

RJT

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

DIRECTOR

JORGE ROSENBAUM

COORDINADOR

FEDERICO ROSENBAUM

No. 2

Mayo-Agosto
2020

**PERÚ: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN EL CONTEXTO
DE LA PANDEMIA**

**PERU: JOB STABILITY IN EMPLOYMENT IN THE CONTEXT
OF THE PANDEMIC**

Raúl SACO BARRIOS

Profesor ordinario del Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS). Abogado

rgsaco@pucp.edu.pe

Fecha de envío: 08/06/2020

Fecha de aceptación: 15/07/2020

PERÚ: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA

Raúl SACO BARRIOS

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: En este breve trabajo, se presenta algunos aspectos muy generales concernientes a la estabilidad en el empleo en el Perú y se los relaciona con la pandemia desencadenada por el nuevo coronavirus – COVID-19: luego de explicar la protección especial de la estabilidad con relación a la estabilidad en el trabajo existente en el país, se expone la regulación sobre la terminación colectiva de los contratos de trabajo por fuerza mayor o hechos fortuitos –con la idea de precisar si la extinción de la relación laboral en el entorno del COVID-19 ingresaría en alguna de dichas categorías–; finalmente, se procura determinar si la extinción de la relación laboral motivada en el COVID-19 genera una obligación, atribuible al empleador, de indemnizar al trabajador por la pérdida del empleo. Así, pues, se precisa que la estabilidad en el empleo acredita dos dimensiones: una individual y otra colectiva, relacionadas, respectivamente, con las nociones de “causa justa” para el despido –la primera– y de “causa objetiva” para la terminación colectiva de los contratos de trabajo –la segunda–; acerca de esta última, se apunta que tanto el “caso fortuito” como la “fuerza mayor” permiten al empleador proponer un cese colectivo, si bien la extinción o término de la relación o contrato de trabajo en el contexto del COVID-19, antes que responder a o resultar de aquellas categorías, contestan mejor a la causa “motivos económicos” prevista para la terminación colectiva de los contratos de trabajo. Por último, se hace constar que la extinción o término de la relación o contrato de trabajo por motivo del COVID-19 no generan obligación de indemnizar a los trabajadores por la pérdida del empleo.

Palabras clave: Estabilidad en el trabajo - Despido - Cese colectivo - Indemnización - Motivos económicos

Sumario: 1. Introducción. 2. Protección de la estabilidad en el trabajo. 2.1. Estabilidad en el trabajo: dimensiones individual y colectiva. 2.2. Aspecto individual de la estabilidad en el trabajo. 2.3. Dos consideraciones adicionales. 3. Extinción de la relación laboral motivada en causas de fuerza mayor o hechos fortuitos, o en motivos económicos. 3.1. Terminación de los contratos de trabajo por fuerza mayor o hechos fortuitos. 3.2 Terminación de los contratos de trabajo por motivos económicos. 4. ¿La extinción de la relación laboral motivada en el covid-19, genera una obligación de indemnizar al trabajador por la pérdida del empleo? 4.1. No aplicación de la indemnización por despido a la terminación colectiva de los contratos de trabajo. 4.2. Liberación al empleador de la responsabilidad por la terminación colectiva de los contratos de trabajo por “caso fortuito”, “fuerza mayor” y “motivos económicos”. 5. Conclusiones.

Abstract: In this brief paper, some very general aspects concerning job stability in Peru are presented and related to the pandemic triggered by the new coronavirus – COVID-19: after explaining the special protection of stability in relation to the stability in the work existing in the country, the regulation on the collective termination of work contracts by force majeure or acts of God is exposed –with the idea of specifying whether the termination of the labor relationship in the environment of COVID-19 would enter in one of these categories–; finally, an attempt is made to determine whether the termination of the employment relationship motivated in COVID-19 generates an obligation, attributable to the employer to compensate the worker for the loss of employment. Thus, it is specified that stability in employment accredits two dimensions: one individual and the other collective, related, respectively, to the notions of “just cause” for dismissal –the first– and of “objective cause” for termination collective of employment contracts –the second–; regarding the latter, it is pointed out that both the “fortuitous case” and the “force majeure” allow the employer to propose a collective cessation, although the extinction or termination of the relationship or

employment contract in the context of COVID-19, before rather than responding to or resulting from those categories, they better answer the cause “economic reasons” foreseen for the collective termination of employment contracts. Lastly, it is stated that the extinction or termination of the relationship or employment contract by reason of COVID-19 does not create an obligation to compensate workers for the loss of employment.

Key words: Stability at work - Dismissal - Collective termination - Compensation - Economic reasons

Summary: 1. Introduction. 2. Protection of stability at work. 2.1. Stability at work: individual and collective dimensions. 2.2. Individual aspect of job stability. 2.3. Two additional considerations. 3. Termination of the job relation caused by causes of force majeure or fortuitous facts, or for economic reasons. 3.1. Termination of employment contracts by force majeure or acts of god. 3.2. Termination of employment contracts for economic reasons. 4. Does the termination of the employment related in Covid-19, generate an obligation to compensate the worker for the loss of employment? 4.1. Non-application of severance pay to the collective termination of employment contracts. 4.2. Release to the employer of the responsibility for the collective termination of the work contracts for “fortuitous case”, “force majeure” and “economic reasons”. 5. Conclusions.

1. Introducción

En estas líneas, procuro presentar ciertos aspectos muy generales concernientes a la estabilidad en el empleo en el Perú y relacionarlos con la pandemia desencadenada por el nuevo coronavirus – COVID-19. Para ello, después de explicar la protección especial de la estabilidad en el trabajo existente en el país (I), expongo la regulación sobre la terminación colectiva de los contratos de trabajo por fuerza mayor o hechos fortuitos (II); esto, con la idea de precisar si la extinción de la relación laboral en el entorno del COVID-19 ingresaría en alguna de dichas categorías. Por último, trato de determinar si la extinción de la relación laboral motivada en el COVID-19 genera una obligación, atribuible al empleador, de indemnizar al trabajador por la pérdida del empleo (III). Cierro este estudio con algunas conclusiones.

2. Protección de la estabilidad en el trabajo

En primer término, corresponde explicar la protección especial con relación a la estabilidad en el trabajo.

2.1. Estabilidad en el trabajo: dimensiones individual y colectiva

Conforme a la Constitución, “El trabajo es un deber y un derecho” (derecho al trabajo, art. 22); al tiempo que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” (art. 27).

El trabajador adquiere el *derecho a la protección contra el despido arbitrario* cuando supera el “período de prueba”, según determina el artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 3-97-TR del 21 de marzo de 1997; en adelante, LPCL)¹.

¹ El período de prueba es de tres meses, prorrogables: hasta seis meses, en el caso de trabajadores calificados o que desempeñen un cargo de confianza; y hasta un año, si se trata de personal de dirección (LPCL, art. 10).

Ahora bien, el artículo 16 de la LPCL dispone que son causas de “extinción del contrato de trabajo”², entre otras, el *despido* (inc. g) y la *terminación de la relación laboral por causa objetiva* (inc. h). Sobre esta base, el artículo 22 de la LPCL establece que para el despido de *un trabajador* que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de *causa justa* contemplada en la ley y debidamente comprobada³. A su vez, el artículo 46 de la LPCL indica las *causas objetivas* para la *terminación colectiva* de los contratos de trabajo⁴.

Queda fijada, entonces, la *estabilidad en el trabajo* en las *dimensiones individual y colectiva*, y con relación a ambas, los conceptos de “justa causa” y de “causa objetiva”⁵. Para el despido del trabajador, es forzosa la existencia de una “justa causa” comprobada y demostrable; y para la terminación colectiva de los contratos de trabajo, es ineludible la presencia de una “causa objetiva” que el empleador propone y debe evidenciar en un procedimiento administrativo instaurado en procura de la autorización pertinente⁶.

2.2. Aspecto individual de la estabilidad en el trabajo

Por cuanto atañe al *aspecto individual de la estabilidad en el trabajo*, concretamente, la LPCL distingue el “despido arbitrario” del “despido nulo”. El *despido arbitrario* tiene lugar cuando el empleador no expresa causa o no puede demostrar esta en juicio; en tal caso, el trabajador tiene derecho al

² La relación o contrato de trabajo se extingue o termina cuando tiene lugar una causa que ocasiona jurídicamente el fin del vínculo habido entre empleador y trabajador (*vid.* Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, “La terminación de la relación de trabajo: Clasificación y efectos”, p. 536).

³ La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador y la demostración de su existencia incumbe al empleador en el proceso judicial que el trabajador pueda plantear para impugnar su despido (LPCL, art. 22).

⁴ A saber, el caso fortuito y la fuerza mayor; los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; la disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra; y la reestructuración patrimonial (LPCL, art. 46).

⁵ A mi juicio, la “causa justa” es para el despido individual lo que la “causa objetiva” para la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

⁶ Así, pues, “la extinción [colectiva] de los contratos se produce *a iniciativa pero no por la sola iniciativa del empleador*. La exigencia de causa y la naturaleza del trámite la condicionan a la existencia de causa objetiva independiente de la voluntad de las partes, aun cuando, en ciertas circunstancias, pueda ser consecuencia de la voluntad concurrente o común de ambas” (Mario PASCO COSMÓPOLIS, “Extinción de la relación laboral en el Perú”, p. 269).

pago de una *indemnización* como *única reparación* por el daño padecido (LPCL, art. 34)⁷ –tutela resarcitoria–. El *despido nulo* se produce cuando el empleador decide el cese por motivos groseramente abusivos, “particularmente odiosos” (Ferro), referidos expresa y taxativamente por la ley: actos antisindicales; desquite por la presentación de una queja o participación en un proceso contra el empleador; discriminación por sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole; embarazo, nacimiento y sus consecuencias o la lactancia (LPCL, art. 29); en tal caso, el trabajador tiene derecho a la *reposición*⁸ en el empleo –tutela restitutoria–, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización (LPCL, art. 34).

Ello no obstante, a la luz del *derecho al trabajo* (Constitución, art. 22) –atendiendo al cual, el trabajador tiene derecho a acceder a un empleo, pero también a conservarlo⁹–, el Tribunal Constitucional ha entendido que, de ocurrir un *despido lesivo de derechos constitucionales*, actúa igualmente la *nulidad del despido* y el trabajador tendrá derecho a la *reposición* en el empleo¹⁰. Al efecto, reconoce tres categorías de despido: nulo, fraudulento e “incausado” [sic]¹¹.

⁷ La indemnización por despido arbitrario equivale a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un tope de doce remuneraciones; las fracciones de año se pagan por dozavos y treintavos, según corresponda (LPCL, art. 38).

⁸ Son sinónimos de “reposición”, expresión usada comúnmente en el Perú, las voces “readmisión”, “reincorporación”, “reinstalación” y “restitución”, que son las utilizadas normalmente por la doctrina.

⁹ “El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22 de la Constitución. [...] el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa” [sentencia del Tribunal Constitucional (STC) dictada en el expediente 1124-2001-AA/TC (11.7.2002); fundamento jurídico 12].

¹⁰ Sentencias del TC dictadas en los expedientes 1124-2001-AA/TC (11.7.2002) y resolución aclaratoria (16.9.2002), y 976-2001-AA/TC (13.3.2003); ambas, sobre despido. Se ha estimado, sin embargo, que el Tribunal Constitucional habría “modificado” la Constitución a propósito de la vía seguida por el Constituyente para el tratamiento de la protección contra el despido arbitrario –quien optó por delegar al Legislador la decisión sobre el punto–, al introducir una “estabilidad absoluta” en el trabajo y retirar la “carta de ciudadanía” otorgada por el Legislador al despido sin expresión de causa acompañado del pago de una indemnización (PASCO, FERRO).

¹¹ Al lado de los supuestos previstos por el artículo 29 de la LPCL para la nulidad del despido, es también *nulo* el despido que afecta derechos constitucionales. El despido es *fraudulento* cuando «se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una

En suma, será el trabajador quien decida la *reparación* a aplicar por el despido infractor: la *tutela resarcitoria (indemnización)* o la *tutela restitutoria (reposición)*¹². La primera corresponderá a los casos de despido injustificado (el empleador no demuestra la existencia de una causa justa para despedir) y la segunda, a los de despido nulo, fraudulento e incausado.

En el *Derecho del Trabajo* peruano y con relación al *despido*, coexisten, pues, una *estabilidad relativa* –respecto al *despido injustificado*, frente al cual el trabajador tiene derecho a una *indemnización*– y una *estabilidad absoluta* –respecto al *despido nulo*, frente al cual el trabajador tiene derecho a la *reposición*– en el trabajo. En paralelo, el *Derecho Constitucional*, con relación al *despido lesivo de derechos constitucionales*, admite la restitución de los derechos del trabajador –traducida en la *reposición en el empleo*–¹³.

falta no prevista legalmente [...]; o se produce la extinción de la relación con vicio de voluntad [...] o mediante la “fabricación de pruebas”» [STC 976-2001-AA/TC (13.3.2003); fundamento jurídico 15]. El despido es *incausado* cuando “se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique” [STC 976-2001-AA/TC (13.3.2003); fundamento jurídico 15]. Así, “el despido fraudulento se asemeja más al injustificado que al incausado, porque tiene imputación. Solo que esta se produce en un contexto de malicia, que debe ser probado por el demandante” (Javier NEVES MUJICA, “El despido en la legislación y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los plenos jurisprudenciales supremos en materia laboral”, p. 22).

¹² Para el TC, dejar librada al empleador la posibilidad de despedir libremente al trabajador a cambio del pago de la indemnización por despido (LPCL, art. 34) significa “vaciar de contenido” el derecho al trabajo (Constitución, art. 22), que debe ser analizado conjuntamente con el derecho del trabajador a la adecuada protección contra el despido arbitrario (Constitución, art. 27): “[...] las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable” [STC 1124-2001-AA/TC (11.7.2002); fundamento jurídico 7]; “El artículo 34 [de la LPCL], segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por justa causa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado [...], vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional” [STC 1124-2001-AA/TC (11.7.2002); fundamento jurídico 12].

¹³ “[...] la tutela del trabajador frente a un despido que vulnera sus derechos constitucionales no supone la restauración por vía jurisprudencial de la estabilidad laboral, sino la protección –y restitución– de aquellos derechos” (Carlos BLANCAS BUSTAMANTE. *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*, p. 167). Ciertamente, «sería posible distinguir entre una estabilidad laboral legal que gira en torno a la noción de “despido arbitrario” y en la cual es posible resarcir el daño mediante el pago de una indemnización, y una “estabilidad laboral constitucional” la cual dispensa protección al trabajador únicamente en caso de “despido lesivo de derechos fundamentales”, supuesto este en el que la reposición es la única medida reparadora en atención a la entidad de los derechos vulnerados, principalmente el derecho fundamental al trabajo» (*ibid.*, p. 173).

2.3. Dos consideraciones adicionales

Como hablamos de la *estabilidad en el empleo en el contexto de la pandemia*, me interesa señalar dos consideraciones adicionales.

La *primera*, relativa a la *seguridad social*. De acuerdo con el decreto supremo 2-DT del 28 de enero de 1954, *los trabajadores enfermos no podrán ser despedidos mientras se encuentren recibiendo las prestaciones que por riesgo de enfermedad otorga la Seguridad Social*. Aquí interviene el *subsidio por incapacidad temporal para el trabajo*, que la Seguridad Social en Salud (EsSalud) brinda a los afiliados regulares en actividad a partir del vigésimo primer día de incapacidad. Debido al artículo 24 del decreto de urgencia 26-2020, del 15 de marzo de 2020, que “establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional”, se autoriza excepcionalmente a EsSalud el otorgamiento del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo *por los primeros veinte días de incapacidad* a los trabajadores que hayan sido diagnosticados (diagnóstico confirmado) con COVID-19 y perciban una remuneración mensual inferior a S/ 2 400,00 (USD 700,00 aproximadamente; tipo de cambio, PEN 3,43).

La *segunda*, relativa al proyecto de ley 5039-2020-CR, “Ley de protección al trabajador frente a despidos durante la declaratoria de emergencia sanitaria producida por el COVID-19”, que la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República ha aprobado recientemente, por unanimidad, con el texto sustitutorio “Ley de protección al trabajador frente a despidos durante [la] declaratoria de emergencia nacional”¹⁴, que tiene por objeto el establecimiento de medidas “para brindar a los trabajadores una adecuada protección de su continuidad laboral durante la declaratoria de [sic] Estado de Emergencia Nacional y hasta treinta días hábiles después de terminado el mismo” (art. 1); en tal virtud,

¹⁴ Este texto deberá debatirse por el Pleno del Congreso de la República. Sin embargo, importa anotar que el estado de emergencia nacional –varias veces prorrogado– rige hasta el 30 de junio de 2020 (decreto supremo 94-2020-PCM del 23 de mayo de 2020, art. 2).

“carece de efecto legal toda terminación unilateral de contratos laborales” (art. 3).

3. Extinción de la relación laboral motivada en causas de fuerza mayor o hechos fortuitos, o en motivos económicos

En segundo término, importa exponer la regulación atinente a la terminación colectiva de los contratos de trabajo por fuerza mayor o hechos fortuitos. Esto, con miras a precisar si la extinción de la relación laboral en el entorno del COVID-19 ingresaría en alguna de dichas categorías.

3.1. Terminación de los contratos de trabajo por fuerza mayor o hechos fortuitos

El artículo 16 de la LPCL preceptúa que es causa de “extinción del contrato de trabajo”, entre otras, “La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley” (inc. h). Al tratar la “Terminación de la relación de trabajo por causas objetivas”¹⁵ (LPCL, arts. 46-52), se estatuye que son “causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo”, el “caso fortuito” y la “fuerza mayor”, si son “de tal gravedad que implican la desaparición total o parcial del centro de trabajo” (LPCL, arts. 46 inc. a y 47); al lado de los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; la disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra; y la reestructuración patrimonial (LPCL, art. 46 incs. b, c y d).

El reglamento del decreto legislativo 728, aprobado por el decreto supremo 1-96-TR del 24 de enero de 1996 (en adelante, el Reglamento),

¹⁵ La “terminación de la relación de trabajo por causas objetivas” se denomina también “Cese colectivo por causas objetivas” (Rgto., capítulo II de su título II); o simplemente “cese colectivo” (LPCL, art. 52 y cuarta disposición complementaria y transitoria; Rgto., arts. 26, 72 y 74) o “cese del personal” (LPCL, arts. 48 inc. b y 49). Ciertamente, “cese colectivo” es cosa distinta de lo que podríamos denominar “cese masivo”: una mera suma de múltiples despidos individuales transgresores de la Constitución o la ley.

refiere, en su artículo 21¹⁶, las nociones de “fuerza mayor” y “caso fortuito”, que se configuran cuando el hecho invocado tiene carácter “inevitable, imprevisible e irresistible” y hace “imposible la prosecución de las labores por un determinado tiempo”^{17 18}.

Para concretar el *cese colectivo por caso fortuito o fuerza mayor*, el empleador, dentro del plazo máximo de suspensión del contrato de trabajo –noventa días– señalado para tales causas, podrá solicitar la terminación de los respectivos contratos individuales de trabajo a la Autoridad Administrativa de Trabajo (LPCL, art. 47). El *procedimiento* –normado por los artículos 47 y 48 de la LPCL, y los artículos 62-64 y 70-71 de su Reglamento– prevé que el empleador brinde a la parte laboral la información¹⁹ pertinente sobre las razones que aduce y la nómina de los trabajadores afectados, dé cuenta de ello a dicha Autoridad e inicie negociaciones²⁰ para acordar las circunstancias del término de los contratos de trabajo o las medidas a adoptar²¹ con vistas a evitar o restringir el cese propuesto. La Inspección del Trabajo efectuará la investigación consecuente –con audiencia de partes– y pondrá el resultado en conocimiento del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que resolverá dentro de un plazo de cinco días hábiles –al

¹⁶ Si bien los conceptos de “caso fortuito” y “fuerza mayor” ahí indicados figuran en una norma ubicada entre las ordenadoras de la “suspensión del contrato de trabajo”, los estimo aplicables en el ámbito de la terminación colectiva del contrato de trabajo: el carácter de aquellos no varía con relación a uno u otro suceso.

¹⁷ A su vez, la directiva nacional 6-94-DNRT, aprobada por la resolución ministerial 87-94-TR del 24 de junio de 1994, fija y ejemplifica las ideas: “caso fortuito” es “todo hecho imprevisible o un suceso por lo común dañoso que no puede preverse, evitarse ni resistirse, que acontece inesperadamente con independencia de la voluntad del hombre; que generalmente proviene de la acción de la naturaleza”, es decir, “una inundación, un aluvión, un sismo, un incendio, una sequía, un accidente, una peste o epidemia”; y “fuerza mayor” es “todo acontecimiento o hechos imprevisibles [sic], que pudiendo ser previstos no pueden resistirse ni evitarse, provienen casi siempre de la acción de la persona o de un tercero”, o sea, “una ley u otra forma legal, que impida realizar una actividad; un tumulto del que se derivan estragos; una guerra, una sedición [...]”.

¹⁸ Entre las “disposiciones generales” reguladoras de la “inejecución de obligaciones”, el artículo 1315 del Código Civil dispone: “Caso fortuito o fuerza mayor es 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”.

¹⁹ Tal exigencia constituye un reconocimiento legal expreso del *derecho de información* –esencialmente en este punto, del “derecho a la información”– de los trabajadores.

²⁰ Este requerimiento relieves el rol de la *autonomía colectiva* –la atribución, facultad o prerrogativa atribuida a los actores sociales para autorregular sus relaciones–.

²¹ Suspensión total o parcial de labores, disminución de turnos o días u horas de trabajo, modificación de las condiciones de trabajo, revisión de convenciones colectivas o cualesquiera otras providencias orientadas a preservar la *continuidad* de la empresa.

vencimiento del cual y a falta de resolución, se considerará aprobada la solicitud del empleador—; contra la resolución administrativa, expresa o ficta, y dentro un plazo de tres días hábiles, puede interponerse un recurso de apelación, a ser resuelto dentro de un plazo de cinco días hábiles —al vencimiento del cual y a falta de resolución, se tendrá por confirmada la resolución recurrida—.

Entonces, sí es posible —en el Perú— la extinción o término de la relación o contrato de trabajo por causas de “fuerza mayor” o “hechos fortuitos”; siempre que aquella o estos sean de una gravedad tal que acarree la desaparición total o parcial del centro de trabajo.

3.2. Terminación de los contratos de trabajo por motivos económicos

Esto sentado, importa esclarecer si la extinción o término de la relación o contrato de trabajo *en el contexto del COVID-19* respondería a o resultaría de una de estas dos categorías: “caso fortuito” o “fuerza mayor”.

Al efecto, me pregunto: ¿el COVID-19 es un evento, en sí mismo, constitutivo de “caso fortuito” o “fuerza mayor”, causante de un cese colectivo?; o con más precisión, ¿el COVID-19, o, mejor, su transmisión, pueden acreditar una magnitud desencadenante de la “desaparición total o parcial del centro de trabajo”; acaso, la destrucción absoluta o fragmentaria del establecimiento?

En verdad, no parece posible que el COVID-19, como tal, o su transmisión puedan traer consigo la “desaparición total o parcial” del centro de trabajo: aquel y esta ocasionan la pérdida de vidas humanas y la infestación masiva de personas, pero no la destrucción —en mayor o menor grado— de los lugares de trabajo.

En rigor, la “fuerza mayor” vendría dada por los preceptos gubernamentales atinentes al estado de emergencia nacional²², dispositivos

²² Decreto supremo 44-2020-PCM del 15 de marzo de 2020, que “declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19”; y normas ampliatorias.

del aislamiento social obligatorio –cuarentena– y restrictivos de ciertos derechos constitucionales –entre ellos, las libertades de reunión y de tránsito–, que, aun cuando tienen una vigencia temporal, han conllevado que no puedan realizarse actividades vinculadas a bienes y servicios considerados “no esenciales”²³ y afectado drásticamente la economía y continuidad o pervivencia de la empresa²⁴.

Así las cosas, la causa objetiva para la terminación colectiva de los contratos de trabajo *en el contexto del COVID-19* derivaría de la *crítica situación económica* del empleador originada por la imposibilidad de desarrollar sus actividades habituales durante un período prolongado²⁵.

En consecuencia, el empleador podrá proponer el cese colectivo por *motivos económicos*²⁶; que *solo procederá cuando comprenda a no menos del diez por ciento del total de trabajadores* (LPCL, arts. 46 inc. b y 48). El *procedimiento* es similar al expuesto con relación al cese del personal por caso fortuito o fuerza mayor, aunque sin exigir la intervención de la Inspección del Trabajo; en lugar de requerirla, el empleador deberá presentar un *dictamen pericial* –que pondrá en conocimiento de los trabajadores– y practicarse *reuniones de conciliación* ante la Autoridad Administrativa de Trabajo (LPCL, art. 48). Mientras dure este procedimiento, el empleador puede solicitar una *suspensión perfecta de labores*; esta se

²³ Me parece muy ilustrativa la apreciación de Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, reconocido profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, sobre la regulación del caso fortuito o la fuerza mayor en el Código Civil peruano y su aplicación en la práctica contractual en el entorno del estado de emergencia nacional engendrado por el COVID-19. *Vid.*: https://www.youtube.com/watch?v=KlB44_6Yv60&t=754s, minutos 2:15 y 9:07 / 12:18.

²⁴ A buena cuenta, la empresa no habría generado ingresos; por eso mismo, no puede proseguir; al menos, con el número de trabajadores que tenía al momento del inicio del estado de emergencia nacional. Por lo tanto, debe “reducir” personal. Obviamente, “la ley no puede obligar al empresario a asumir indefinidamente pérdidas” (Rolando MURGAS TORRAZZA, “Los despidos colectivos por fuerza mayor o por dificultades económicas o tecnológicas”, p. 595).

²⁵ Como apunta MURGAS, “ya sea por la vía de la regulación específica del despido colectivo o por la genérica del despido o de la extinción, hay un espacio importante para que el empleador reduzca el personal por razones económicas o tecnológicas o llegue igualmente al cierre de la empresa, por la imposibilidad económica de continuar su actividad” (*ibid.*, p. 597).

²⁶ “Por causa económica [para la afectación colectiva de la estabilidad laboral] se entiende la situación de falencia o desequilibrio económico o financiero o de grave desmedro que coloca a la empresa ante la imposibilidad absoluta de seguir operando en las condiciones que lo venía haciendo” (Mario PASCO COSMÓPOLIS, “Extinción de la relación laboral en el Perú”, p. 246).

considerará aprobada con la simple recepción del pedido por la Autoridad Administrativa de Trabajo, sin desmedro de una verificación posterior²⁷.

Entonces, *la extinción o término de la relación o contrato de trabajo en el contexto del COVID-19, antes que responder a o resultar de las categorías “caso fortuito” o “fuerza mayor”, contestan mejor a la causa “motivos económicos” prevista para la terminación colectiva de los contratos de trabajo*²⁸.

4. ¿La extinción de la relación laboral motivada en el COVID-19, genera una obligación de indemnizar al trabajador por la pérdida del empleo?

En tercer término, interesa determinar si la extinción de la relación laboral motivada en el COVID-19 genera una obligación, atribuible al empleador, de indemnizar al trabajador por la pérdida del empleo.

4.1. No aplicación de la indemnización por despido a la terminación colectiva de los contratos de trabajo

Ante todo, tenemos dicho que el artículo 16 de la LPCL prescribe que son causas de “extinción del contrato de trabajo”, entre otras, “El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley” (inc. g) y “La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley” (inc. h).

Con base en la legislación peruana y por cuanto toca a las formas de extinción o término de la relación o contrato de trabajo, por lo tanto, el “despido” –*id est*, la decisión del empleador respecto a poner término al

²⁷ No se percibe con claridad cuáles son las reglas a seguir para el trámite de esta “suspensión perfecta de labores”: las de la LPCL y su Rgto.; o las del decreto de urgencia 38-2020 –que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras medidas– y las del decreto supremo 11-2020-TR del 20 de abril de 2020, una suerte de “reglamento” de este último.

²⁸ Un encuadre inadecuado de la causal invocada para el cese colectivo podría implicar el rechazo de la solicitud del empleador por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

contrato de trabajo– es una figura jurídica distinta a la “terminación de la relación laboral por causa objetiva” (“cese colectivo por causas objetivas” o “cese colectivo” o “cese del personal”)²⁹. En tal ambiente, la indemnización instituida para la ruptura (abusiva) del contrato individual de trabajo – “indemnización por despido arbitrario”, para los contratos de trabajo de duración indefinida; “indemnización por resolución arbitraria”, para los contratos de trabajo sujetos a modalidad (de duración determinada) –³⁰ no se aplica a los casos de terminación colectiva (autorizada) de los contratos de trabajo.

En realidad, el cese colectivo *aprobado* por la Autoridad Administrativa de Trabajo *faculta* la terminación colectiva de los contratos de trabajo. Por eso mismo, *no implica el pago de una indemnización a los trabajadores*; no genera en estos el derecho a percibir una indemnización³¹. Como los trabajadores afectados por un cese colectivo no perciben indemnización alguna, la única seguridad que los asiste frente a abusos del empleador se asienta en la cabal satisfacción por este de las formalidades propias al procedimiento legal pertinente³². Evidentemente, la inexistencia de una indemnización en los supuestos de cese colectivo torna más penosa la pérdida del empleo por los trabajadores involucrados³³.

4.2. Liberación al empleador de la responsabilidad por la terminación colectiva de los contratos de trabajo por “caso fortuito”, “fuerza mayor” y “motivos económicos”

²⁹ Así, «no es despido, en términos estrictos, la terminación del contrato [de trabajo] “por iniciativa del empleador” cuando esa sola iniciativa no basta para lograr tal efecto, cuando debe ser complementada con el acuerdo del trabajador o del conjunto de trabajadores en vía colectiva o autorizada previamente por una autoridad judicial o administrativa. A estas situaciones habría que denominarlas en puridad como “extinción de la relación por causas objetivas”» (Mario PASCO COSMÓPOLIS, “Extinción de la relación laboral en el Perú”, p. 246).

³⁰ Se trata de una indemnización tarifada, cuyo pago procede superado el período de prueba. Para los contratos de duración indeterminada, *vid.* nota 7; para los contratos de trabajo sujetos a modalidad (de duración determinada), la “indemnización por resolución arbitraria” equivale a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce remuneraciones (LPCL, arts. 38 y 76).

³¹ Víctor FERRO DELGADO, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*, p. 161.

³² Jaime ZAVALA COSTA, “El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo”, p. 362.

³³ Víctor FERRO DELGADO, “Derecho del Trabajo, globalización y ceses colectivos”, p. 319.

Desde otro punto de vista, el “caso fortuito” o la “fuerza mayor” e incluso los “motivos económicos” causantes del cese colectivo son ajenos a la voluntad del empleador³⁴ –también, a la del trabajador–. Cuando la extinción o término de la relación o contrato de trabajo dimana de alguno de tales acontecimientos, el empleador queda libre de responsabilidad: la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del contrato de trabajo es producto de eventos extraños –ajenos o externos– a los contratantes³⁵. Esto, sin desconocer que, merced a la subordinación jurídica del trabajador hacia el empleador, este ejerce el poder de dirección –en tanto que organizador de la empresa– y asume el “riesgo económico” del quehacer empresarial³⁶.

En consecuencia, *la extinción o término de la relación o contrato de trabajo de índole colectiva por motivo del COVID-19³⁷ no generan obligación de indemnizar a los trabajadores por la pérdida del empleo³⁸*.

³⁴ “Cuando el patrono despide al trabajador, apremiado por motivos de carácter económico o tecnológico, [...] si bien es cierto que se trata de una decisión unilateral del patrono no lo es menos que tal decisión no responde a una simple voluntad suya, sino a condiciones externas de orden económico o tecnológico que explican, y en diversas legislaciones determinan, la existencia de consecuencias y procedimientos específicos en relación e este tipo de despido” (Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, “La terminación de la relación de trabajo: Clasificación y efectos”, p. 554).

³⁵ Como explica MURGAS, “la reducción de personal que se realiza mediante los despidos colectivos, responde a riesgos típicamente empresariales que, sin embargo, deben afrontar también los trabajadores para preservar la fuente de trabajo o al menos determinados niveles de empleo” (Rolando MURGAS TORRAZZA, “Los despidos colectivos por fuerza mayor o por dificultades económicas o tecnológicas”, p. 600). De todos modos, “la existencia del riesgo empresarial conduce normalmente al reconocimiento de una indemnización, aunque no siempre la misma es igual a la que se paga en los casos de despido injustificado” (*ibid.*). Empero, no ocurre así en el Perú; tal vez por argumentos civilistas: según el artículo 1317 del Código Civil, “El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación”; *mutatis mutandis*, el empleador –*deudor del salario*– no respondería de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de su obligación de *dar trabajo* por causas no imputables a él.

³⁶ Américo PLÁ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Laboral*. T, 2, vol. 1, *Contratos de trabajo* (Montevideo: Idea, 1991), p. 37. Evidentemente, habría una especie de encontronazo entre esta exención de riesgos por el trabajador y aquella inexistencia de indemnización en los supuestos de cese colectivo.

³⁷ Por motivo del COVID-19, sí –“motivación indirecta”–; pero en particular y como ya expliqué (*supra*, II), por motivo de la crítica situación económica del empleador originada por la imposibilidad de desarrollar sus actividades habituales durante un período prolongado en atención a las normas gubernamentales relativas al estado de emergencia nacional por el nuevo coronavirus –“motivación directa”–.

³⁸ Con todo, los trabajadores afectados por el cese colectivo pertinente –por caso fortuito o fuerza mayor, o por motivos económicos– gozan de un *derecho de preferencia* por el plazo de un año

5. Conclusiones

Primera:

Para el despido del trabajador, es forzosa la existencia de una “justa causa” comprobada y demostrable; y para la terminación colectiva de los contratos de trabajo, es ineludible la presencia de una “causa objetiva” que el empleador propone y debe evidenciar en un procedimiento administrativo instaurado en procura de la autorización pertinente.

Segunda:

En el *Derecho del Trabajo* peruano y con relación al *despido*, coexisten, pues, una *estabilidad relativa* –respecto al *despido injustificado*, frente al cual el trabajador tiene derecho a una *indemnización*– y una *estabilidad absoluta* –respecto al *despido nulo*, frente al cual el trabajador tiene derecho a la *reposición*– en el trabajo. En paralelo, el *Derecho Constitucional*, con relación al *despido lesivo de derechos constitucionales*, admite la restitución de los derechos del trabajador –traducida en la *reposición* en el empleo–.

Tercera:

Sí es posible –en el Perú– la extinción o término de la relación o contrato de trabajo por causas de “fuerza mayor” o “hechos fortuitos”; siempre que aquella o estos sean de una gravedad tal que acarree la desaparición total o parcial del centro de trabajo.

Cuarta:

La extinción o término de la relación o contrato de trabajo en el contexto del COVID-19, antes que responder a o resultar de las categorías “caso fortuito” o “fuerza mayor”, contestan mejor a la causa “motivos

–contado a partir de aquel– para su readmisión en el empleo o recontratación, si es que el empleador decide contratar nuevo personal, directamente o por medio de terceros, para ocupar cargos iguales o similares. Para ello, el empleador notificará por escrito al ex trabajador, con una anticipación de quince días calendario a la fecha de reingreso, en su domicilio. *En caso de incumplimiento, el ex trabajador podrá demandar judicialmente la indemnización por despido arbitrario* (LPCL, art. 52).

económicos” prevista para la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

Quinta:

La indemnización instituida para la ruptura (abusiva) del contrato individual de trabajo – “indemnización por despido arbitrario”, para los contratos de trabajo de duración indefinida; “indemnización por resolución arbitraria”, para los contratos de trabajo sujetos a modalidad (de duración determinada) –³⁹ no se aplica a los casos de terminación colectiva (autorizada) de los contratos de trabajo.

Sexta:

La extinción o término de la relación o contrato de trabajo de índole colectiva por motivo del COVID-19 no generan obligación de indemnizar a los trabajadores por la pérdida del empleo.

³⁹ Se trata de una indemnización tarifada, cuyo pago procede superado el período de prueba. Para los contratos de duración indeterminada, *vid.* nota 7; para los contratos de trabajo sujetos a modalidad (de duración determinada), la “indemnización por resolución arbitraria” equivale a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce remuneraciones (LPCL, arts. 38 y 76).

Bibliografía

- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2013). *El despido en el Derecho Laboral peruano*. 3ª ed. Lima: Jurista.
- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2015). *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*. Lima: Palestra.
- DE LAS CASAS DE LA TORRE UGARTE, O. y CAVALIÉ CABRERA, P. (2009). “Cesés colectivos de los contratos de trabajo por razones estructurales: Análisis de las decisiones de la Autoridad Administrativa de Trabajo”. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley.
- FERRO DELGADO, V. (2009). “Derecho del Trabajo, globalización y ceses colectivos”. *Temas centrales del Derecho del Trabajo del siglo XXI*. Lima: Ara – Pontificia Universidad Católica del Perú.
- FERRO DELGADO, V. (2012). “La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Derecho Pucp*, N° 68.
- FERRO DELGADO, V. (2015). “Estado actual de la estabilidad laboral en el Perú”. Ponencia oficial presentada al VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Arequipa, 9 de octubre de 2014. En *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Estabilidad en el empleo, fiscalización laboral, jubilación de trabajadores independientes y el arbitraje en la negociación colectiva: Arequipa, 8, 9 y 10 de octubre 2014*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- FERRO DELGADO, V. (2019). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Ó. (1997). “La terminación de la relación de trabajo: Clasificación y efectos”, en De Buen Lozano, Néstor, y Emilio Morgado Valenzuela (Coords.), *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. México, D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Universidad Nacional Autónoma de México.

- MORALES MORANTE, C. (2008). “El Derecho del Trabajo frente a las dificultades económicas de la empresa: Aproximación al concepto de despido por causas económicas en el Derecho laboral peruano”. *Trabajo y Seguridad Social: Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Lima: Grijley – Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- MURGAS TORRAZZA, R. (1997). “Los despidos colectivos por fuerza mayor o por dificultades económicas o tecnológicas”, en De Buen Lozano, Néstor, y Emilio Morgado Valenzuela (Coords.), *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. México, D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Universidad Nacional Autónoma de México.
- NEVES MUJICA, J. (2019). “El despido en la legislación y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los plenos jurisprudenciales supremos en materia laboral”. *Los desafíos actuales del Derecho del Trabajo: Libro homenaje al Dr. Omar Toledo Toribio conmemorando sus bodas de plata en la docencia universitaria*. Lima: Gaceta Jurídica.
- PASCO COSMÓPOLIS, M. (1987). “Extinción de la relación laboral en el Perú”, en Pasco Cosmópolis, Mario (Coord.), *La extinción de la relación laboral: Perspectiva Iberoamericana*. Lima: AeLe.
- PASCO COSMÓPOLIS, M. (2006). “Jurisprudencia constitucional en materia de despido laboral”, en Tribunal Constitucional del Perú. Centro de Estudios Constitucionales. *Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*. Lima: Tribunal Constitucional del Perú.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1991). *Curso de Derecho Laboral*. T. 2. Vol. 1. *Contratos de trabajo*. 2ª reimpresión. Montevideo: Idea.
- ZAVALA COSTA, J. (2009). “El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo”. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. 2ª ed. Lima: Grijley – Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

www.revistajuridicadeltrabajo.blogspot.com

