trabajadores organizados, es tramitada en un procedimiento administrativo en el que se aplican una serie de criterios construidos desde el año 2012 y reafirmados por una nutrida línea resolutiva (desde la determinación de los sujetos afectados por la medida, la evidencia de la gradualidad de las medidas alternativas a la suspensión hasta la reafirmación del deber de la inspección del trabajo de supervisar la paralización más allá del plazo previsto en la ley, que únicamente genera responsabilidad administrativa en el órgano que omitiese cumplirlo). Pero, en la reciente normativa dada por el Gobierno, la suspensión perfecta de contratos de trabajo por el *COVID-19* está sujeta a un control meramente contingente de la administración, al que ya nos hemos referido: puede o no darse, ya que el silencio positivo suple la inacción de la autoridad y castiga al grupo de afectados.

A todo esto, se aúna un problema recurrente de la Administración de Trabajo, encargada de controlar la legalidad de las medidas empresariales: sus limitados recursos de personal para efectuar un control eficiente del caudal de suspensiones empresariales, la existencia de un tendencioso mecanismo de silencio positivo, dadas las semejantes limitaciones de los órganos resolutivos de la Admi-

nistración Pública, y la necesaria vigilancia del cumplimiento de la garantía de publicidad de las resoluciones de la autoridad de trabajo y de la información que pueda generarse a partir de la aplicación de este mecanismo. En ese sentido, será de interés general el que se conozca cuántas peticiones son concedidas y en cuáles la autorización fue conseguida gracias a un silencio positivo.

Es deber de todos los actores de las relaciones de trabajo y de la academia el estar expectantes a lo que acontezca respecto de la nueva suspensión perfecta de labores, decretada a propósito del *COVID-19*. Como se ve, se trata de un mecanismo presuntamente neutro, pero su utilidad no debe ser empleada para erosionar derechos fundamentales en la relación de trabajo.