



“Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Bicentenario del Perú: 200 años de independencia”

INFORME N° 0174-2021-MTPE/2/14.1

A : **DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO**

ASUNTO : Solicitud de opinión técnica¹

REFERENCIA : H.R. 55935-2020

FECHA : 5 de noviembre de 2021

Es grato dirigirme a usted con relación al asunto y documento de la referencia, a fin de informar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1.1. Mediante escrito con número de registro 55935-2020, el ciudadano James Flores Miranda formula una consulta relacionada a la aplicación del Decreto de Urgencia N° 38-2020 y sus efectos sobre la relación laboral. A mayor precisión, se nos consulta y/o requiere lo siguiente:

- i) Si el Decreto de Urgencia N° 38-2020 faculta a las empresas privadas a rescindir y despedir a un trabajador que ha estado en planilla.
- ii) ¿Qué normas legales y en qué artículo se faculta a empresas privadas a despedir de su trabajo a un trabajador que ha estado en planilla durante 16 meses?
- iii) ¿Qué empresas privadas beneficiadas con el subsidio o financiamiento por parte del Estado, en el marco de la Emergencia Sanitaria y/o que accedan a financiamientos en el marco del programa “Reactiva Perú”, pueden recurrir a la suspensión perfecta de labores?
- iv) ¿La continuidad de las prestaciones de salud del Seguro Social de Salud – EsSalud les alcanza a los trabajadores despedidos que han estado asegurados en EsSalud desde el 15 de marzo de 2019? ¿el trabajador y sus hijos menores de edad pueden seguir atendiéndose en EsSalud?

1.2 Atendiendo al literal c) del artículo 64 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 308-2019-TR, esta Dirección de Normativa de Trabajo tiene la función de emitir opinión técnica en materia de trabajo.

En atención a lo expuesto, procedemos a pronunciarnos en el marco de nuestras competencias.

II. BASE LEGAL

¹ Si bien la sumilla de la Hoja de Ruta, según el Sistema de Trámite Documentario, indica que se trataría de un pedido de acceso a la información pública, en realidad, el administrado realiza consultas laborales que ameritan la emisión de una opinión técnica; razón por la cual se emite el presente informe.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: “<https://app.trabajo.gob.pe/sigdoc-ext>” e ingresando la siguiente clave: 5QNUK05





“Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Bicentenario del Perú: 200 años de independencia”

- 2.1. Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL).
- 2.2. Decreto de Urgencia N° 38-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el Covid-19 y otras medidas.
- 2.3. Decreto Supremo N° 011-2020-TR, Decreto Supremo que establece normas complementarias para la aplicación del Decreto de Urgencia N° 38-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el Covid-19 y otras medidas.

III. ANÁLISIS

- 3.1. El 14 de abril de 2020 se publicó el Decreto de Urgencia N° 038-2020 por el cual se establecieron medidas extraordinarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores del sector privado, a consecuencia de las medidas restrictivas y de aislamiento social adoptadas ante la propagación de la COVID-19; así como, para preservar los empleos de dichos trabajadores.
- 3.2. Concretamente, el referido Decreto de Urgencia permitía al empleador solicitar la suspensión perfecta de labores de la relación laboral por un plazo determinado, cuya legalidad se encontraba sujeta a la evaluación y aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo². Ahora bien, dicha disposición indicaba que esta medida podía ser aplicada cuando los empleadores no pudieran implementar la modalidad de trabajo remoto u otorgar la licencia con goce de haber por la naturaleza de sus actividades o por el nivel de afectación económica.

Es importante mencionar que, el empleador antes de proceder con la medida de suspensión perfecta de labores debía adoptar previamente otras medidas que resulten necesarias a fin de preservar la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones de sus trabajadores, entre las que conforme al artículo 4 del Decreto Supremo N° 011-2020-TR se encontraban las siguientes: i) otorgar el descanso vacacional adquirido y pendiente de goce; ii) acordar el adelanto del descanso vacacional a cuenta del periodo vacacional que se genere a futuro, bajo los alcances del Decreto Supremo N° 002-2019-TR; iii) acordar la reducción de la jornada laboral diaria o semanal con la reducción proporcional de la remuneración; iv) acordar la reducción de la remuneración siempre que no resulte por debajo de la Remuneración Mínima Vital (RMV); v) adoptar otras medidas reguladas por el marco legal vigente, siempre que permitan el cumplimiento del objetivo del Decreto de Urgencia N° 038-2020.

- 3.3. De lo expuesto, puede advertirse que el Decreto de Urgencia N° 38-2020 se aprobó como una medida excepcional para mitigar los efectos económicos ocasionados por la propagación de la Covid-19 (suspensión de ciertas actividades económicas, aislamiento social obligatorio, entre otros efectos), destacándose que la posibilidad de proceder con la suspensión perfecta de labores -la misma que permite preservar el vínculo laboral- es una medida de última ratio

² Cabe resaltar que, por disposición del Decreto de Urgencia N° 87-2021, la medida excepcional de suspensión perfecta de labores rigió hasta el 2 de octubre del año en curso.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: "https://app.trabajo.gob.pe/sigdoc-ext" e ingresando la siguiente clave: 5QNUK05





“Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Bicentenario del Perú: 200 años de independencia”

que debía transitar previamente por el agotamiento de medidas menos gravosas que garanticen la percepción de remuneraciones además de la subsistencia de la relación laboral.

- 3.4. En este sentido, el Decreto de Urgencia N° 038-2020 no facultaba ni faculta al empleador a despedir a los trabajadores.
- 3.5. Sin perjuicio de ello, y con la finalidad de absolver la segunda consulta, es preciso señalar que conforme al literal g) del artículo 16 de la LPCL se prevé que el despido, en los casos y forma permitidos por la ley, constituye una causa de extinción del contrato de trabajo. Ahora bien, el artículo 22 de la LPCL indica que para el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada, las mismas que se encuentran tipificadas en los artículos 23, 24 y 25 de la LPCL referidas a la capacidad y conducta del trabajador.
- 3.6. Asimismo, cabe señalar que conforme al Decreto Legislativo N° 1455, a través del Programa Reactiva Perú, el Gobierno Nacional otorgó garantía a los créditos en moneda nacional colocados por empresas del sistema financiero, con la finalidad de financiar la reposición de los fondos de capital de trabajo de empresas que enfrentaron 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.
- 3.7. Por su parte, el Decreto de Urgencia N° 033-2020 tuvo por finalidad otorgar un subsidio a la planilla de determinadas empresas y por cierto grupo de trabajadores, según tope de remuneraciones mensuales, para la conservación del empleo.
- 3.8. Sobre el particular, por ejemplo, debemos indicar que la suspensión perfecta de labores bajo los alcances del Decreto de Urgencia N° 38-2020 era una medida a la que podían acceder las a empresas que hubieran accedido al subsidio previsto en el Decreto de Urgencia N° 033-2020, siempre que se cumpliera con las condiciones previstas en el Decreto Supremo N° 012-2020-TR, esto es, que en el mes en el que el empleador percibe el subsidio para el pago de la planilla, la suspensión perfecta de labores no podía comprender a los trabajadores por los cuales el empleador percibió el referido subsidio.
- 3.9. Finalmente, con relación a la continuidad de las prestaciones de salud, a cargo de Essalud, debemos precisar lo siguiente:

- Conforme al artículo 5.1 del Decreto de Urgencia N° 038-2020, la continuidad de las prestaciones de salud a cargo de Essalud aplicaban para los supuestos de trabajadores en suspensión perfecta de labores, no respecto de aquellos que hayan sido cesados.

Así, el artículo 5.1 dispone “la continuidad de las prestaciones de prevención, promoción y atención de la salud a cargo del Seguro Social de Salud - EsSalud, **para todos los trabajadores comprendidos en una suspensión perfecta de labores**, por el tiempo de duración de dicha suspensión, aun cuando no cuenten con los aportes mínimos establecidos en el artículo 11 de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud y sus normas reglamentarias, y a quienes por aplicación de dicho artículo hubieran accedido sólo a la prestación por el periodo de dos (2) meses.

Dicha cobertura especial incluye a sus derechohabientes”.

Esta es una copia autentica imprimible de un documento electrónico archivado el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: “<https://app.trabajo.gob.pe/sigdoc-ext>” e ingresando la siguiente clave: 5QNUK05





**“Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Bicentenario del Perú: 200 años de independencia”**

- No obstante lo anterior, en caso de cese laboral del trabajador asegurado regular en Essalud, resulta aplicable la figura de la latencia (derecho especial de cobertura por desempleo) regulado en el artículo 11 de la Ley N° 26790 y el artículo 37 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, reglamento de la citada Ley. A tal efecto, se debe acreditar como mínimo 5 meses de aportes en un periodo de 36 meses previos al cese para una cobertura en salud de dos meses en Essalud posteriores al cese.
 - En caso el trabajador cesado no acredite contar con los requisitos de aportes para acceder a la latencia y, por tanto, no cuente con cobertura de salud, sería aplicable el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 017-2019 (cobertura universal en salud) que faculta al SIS a afiliar automáticamente a toda persona residente en el territorio que no cuente con seguro de Salud.
- 3.10 Finalmente, recomendamos que, sobre lo expresado en el punto 3.9, se solicite a la Dirección de Seguridad Social y Migración Laboral brindar las consideraciones que estime pertinentes en el ámbito de sus competencias.

IV. CONCLUSIONES

- 4.1. El Decreto de Urgencia N° 38-2020 no facultaba ni faculta al empleador a despedir a los trabajadores, sino únicamente a suspender la vigencia de la relación laboral bajo las condiciones desarrolladas en el referido Decreto de Urgencia y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 011-2020-TR. Actualmente, el Decreto de Urgencia N° 087-2020 dispuso que la medida de suspensión perfecta de labores prevista en el Decreto de Urgencia N° 038-2020 culmine el 2 de octubre del presente año.
- 4.2. El despido es una causa de extinción del contrato de trabajo a cuyo efecto el empleador debe alegar una causa justa relacionada con la capacidad o conducta del trabajador conforme a lo establecido en el artículo 22 y siguientes de la LPCL.
- 4.3. Las medidas adoptadas bajo los alcances del Decreto de Urgencia N° 38-2020 resultaban aplicables también a empresas que hubieran accedido a programas de financiamiento garantizados por el Estado (como Reactiva Perú) o a subsidios a la planilla de pagos (como el previsto en el Decreto de Urgencia N° 033-2020). Sobre este último punto, la aplicación de la medida de suspensión perfecta de labores debía observar las condiciones establecidas en el Decreto Supremo N° 012-2020-TR.
- 4.4. Finalmente, en el punto 3.9 Y 3.10 del presente informe hemos formulado consideraciones en materia de seguridad social; y recomendamos que, sobre el particular, se solicite la opinión de la Dirección de Seguridad Social y Migración Laboral en el marco de sus competencias.

Renato Sarzo Tamayo
Director de Normativa de Trabajo

H.R E-055935-2020

