

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**Informe Jurídico sobre la sentencia de vista recaída en el Expediente No.
5288-2020-0-1801-JR-LA-14**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado que presenta:

Alejandra Alida Vargas Tamariz

Asesor:

Manuel Gonzalo De Lama Laura

Lima, 2022

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como propósito analizar el ejercicio del derecho de resistencia de un trabajador a propósito de sus inasistencias al centro laboral por miedo al contagio del Covid-19 durante los primeros meses de la pandemia en el país. En atención a ello, se determinó que el hecho de que la empresa no prevea los riesgos psicosociales relacionados con la pandemia habilita a que el trabajador ejerza su derecho de resistencia en un contexto en el cual no existían vacunas ni la obligación del empleador de practicar la prueba de descarte a todos sus trabajadores. Todo esto a la luz de la sentencia de vista recaída en el expediente No. 5288-2020-0-1801-JR-LA-14.

Teniendo en cuenta lo anterior, la investigación concluye que la sanción impuesta por el empleador, esto es el despido, no respetó los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Asimismo, determina que no se configuró la falta grave contenida en el artículo 25 literal h) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, "LPCL"), pues el trabajador justificó sus inasistencias mediante la carta en la cual comunicó la decisión de ejercer su derecho a la resistencia. Finalmente, concluye que de la conducta del empleador y de los hechos del caso se desprende la existencia de un despido fraudulento.

Para dichos fines, se tomarán en consideración los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la República, así como la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y doctrina comparada.

Palabras clave: Derecho de resistencia, principio de razonabilidad y proporcionalidad, inasistencia injustificada, falta grave, despido fraudulento.

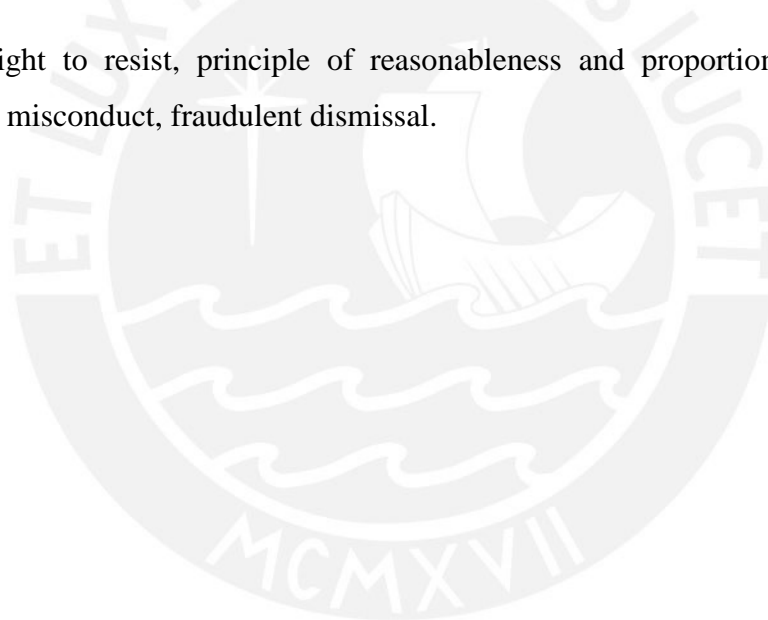
Abstract

The purpose of this research work is to analyze the exercise of the right of resistance of a worker regarding his absences at the workplace for fear of contagion by Covid-19 during the first months of the pandemic in the country. In view of this, it was determined that the fact that the company does not foresee the psychosocial risks related to the pandemic enables the worker to exercise his right of resistance in a context in which there were no vaccines or the obligation of the employer to practice the dismissal test to all its workers. All this considering the ruling in case No. 5288-2020-0-1801-JR-LA-14.

Considering the above, the investigation concludes that the sanction imposed by the employer, i.e., dismissal, did not respect the principles of proportionality and reasonableness. Likewise, it determines that the serious misconduct contained in article 25 paragraph h) of the Labor Productivity and Competitiveness Law (hereinafter, "LPCL") did not occur, since the employee justified his absences by means of the letter in which he communicated his decision to exercise his right to resist. Finally, it concludes that the employer's conduct and the facts of the case indicate the existence of a fraudulent dismissal.

For such purposes, the pronouncements of the Constitutional Court, the Supreme Court of Justice of the Republic, as well as the Labor Productivity and Competitiveness Law and comparative doctrine will be taken into consideration.

Key words: Right to resist, principle of reasonableness and proportionality, unjustified absence, serious misconduct, fraudulent dismissal.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
I. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN	2
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	3
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS:	6
IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	7
1. Primer problema jurídico principal: determinar si, el contexto de los primeros meses de estado de emergencia causado por el Covid-19 (esto es, inexistencia de vacunas, contagio masivo y escasez de pruebas rápidas), justifica que un trabajador no asista alaborar ejerciendo su derecho de resistencia por miedo al contagio de un compañero infectado	7
1.1. El cumplimiento de las obligaciones de la empresa en materia de seguridad y salud en el trabajo	7
1.2 El deber de obediencia y los límites al poder de dirección	15
2. Segundo problema jurídico principal: Determinar si se configuró el abandono de trabajo previsto en el literal “h” del artículo 25 del Decreto Legislativo No 728 aun cuando el trabajador comunicó que se ausentaría del trabajo ejerciendo su derecho a la resistencia.	19
3. Tercer problema jurídico principal: Determinar si, considerando los hechos del caso y la actuación de la empresa, el despido del cual fue objeto el señor Rojas devino en fraudulento	22
3.1.1. Creación y configuración del despido fraudulento	22
3.1.2. Análisis de los elementos del despido fraudulento y su supuesta configuración en los hechos del caso	25
4. Cuarto problema jurídico principal: considerando el contexto originado por el Covid-19 ¿la sanción de despido al trabajador que inasistió a laborar por miedo al contagio ha respetado el principio de razonabilidad y proporcionalidad?	28
5. CONCLUSIONES	29
6. RECOMENDACIONES	31
7. BIBLIOGRAFÍA	31

INTRODUCCIÓN

En toda relación laboral el empleador posee la facultad de dirigir cómo se dará la prestación de servicios del trabajador. Esto es, posee un poder de dirección derivado de su derecho a la libertad de empresa. Sin embargo, este derecho, como todos, no es absoluto, sino que posee límites, los cuales se dividen en internos y externos.

Precisamente, en relación con los límites externos, el trabajador no se encuentra en la obligación de acatar órdenes empresariales que resulten arbitrarias o atenten contra sus derechos fundamentales. Para ello, será necesario aplicar a cada caso en concreto el test de razonabilidad a fin de determinar si una orden de trabajo resulta válida o no. En caso la orden no supere el mencionado test, el empleador no tiene permitido imponer una sanción y mucho menos el despido al ser esta la más grave.

Nos encontramos pues ante situaciones en las cuales un trabajador está facultado a desobedecer una orden arbitraria de trabajo sin ser sancionado por ello. Esto es, situaciones ante las cuales su derecho de resistencia se habilita.

Sin embargo, en la práctica resulta difícil que el trabajador dilucide válidamente cuándo está ante una orden arbitraria y cuándo no. El tema se vuelve aún más controvertido en el contexto de los primeros meses de la pandemia causada por la Covid-19, teniendo en cuenta el miedo existente entre los trabajadores de contagiarse al asistir a laborar y el interés legítimo de los empleadores de que los trabajadores acudan a trabajar con el fin de cumplir con sus objetivos empresariales.

Esta discusión es relevante porque la sentencia que se analizará versa sobre un proceso en el cual un trabajador fue despedido por ejercer su derecho a la resistencia por temor al contagio del Covid-19 teniendo en cuenta que su compañero de trabajo se encontraba infectado y su empleador no le realizó una prueba de descarte del virus. En atención a ello, se analiza si el que ejerciera su derecho de resistencia resultaba justificado a propósito de los riesgos psicosociales laborales causados por el Covid-19 en mayo de 2020, época en la cual se suscitó un contagio

masivo del virus, y un temor mayor ante el desconocimiento de la enfermedad, la inexistencia de vacunas y la carencia de pruebas de descarte.

Ello trae consigo el análisis de si se configuró la falta grave de abandono de trabajo por más de tres días consecutivos de inasistencias aun cuando el demandante comunicó que ejercería su derecho a la resistencia.

Posteriormente, se analiza si, teniendo en cuenta los hechos del caso, se configuró un despido fraudulento.

Finalmente, se analiza el principio de razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que SAGA FALABELLA decidió despedir al trabajador sin tener en cuenta el contexto de la pandemia y la existencia de sanciones menos gravosas.

I. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN

La sentencia de vista recaída en el expediente No. 5288-2020-0-1801-JR-LA-14 representa una oportunidad para analizar el ejercicio del derecho de resistencia en el ordenamiento jurídico nacional teniendo como premisa la emergencia de riesgos psicosociales laborales asociados al Covid-19 durante los primeros meses de la pandemia, la inexistencia de la obligación de los empleadores de realizar la prueba de descarte a todos sus trabajadores, la inexistencia de vacunas contra el Covid-19 y la escasez de pruebas de descarte del Covid-19.

Así, la sentencia en mención es de gran relevancia pues permite analizar una institución jurídica poco desarrollada por la doctrina y jurisprudencia nacional, esto es el derecho de resistencia, poniendo de relieve en qué situación resulta válido su ejercicio y, por tanto, no cabe la sanción del empleador. Esto teniendo en cuenta que lo que se discute es el riesgo de la salud mental de los trabajadores en el contexto de una pandemia mundial.

Si bien la sentencia solo se limita a verificar si los días de inasistencias han sido válidamente contabilizados, el caso permite ir más allá cuestionando si la sanción impuesta por el empleador, ante el ejercicio del derecho de resistencia, ha respetado los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de acuerdo con los parámetros que la jurisprudencia ha desarrollado para las sanciones disciplinarias.

Asimismo, el caso permite analizar si, aun cuando el trabajador ha remitido una carta comunicando su decisión de ejercer su derecho de resistencia a asistir a laborar, se configura el abandono de trabajo previsto en el inciso h) del artículo 25 del texto único ordenado del decreto legislativo No. 728, ley de productividad y competitividad laboral (en adelante, “LPCL”).

Otro punto relevante es determinar la configuración del despido fraudulento en el caso y qué elementos permiten concluir que se está – o no - ante dicho tipo de despido.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

Jesús Enrique Rojas Paucar (en adelante, “el señor Rojas” o “el demandante”) prestó servicios para Saga Falabella S.A. (en adelante, “la empresa” o “SAGA FALABELLA”) desde el 16 de julio de 2011 hasta el 30 de mayo de 2020 desempeñando el cargo de “auxiliar montacarguista”.

El 15 de marzo de 2020, a causa de la propagación de la Covid-19 a nivel mundial, el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Supremo No. 44-2020-PCM, mediante el cual declaró el estado de emergencia nacional, dando inicio al aislamiento social obligatorio. Se exceptuó de esta medida al personal estrictamente necesario que participaba en la prestación de servicios esenciales como la producción de alimentos, farmacéuticos, servicios de agua, energía, entre otros. Debido a que la empresa no desarrollaba alguna actividad que calificara como esencial, paralizó sus actividades y otorgó una licencia con goce de haber compensable a sus trabajadores (entre ellos, al señor Rojas).

El 10 de mayo de 2020, luego de obtener el permiso de las autoridades competentes (el Ministerio de la Producción y el Ministerio de Salud), la empresa cursó una comunicación a sus trabajadores dando a conocer que - a través de protocolos preventivos - se implementaron las medidas necesarias para garantizar la seguridad y salud en el trabajo, por lo que solicitó la reincorporación al centro laboral de los trabajadores¹. Cabe precisar que, debido a la naturaleza

¹ Ello en consonancia con el Decreto Supremo No. 80-2020-PCM, de fecha 3 de mayo de 2020, mediante el cual se aprobó la reanudación de las actividades económicas, constanding de 4 fases para su implementación, la cual inició con la fase 1 a partir de mayo de 2020 (fase en la cual se encontraba la empresa).

de las labores del señor Rojas, este no podía desempeñarse en su puesto si es que no se encontraba físicamente en el centro de trabajo².

En cumplimiento de lo comunicado por la empresa, desde el 11 de mayo de 2020 el señor Rojas asistió a laborar³, recibiendo el Plan para la vigilancia, prevención y control del Covid-19 en el trabajo (en adelante, “el Plan”) tal como lo disponía la Resolución Ministerial No. 239-2020 MINSa posteriormente modificada por la Resolución Ministerial 265-2020 MINSa. Sin embargo, al día siguiente, esto es el 12 de mayo de 2020, al asistir a laborar tuvo conocimiento de que un trabajador de su área había dado positivo a la prueba de Covid-19.

Por ello, el 13 de mayo de 2020 envió una carta a la empresa comunicando que no asistiría a laborar ejerciendo su derecho a la resistencia con el fin de proteger y preservar su derecho a la vida, a la salud y la de su familia. Sustentó su decisión en que i) el Plan no cumplía con la normativa emitida por el Ministerio de Salud⁴ y ii) la empresa no realizaba la prueba de descarte Covid-19 a los trabajadores que estuvieron en contacto con los trabajadores infectados.

Ante dicha comunicación, el 18 de mayo de 2020 la empresa respondió la carta señalando que sí se cumplía con la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo, y que adicionalmente había implementado otras medidas en aras de resguardar la seguridad de sus trabajadores. Una vez recibida la respuesta, el señor Rojas acudió a laborar el 19 de mayo de 2020. Sin embargo, dicho día el personal de la empresa le señaló que, como medida de prevención (debido a que él señalaba que tuvo contacto con trabajadores infectados), debía retornar a su domicilio y acudir al día siguiente para ser evaluado por el médico ocupacional.

No obstante, horas después, la empresa envió al señor Rojas una carta de preaviso de despido imputándole las faltas graves previstas en los incisos “a” y “h” del artículo 25 de la LPCL. En

² Si bien desconocemos el detalle del perfil del puesto de “auxiliar montacarguista” que manejaba la empresa, es de conocimiento público que, por lo general, los auxiliares montacarguistas realizan tareas asociadas a la carga y descarga de mercancías. Es decir, descargan o abastecen camiones de producción.

³ Es importante aclarar que partiremos de la premisa de que el señor Rojas no pertenecía al grupo de riesgo definido por la R.M. 265-2020-MINSa toda vez que no era una persona mayor de 60 años ni informó contar con alguna comorbilidad.

⁴ Específicamente las obligaciones de la entrega de lentes y guantes y señalización de los ambientes del centro de trabajo.

ella señaló que, debido a que no acudió a laborar los días 13, 14, 15 y 16 de mayo de 2020, sin presentar documento legal y válido que acredite el motivo de sus inasistencias, se había configurado la falta grave prevista en el inciso “h”. Asimismo, al haber inasistido a laborar pese a tener conocimiento de que era su obligación cumplir con la jornada laboral incumplió sus obligaciones laborales más trascendentales quebrantando la buena fe laboral, lo que implica la comisión de la falta grave prevista en el inciso “a”. Dicha carta cumplió con otorgar al señor Rojas el plazo de 6 días naturales para la presentación de los descargos que considerase pertinentes.

El 20 de mayo de 2020 el demandante contestó la carta de preaviso de despido dentro del plazo otorgado. En dicha carta, no negó haber inasistido los días señalados por la empresa, pero afirmó haber presentado documento válido que justificaba sus faltas: la carta de fecha 13 de mayo de 2020 mediante la cual comunicó el ejercicio de su derecho a la resistencia. Sin embargo, con fecha de 30 de mayo de 2020, al no haber logrado desacreditar los hechos, la empresa le envió la carta de despido informando la decisión de culminar la relación laboral el mismo día y reiterando los hechos e imputaciones señaladas en la carta de preaviso.

Al no encontrarse conforme con la decisión del despido, el 15 de julio de 2020 el señor Rojas interpuso su demanda contra la empresa solicitando como pretensión principal su reposición en el puesto de auxiliar montacarguista que desempeñaba al momento del cese, pues consideraba que su despido calificaba como fraudulento. Como pretensión subordinada, solicitó el pago de una indemnización por despido arbitrario.

En su escrito postulatorio alegó que fue víctima de un despido fraudulento al habersele imputado hechos que consideraba inexistentes⁵. Además, señaló que existió un ánimo perverso de la empresa para despedirlo un día después de haberle contestado la carta del 13 de mayo de 2020, en la que comunicó su decisión de ejercer su derecho de resistencia. Incluso, afirmó que no tenía la obligación de asistir a laborar el 16 de mayo de 2020 (día imputado como inasistencia), toda vez que en dicha fecha se desinfectó el local de la empresa, siendo imposible que los trabajadores acudan a laborar por los productos tóxicos emanados en la desinfección.

⁵ Según la demanda del señor Rojas, el hecho inexistente sería el cumplimiento por parte de la empresa de los lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a Covid-19.

Por su parte, la empresa argumentó que el despido del señor Rojas no pudo ser fraudulento en tanto se sustentó en hechos que sí existieron y que el demandante no negó (inasistir al centro de trabajo los días 13, 14, 15 y 16 de mayo de 2020).

Con fecha 2 de septiembre del 2021, el Décimo Cuarto Juzgado de Trabajo de Lima emitió sentencia de primera instancia declarando infundada la pretensión de reposición, pues consideró que los hechos señalados como fraudulentos sí existieron. Sin embargo, declaró fundada la pretensión de indemnización por despido arbitrario, señalando que las inasistencias del señor Rojas no debieron dar lugar al despido, pues existió un miedo justificado por la situación de emergencia sanitaria en el contexto del Covid-19. Por ello, concluyó que la decisión tomada por la empresa no fue proporcional.

El señor Rojas y la empresa interpusieron un recurso de apelación⁶.

Con fecha 21 de marzo de 2022 se emitió sentencia de segunda instancia por la Segunda Sala Laboral de Lima declarando fundada la indemnización por despido arbitrario al considerar que, debido a que el 16 de mayo de 2020 la empresa desinfectó el centro de trabajo, era imposible que el trabajador asista a laborar. Por lo tanto, no se configuró la inasistencia por más de tres días consecutivos deviniendo el despido en arbitrario.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS:

De acuerdo con los hechos relevantes, corresponde analizar los siguientes problemas jurídicos:

Primer problema jurídico principal: Determinar si, el contexto de los primeros meses de estado de emergencia causado por el Covid-19 (esto es, inexistencia de vacunas, contagio masivo y escasez de pruebas rápidas), justifica que un trabajador no asista a laborar ejerciendo su derecho de resistencia por miedo al contagio de un compañero infectado.

⁶ Sin embargo, el señor Rojas comunicó el desistimiento de su recurso de apelación durante la audiencia de vista de la causa, por lo que este extremo no fue analizado por la Sala.

Segundo problema jurídico principal: Determinar si se configuró el abandono de trabajo previsto en el literal “h” del artículo 25 del Decreto Legislativo No 728 aun cuando el trabajador comunicó que se ausentaría del trabajo ejerciendo su derecho a la resistencia.

Tercer problema jurídico principal: Determinar si, considerando los hechos del caso y la actuación de la empresa, el despido del cual fue objeto el señor Rojas devino en fraudulento o arbitrario.

Cuarto problema jurídico principal: Determinar si, considerando el contexto originado por el Covid-19, la sanción de despido al trabajador que inasistió a laborar por miedo al contagio ha respetado el principio de razonabilidad y proporcionalidad.

IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Primer problema jurídico principal: determinar si, el contexto de los primeros meses de estado de emergencia causado por el Covid-19 (esto es, inexistencia de vacunas, contagio masivo y escasez de pruebas rápidas), justifica que un trabajador no asista a laborar ejerciendo su derecho de resistencia por miedo al contagio de un compañero infectado

De la sentencia de vista materia de análisis se evidencia que el demandante sostiene que ejerció su derecho de resistencia debido a que, en primer lugar, el plan brindado por la empresa no cumplía con las exigencias establecidas por el Ministerio de Salud en la Resolución Ministerial No. 239-2020-MINSA y su modificatoria No. 265-2020-MINSA (específicamente la entrega de lentes de protección y guantes, la señalización de ambientes de trabajo y la supervisión de distanciamiento físico) y, en segundo lugar, solo aislaban al trabajador contagiado sin hacer la prueba de descarte del Covid-19 al trabajador que tuvo contacto con él.

En atención a ello, resulta preciso analizar las obligaciones de SAGA FALABELLA en materia de seguridad y salud en el trabajo de la empresa en el contexto del Covid-19.

1.1. El cumplimiento de las obligaciones de la empresa en materia de seguridad y salud en el trabajo

El 28 de abril de 2020, mediante la R.M. No. 239-2020-MINSA se aprobó el documento técnico “lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo a exposición a Covid-19”. Este fue modificado mediante la R.M. No. 265-2020-MINSA del 7 de mayo de 2020. En ambas resoluciones se establecieron las obligaciones de los empleadores en materia de seguridad y salud en el trabajo en el contexto de la reactivación de las actividades económicas durante la pandemia causada por el Covid-19.

Al respecto, el punto 6.1.19 del capítulo VI de la R.M. No. 239-2020-MINSA, “disposiciones generales” estableció que los niveles de riesgo de los puestos de trabajo se podían clasificar en i) riesgo bajo de exposición, ii) riesgo mediano de exposición, iii) riesgo alto de exposición y iv) riesgo muy alto. En ese sentido, se definió al puesto de riesgo bajo de exposición como aquel en el cual los trabajadores no tienen contacto cercano a menos de dos metros de distancia con el público en general. Es decir, tienen un contacto ocupacional mínimo con el público y otros compañeros de trabajo.

Además, el punto 7.1.4 del capítulo VII de la resolución ministerial mencionada, “disposiciones específicas”, estableció que el Plan para la vigilancia, prevención y control del Covid-19 en el trabajo debe especificar el riesgo de exposición a Covid-19 por puesto de trabajo (muy alto, alto, mediano o bajo). Por ello, SAGA FALABELLA estableció en su plan que el puesto de “auxiliar montacarguista” calificaba como de bajo riesgo, toda vez que los trabajadores no estaban en contacto con el público en general y debían mantener dos metros de distancia entre sí⁷.

Ahora bien, en el anexo 3 de la misma resolución ministerial se estableció que los empleadores estaban obligados a brindar a los trabajadores que laboren en puestos de riesgo bajo de exposición solo una mascarilla quirúrgica. Es decir, la empresa no estaba obligada a brindarle al señor Rojas lentes de protección ni guantes. Asimismo, si bien alegó falta de señalización de los ambientes, no aportó medio probatorio alguno para acreditar que efectivamente SAGA

⁷ En el presente informe se considerará que SAGA FALABELLA calificó de manera correcta el nivel de riesgo del puesto, pues no se tiene información precisa acerca de sus labores específicas.

FALABELLA no cumplió con ello⁸. Entonces, podemos concluir que la empresa sí ejecutó las obligaciones mencionadas por el demandante.

En segundo lugar, en cuanto a la obligación del empleador de realizar de pruebas de descarte Covid-19 a sus trabajadores, el punto 7.2.2.2 del capítulo VII de la R.M. No. 239-2020-MINSA, “disposiciones generales” estableció que de identificarse un caso sospechoso en trabajadores de puestos de trabajo de bajo riesgo se procederá con i) la aplicación de la ficha epidemiológica Covid-19 establecida por el Ministerio de Salud, ii) la aplicación de una prueba serológica o molecular COVID-19 al caso sospechoso, iii) la identificación de contactos en el domicilio y iv) la comunicación a la autoridad de salud de su jurisdicción para el seguimiento del caso.

En ese sentido, en el documento “alerta epidemiológica – código AE-016-2020”, publicado el 1 de mayo de 2020, se consideró como caso sospechoso a quien tiene una infección respiratoria aguda que presente i) dos o más síntomas y ii) contacto directo con un caso confirmado de Covid-19. Asimismo, se precisó que contacto directo es la persona que compartió el mismo ambiente de un caso confirmado por Covid-19 en una distancia menor de 1.5 metros. Aplicando al caso lo señalado, para que la empresa se haya encontrado obligada a realizar una prueba de descarte de Covid-19 al señor Rojas, este tendría que haber clasificado como un caso sospechoso. Sin embargo, este no alegó tener síntoma alguno.

En cuanto al contacto directo, el demandante no mencionó haber estado en contacto cercano con el trabajador infectado, sino solo que laboraban en la misma área. Si tenemos en cuenta que i) el área del centro de trabajo constaba de 92,759.77 m² y ii) en el turno del señor Rojas laboraban 155 personas, es razonable concluir que sí se respetaban los dos metros de distancia que SAGA FALABELLA estipuló en su plan. Entonces, el demandante no clasificaba como un caso sospechoso y, por tanto, la empresa no tenía la obligación de realizarle la prueba de descarte de Covid-19.

Ahora bien, consideramos que un análisis completo de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo del empleador en el contexto del Covid-19 implica no solo tener en cuenta

⁸ De hecho, este punto fue desvirtuado por la empresa en su carta de despido, en la cual se colocaron imágenes que acreditaban la señalización de los ambientes de trabajo.

lo señalado en las resoluciones ministeriales mencionadas, pues el numeral 8.2. de la R.M. 265-2020-MINSA establece que lo señalado por dicha normativa es el piso mínimo y que se podrán establecer otros lineamientos específicos para el Covid-19 según el sector. Esto va acorde con el principio de prevención establecido en el punto I del Título Preliminar de la Ley No. 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, “LSST”) el cual establece que el empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores.

En ese sentido, en aras de un análisis completo y exhaustivo, analizamos el documento técnico “Protocolo de comercio electrónico (e-commerce)”, el cual estableció los lineamientos específicos para el Covid-19 referente al sector de comercio electrónico, así como las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo establecidas para la prevención en el marco de los sistemas de gestión de seguridad y salud en el trabajo. Al respecto, verificamos que el Plan de la empresa cumplía con establecer todos los puntos y lineamientos que los documentos señalados consignaban.

Sin embargo, es relevante resaltar que en el punto 7.2 del Plan titulado “vigilancia de la salud del trabajador en el contexto del covid-19”, se prescribió que se vigilará permanente a los trabajadores expuestos a factores de riesgo de tipo psicosocial (condiciones de empleo, carga mental, carga de trabajo, doble presencia y otros) que se generen como consecuencia de trabajar en el contexto de la pandemia Covid-19 y, de ser necesario, se establecerán las medidas preventivas y correctivas que correspondan según lo determine el servicio de vigilancia médico ocupacional. Este punto va acorde con lo también consignado en la R.M. 265-2020-MINSA y el Protocolo de comercio electrónico (e-commerce).

Así las cosas, consideramos necesario reflexionar sobre los riesgos psicosociales en este caso, pues la salud mental de la población en general, y de los trabajadores que se veían obligados a retornar a trabajar presencialmente, se podía ver afectada a causa de la pandemia del Covid-19. Al respecto, la Organización Mundial de la Salud (en adelante, “OMS”) ha señalado que los riesgos psicosociales son situaciones relacionadas con las condiciones psicológicas y sociales del espacio de trabajo que pueden ser dañinas para la salud mental de los trabajadores (2010, p.29). Además, la Organización Internacional de Trabajo (en adelante, “OIT”) define a los riesgos psicosociales como:

“Las interacciones entre el medio ambiente de trabajo, el contenido del trabajo, las condiciones de organización y las capacidades, las necesidades y la cultura del trabajador, las consideraciones personales externas al trabajo que pueden – en función de las percepciones y la experiencia – tener influencia en la salud, el rendimiento en el trabajo y la satisfacción laboral”. (1984)

Esto es, se encuentran relacionados con la organización del trabajo, la cual forma parte de las condiciones de trabajo e influye en la seguridad y salud de los trabajadores a través de la exposición nociva a los riesgos psicosociales. Al respecto, el artículo 56 de la LSST establece la obligación de evaluar los riesgos psicosociales en el trabajo, lo cual es reforzado por el artículo 103 del Decreto Supremo No. 5-2012-TR, reglamento de la LSST.

Ahora, en cuanto a la situación específica generada por la pandemia, la OMS señaló que la amenaza del Covid-19 está generando un fuerte impacto psicológico en las sociedades (2020, p.9). De hecho, la OIT ha afirmado que, frente a un riesgo biológico, que en este caso sería la exposición al Covid-19 en el trabajo, se debe de prestar mucha atención al efecto generado en la salud mental de los trabajadores. En esa línea, en el manual “Gestión de los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo durante la pandemia del Covid-19” la OIT señala que, en el proceso de evaluación de riesgos, en un contexto de pandemia, se deben de tener en cuenta factores externos que afectan la salud mental, como el miedo a ser contagiado (2020, p. 10).

Los efectos de estos riesgos se presentan mediante síntomas de estrés en el trabajo. En el contexto del Covid-19 el estrés se encuentra relacionado con la exposición al contagio del virus, teniendo ello una repercusión importante en su salud mental. Tal como lo menciona Luz Martínez, esta situación supone una carga mental para los trabajadores, quienes estaban en la obligación de interpretar los continuos cambios normativos y preventivos que se iban actualizando en el 2020 (2020, p. 13). La situación se agrava en el caso de los trabajadores que tienen que asistir a laborar presencialmente, pues pueden enfrentarse a un estrés adicional producto de una mayor exposición al riesgo de contagio.

En cuanto a la situación de los trabajadores el Perú, la empresa Talent Consulting realizó un informe sobre el impacto del Covid-19 en los trabajadores, el cual reveló que las atenciones de asistencia psicológica ocuparon el 95.57% del total de atenciones en el 2020. Además, señaló

que la problemática de mayor atención en el mencionado año fue el estrés generado por el Covid-19.

Por ello, desde una perspectiva del principio de prevención, los empleadores deben centrar sus esfuerzos en identificar y prevenir los riesgos psicosociales que se presentan en el ámbito laboral asociados a la exposición del Covid-19.

Entonces, si bien hemos concluido que lo señalado por el demandante no contaba con fundamento jurídico alguno, ello no excluye el deber que tenía SAGA FALABELLA de atender los riesgos psicosociales a los que se pudo haber visto expuesto el señor Rojas, máxime si tenemos en cuenta que la empresa se encontraba en un retorno a la presencialidad en mayo de 2020, mes en el cual se reportaron 80 121 casos positivos de Covid-19 y 7 419 muertes a causa de dicha enfermedad⁹. Esto es, nos encontrábamos en una situación imprevisible y excepcional generada por una enfermedad prácticamente desconocida, ante la cual, como mencionamos, existía una angustia causada por la incertidumbre de los síntomas, la inexistencia de vacunas y la carencia de pruebas de diagnóstico del Covid-19.

Entonces, resulta necesario analizar el accionar de SAGA FALABELLA del 13 al 18 de mayo de 2020, esto es, la respuesta de la empresa ante la comunicación del demandante en la cual le exigía mejorar las medidas de prevención ante el Covid-19. Ello con el fin de conocer si es que realmente la empresa cumplió con su deber de vigilar a los trabajadores expuestos a los riesgos psicosociales generados a consecuencia de trabajar en el contexto de la pandemia (tal como lo estableció en su plan).

El análisis será complementado por los principios de la seguridad y salud en el trabajo, los cuales servirán de inspiración para estudiar la solución que, consideramos, la empresa debió de tomar frente a los reclamos del señor Rojas. Para ello es importante recordar que *“los principios son las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”* (Plá Rodríguez:1998).

⁹ Fuente: Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades. Viceministerio de Salud Pública. Ministerio de Salud del Gobierno del Perú.

Así las cosas, en primer lugar, el principio de prevención, mencionado líneas arriba, es definido por Salcedo como “*la obligación del empresario de proteger a los trabajadores frente a los riesgos profesionales*” (2000, p.15). En la misma línea, Estela Ospina señala que este principio tiene como objetivo “*el deber del empleador de garantizar, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores*” (2011, p.182).

En segundo lugar, se encuentra el principio de información y capacitación regulado en el artículo IV del título preliminar de la LSST el cual establece que los trabajadores reciben del empleador una oportuna información preventiva en la tarea a desarrollar. Por último, el principio de protección, regulado en el artículo IX del título preliminar del mismo cuerpo normativo, que prescribe que los empleadores deben asegurar condiciones de trabajo dignas que garanticen a los trabajadores un estado de vida saludable (física, social y mentalmente).

Por ello, a la luz de los principios de prevención y protección, lo ideal hubiera sido que, dentro de la respuesta que la empresa le brindó al señor Rojas, SAGA FALABELLA le consulte por su estado de salud, toda vez que, tal como hemos señalado, el contexto sanitario en el que nos encontrábamos en mayo de 2020 era crítico. La situación se agrava si tenemos en cuenta que el demandante se encontraba en el tránsito de regresar a laborar de manera presencial en una época en la cual no existían vacunas contra la enfermedad y había una escasez de pruebas de Covid-19.

Entonces, una acción importante a tomar consistía en el ofrecimiento de acompañamiento psicológico dependiendo del estado de salud mental del señor Rojas, tal como lo señaló la Organización de las Naciones Unidas en el documento “*Policy brief: Covid-19 and the need for action on mental health*” del 13 de mayo de 2020.

Recordemos que, tal como lo señala la OIT, las características individuales de los trabajadores deben tenerse en cuenta al evaluar los riesgos psicosociales ya que cada persona reacciona de manera diferente al estrés (2020, p. 10).

Con ello además se habría cumplido la obligación del empleador de vigilar la exposición a riesgos psicosociales generados como consecuencia de trabajar en el contexto del Covid-19, la cual se había establecido incluso en el Plan de SAGA FALABELLA.

Siguiendo en la misma línea, a la luz del principio de capacitación e información, lo ideal hubiera sido que la empresa le informe al trabajador que sí estaba cumpliendo con entregar los equipos de protección personal necesarios según el nivel del riesgo de su puesto, así como que existía una señalización adecuada y no era obligatorio que se le realice una prueba de descarte del Covid-19. Ello con el fin de mantener una comunicación de calidad con el trabajador y brindar actualizaciones precisas de información, lo cual fue recomendado por la OMS en el documento “Consideraciones psicosociales y de salud mental durante el broto del Covid-19” de fecha 12 de marzo de 2020.

Por ello, consideramos que, la empresa no cumplió con prevenir ni vigilar los riesgos psicosociales que pudieron haber estado presentes en el caso del señor Rojas. Ello pues, aplicando el principio de primacía de la realidad establecido en el artículo VIII de la LSST, si bien esta obligación se estableció en su Plan, de lo revisado no encontramos alguna acción de la empresa que nos lleve a concluir que realmente se cumplió. El mejor ejemplo lo encontramos en cómo actuó ante la comunicación del demandante.

Además, desde una lectura en conjunto de los principios de prevención, información y capacitación, y protección, lo más acorde con el sistema de seguridad y salud en el trabajo hubiera sido que SAGA FALABELLA responda la carta del señor Rojas explicándole por qué no correspondía lo que estaba exigiendo, así como indicándole las medidas implementadas para su protección y señalándole las consecuencias de sus inasistencias aun en el contexto de la pandemia. Si bien la empresa cumplió con responder la comunicación del demandante, al día siguiente inició un procedimiento disciplinario de despido, con lo cual consideramos que existió un divorcio muy rápido de la empresa de los principios de seguridad y salud en el trabajo.

Entonces, resulta claro que, con el accionar de la empresa, el derecho a la salud mental del señor Rojas se vio afectado. Ello pues SAGA FALABELLA incumplió con su deber de prevención, específicamente en lo referido a los riesgos psicosociales existentes en el retorno al trabajo presencial en el contexto del inicio del Covid-19. Por ello, cuando surgió una

situación que ameritaba que la empresa, en un ambiente de diálogo, no solo desvirtúe lo alegado por el demandante, sino que accione algún mecanismo de control de riesgo como la vigilancia del estado de salud del señor Rojas o el acompañamiento mediante llamadas, no manejó la situación acorde con los principios de seguridad y salud en el trabajo.

Al respecto, en diversas sentencias, el Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”) ha señalado que *“el derecho a la salud mental también es parte integrante del derecho a la salud, por tanto, se caracteriza por tener como único titular a la persona humana, poseer como contenido el derecho a disfrutar el mayor nivel posible de salud mental y todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico y mental de la persona humana”*. Si bien no conocemos con precisión los efectos que tuvo el accionar de la empresa en la salud mental del señor Rojas, las reacciones psicológicas pueden incluir un estado bajo de ánimo, ansiedad y agotamiento. Incluso pueden producirse reacciones físicas como problemas digestivos, cambios de apetito, entre otras. (OIT:2020)

1.2 El deber de obediencia y los límites al poder de dirección

A partir de lo analizado es posible concluir que, si bien lo exigido por el trabajador no tenía fundamento jurídico, SAGA FALABELLA no cumplió con prevenir ni vigilar los riesgos psicosociales que podrían haber estado afectando la salud del señor Rojas. Por ello, teniendo en cuenta que el caso se desarrolló en mayo de 2020, época en la cual existía una gran incertidumbre respecto a las causas del Covid-19 y sus consecuencias en la salud, consideramos pertinente analizar si el derecho de resistencia del señor Rojas representó un incumplimiento de su deber de obediencia.

Para comenzar, es conocido que todo contrato de trabajo tiene como objeto el que un trabajador preste sus servicios de manera personal, subordinada y a cambio de una remuneración. Respecto de estos tres elementos, el que singulariza la relación laboral es el de la subordinación, el cual es definido por Neves como *“el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla”* (2007, p.33). Es decir, en virtud de la subordinación el empleador posee la facultad de dirigir la relación laboral mediante la impartición de órdenes dirigidas hacia los trabajadores, fiscalizar el modo en cómo se realiza la prestación de servicios y sancionar los incumplimientos

derivados de la relación laboral. Todas estas facultades se reúnen en el poder de dirección y se encuentran expresamente reconocidas en el artículo 9 de la LPCL.

Ahora bien, lo mencionado anteriormente es óbice para destacar que el deber de obediencia del trabajador respecto de las órdenes del empleador se configura como una de sus principales obligaciones al ser una característica manifiesta de su dependencia en la relación laboral. De hecho, la subordinación implica que el primer deber del trabajador sea el de la obediencia. En ese sentido, en palabras de De Lama, la desobediencia vendría a ser la falta más grave toda vez que la relación de trabajo radica en la subordinación, por lo que el no acatar las órdenes que se recibe configura una falta inaceptable. (2014, p.8)

Sin embargo, es importante precisar que el poder de dirección del empleador no es ilimitado, sino que tiene límites para su ejercicio. Esto es, el poder de dirección no es absoluto, pues se encuentra limitado por los derechos fundamentales de los trabajadores, la legislación laboral, los convenios colectivos de trabajo, el reglamento interno, entre otros. Sobre esto, se ha indicado que existen dos tipos de límites que lo determinan: los llamados límites intrínsecos y extrínsecos. Al respecto, Carlos Blancas señala *“el poder de dirección no es ni puede ser absoluto porque su fundamento, la libertad de empresa, tampoco lo es; por el contrario, se encuentra sujeto a límites internos o funcionales, y a límites externos o jurídicos”*. (2007, p. 106)

De esta manera, los límites internos están delimitados por el propio contenido del derecho a la libertad de empresa en el contexto de la legislación laboral. Por su parte, los límites extrínsecos se corresponden con el principio de razonabilidad y los derechos fundamentales del trabajador. A efectos del presente informe resulta relevante el segundo límite por el cual las órdenes del empleador no pueden calificar como irrazonables ni contravenir derechos fundamentales de los que es titular la persona (y por ello, el trabajador).

Así pues, en relación con los derechos fundamentales, Valdes dal Ré afirma que entre los límites del poder del empleador se encuentra la primacía los derechos fundamentales del trabajador, incluidos sus derechos como persona, los cuales tienen vigencia en su entorno laboral debido al sujeto y la naturaleza de la relación jurídica en la que se encuentra (2003, p.47). De hecho, esto es reconocido en el propio artículo 23 de la Constitución según el cual

en toda relación laboral se deben respetar los derechos fundamentales del trabajador, así como su dignidad.

Entonces el empleador no está legitimado para dictar órdenes que atenten contra los derechos fundamentales del trabajador, pues de darse el caso el trabajador tendrá habilitado el derecho de desobedecerlas. Bajo esta premisa se reconoce el derecho de resistencia. Este concepto no es de elaboración normativa, sino que ha sido elaborado a través de la doctrina. Así las cosas, según Navarrete (2017, p. 109) se puede definir como: *“aquella prerrogativa de la que se encuentra investido el trabajador para afrontar la disposición que imparta el empleador fuera de los límites impuestos al poder de dirección, sustentándose en la desobediencia legítima.”*

Ello va en consonancia con lo señalado por Gónzales de Patto (2008, p.170):

“El derecho de resistencia supone la facultad del trabajador para no acatar órdenes empresariales ilícitas, vejatorias, arbitrarias, que impliquen grave riesgo o comporten abuso de derecho, que afecten a derechos inviolables del trabajador o coarten el libre desarrollo de su personalidad. Este derecho se fundamenta en el hecho de que el deber de obediencia del trabajador decae ante órdenes dadas por el empresario en el ejercicio “irregular” de su poder directivo”

Así pues, según lo mencionado, el derecho de resistencia procede ante un ejercicio irregular del poder de dirección del empleador ante el cual cabe el desacato legítimo por parte del trabajador sin que por ello pueda ser objeto de una sanción disciplinaria (Cano: 2005).

A partir de lo desarrollado en el presente apartado corresponde analizar si el ejercicio del derecho de resistencia del señor Rojas fue legítimo teniendo en cuenta el contexto del Covid-19. Al respecto, si bien en la sentencia de vista no se analiza este aspecto, pudimos conocer que en la carta en la que el demandante comunicó su decisión de ejercer su derecho a la resistencia se señaló que su fin era proteger su derecho a la vida y la salud¹⁰. Por ello, en su opinión nos encontraríamos ante una situación que supera el límite externo del poder de dirección, pues se estaría atentando contra los derechos fundamentales del demandante (derecho a la vida y a la salud).

¹⁰ Esto fue relatado en la sentencia de primera instancia.

Así pues, a continuación, se utilizará el test de razonabilidad para analizar si la orden de la empresa habilitó el derecho de resistencia del señor Rojas teniendo en cuenta el contexto suscitado de Covid-19 en mayo de 2020. Veamos:

1. Principio de idoneidad: mediante este principio se dilucida si la medida es idónea para cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo. En el presente caso, el ordenar que el señor Rojas asista a laborar busca que la empresa cumpla con su programa económico, manifestación de su derecho a la libertad de empresa, por lo que es una medida idónea y legítima.
2. Principio de necesidad: se busca determinar si la medida adoptada es la menos gravosa. Para ello se debe de tener en cuenta que i) la empresa no cumplió con su obligación de prevenir y vigilar los riesgos psicosociales, ii) el señor Rojas regresó a laborar en mayo de 2020, mes en el cual existía un gran contagio y muertes por la enfermedad, y iii) SAGA FALABELLA no actuó conforme a los principios de seguridad y salud en el trabajo al no brindarle una solución al momento en el que remitió su carta.

Así las cosas, podemos concluir que la orden de la empresa consistente en que el señor Rojas debía de asistir a laborar una vez obtenidos los permisos de los ministerios pertinentes para reanudar sus actividades, pero sin cumplir con su obligación de prevenir y vigilar los riesgos psicosociales del demandante no fue la medida menos gravosa.

3. Principio de proporcionalidad: se busca determinar si la afectación de uno de los derechos confrontados justifica la protección del otro. Si bien no se ha superado el anterior paso, se continuará con el ejercicio con el fin de realizar un análisis completo. En el presente caso tenemos, por un lado, el poder de dirección del empleador sustentado en el derecho a la libertad de empresa y, por otro lado, los derechos de salud y vida del trabajador. Al respecto, tal como lo establece Peces – Barba Martínez (1995, p.365) se debe de tener en cuenta que en los sistemas constitucionales democráticos debe prevalecer en caso de conflicto aquellos derechos que “más afecten o protejan al individuo y a su dignidad” o “más contribuyan al pleno desarrollo de su personalidad”.

Por ello, en el caso en concreto el derecho a la libertad de empresa no presenta un valor superior frente a los derechos a la vida y la salud del trabajador.

Ahora bien, consideramos que el demandante enfocó de una manera equivocada el incumplimiento de la empresa de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo. Ello pues, si bien SAGA FALABELLA cumplió con todo lo que el señor Rojas exigía en su carta del 13 de mayo de 2020, no sucedió lo mismo con su obligación de prevenir los riesgos psicosociales en el contexto del Covid-19. En esa línea, sostenemos que la orden impartida por la empresa consistente en que el demandante asista a laborar, sin prevenir ni vigilar los riesgos psicosociales generados como consecuencia de trabajar en el contexto del Covid-19, ha vulnerado el derecho a la salud del demandante, específicamente su derecho a la salud mental. Por lo tanto, el derecho a la resistencia del señor Rojas fue válido.

2. Segundo problema jurídico principal: Determinar si se configuró el abandono de trabajo previsto en el literal “h” del artículo 25 del Decreto Legislativo No 728 aun cuando el trabajador comunicó que se ausentaría del trabajo ejerciendo su derecho a la resistencia.

Tal como se ha señalado en el punto 2 del presente informe, el 13 de mayo de 2020 el señor Rojas remitió una carta a SAGA FALABELLA en la cual comunicó su decisión de ejercer su derecho de resistencia y solicitó que se mejoren las medidas de seguridad y salud en el trabajo en atención al Covid-19. Sin embargo, la empresa consideró que esta comunicación no era válida ni justificaba las inasistencias de los días 13, 14, 15 y 16 de mayo, por lo que le imputó la falta grave regulada en el literal “h” de la LPCL, consistente en el abandono de trabajo por más de tres días consecutivos.

Ahora, para comenzar el análisis es relevante recalcar que, tal como se estableció en el apartado anterior, el derecho a la resistencia del señor Rojas fue válido, por lo que en realidad nos encontramos ante una vulneración de su derecho a la resistencia mediante la imposición de una sanción disciplinaria (de hecho, la más severa como es la imputación de una falta grave con el consecuente despido). Al respecto, concordamos con De Lama cuando menciona que resulta costumbre que, en gran de parte de los casos en los que el trabajador decide ejercer su derecho de resistencia, el empleador no tendrá reparos en sancionarlo (2014, p.71). El caso materia de análisis no es la excepción.

Aún así, a continuación, se realizará un análisis de los hechos a fin de analizar si la comunicación del demandante se podía comprender como una justificación a la inasistencia.

Al respecto, a nivel legislativo el artículo 37 del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, Decreto Supremo No. 1-96-TR, norma que reglamenta la LPCL, señala que para que no se configure el abandono de trabajo toda ausencia deberá ser puesta en conocimiento del empleador exponiendo las razones que la motivaron dentro del tercer día de producida más el término de la distancia.

Es decir, el trabajador tiene la obligación de comunicar al empleador las razones que motivaron sus inasistencias con el fin de que la falta grave no se configure. En ese sentido, el demandante cumplió con comunicar con anticipación a SAGA FALABELLA su decisión de inasistir al trabajo y expuso los motivos en una carta de siete hojas en las que desarrolló - basta y detenidamente - las inobservancias en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Ahora bien, a nivel jurisprudencial, en la sentencia recaída en el expediente No. 1177-2008-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que, en tanto exista un motivo objetivo que fuerce la voluntad del trabajador de asistir a su centro de trabajo, la falta de abandono de trabajo no se configura. Así las cosas, como hemos comentado a lo largo del presente informe, existió un motivo objetivo por el cual el señor Rojas no asistió a laborar: la exigencia de mejores medidas de protección en el trabajo ante el Covid-19.

Siguiendo en la misma línea, la doctrina ha desarrollado basta y largamente el tema. Al respecto, Carlos Blancas al referirse a dicha falta señala que incurre en grave infracción aquel trabajador que, sin justificación alguna, deja de concurrir a su centro de trabajo por más de tres días consecutivos y que para su configuración se requiere de dos requisitos: la reiterancia y la injustificación, precisando respecto a este último que la ausencia al trabajo adquiere relevancia únicamente cuando es injustificada, entendiendo por justificación la existencia de hechos independientes de la voluntad del trabajador y de los cuales no sea culpable que le impiden asistir al trabajo por lo que para la existencia de esta falta es necesaria la existencia del animus infringendi por parte del trabajador que se ausenta a sus labores. (2013, p. 264)

Nótese que, en opinión de Blancas, para la existencia de la falta grave de inasistencia al trabajo por más de tres días consecutivos es necesario que el trabajador haya tenido un ánimo de infringir su deber de asistir a laborar. Esto es, que la falta se base en su mera voluntad sin existir justificación alguna. Al respecto, consideramos que de la conducta del señor Rojas no se puede inferir ni acreditar *animus infringendi* alguno pues: i) remitió una carta exponiendo los motivos de sus inasistencias y, ii) apenas obtuvo respuesta por parte de SAGA FALABELLA, se acercó a las instalaciones de la empresa para reincorporarse al trabajo.

De hecho, en la misma línea, Alonso Olea y Alonso García (2010, p. 358) comentan que

*“La justificación impide de todo punto conceptuar las faltas de asistencia o puntualidad como causa de despido. **Por justificación habrá que entender, a nuestro juicio, la existencia de hechos independientes de la voluntad del trabajador y de los cuales no sea, en manera alguna, culpable, que le impiden asistir al trabajo o hacerlo puntualmente**”.*

(Énfasis agregado)

Entonces, la justificación vertida por el demandante cumple con lo recientemente señalado, toda vez que no se basa en hechos asociados a su voluntad ni culpabilidad, sino al miedo existente por el contagio al Covid-19. Por todo lo expuesto, consideramos que con la conducta del señor Rojas no se configuró la falta grave prevista en el literal h) del artículo 25 de la LPCL. Además porque – restaltamos - el demandante ejerció de manera válida su derecho de resistencia.

Ahora, si bien la conclusión de la sentencia de vista fue la misma, esto es que no se configuró la falta grave, no coincidimos en el modo en cómo resolvió el problema jurídico, pues se limitó a señalar que uno de los días imputados como inasistencia no debió de ser contabilizado ya que en dicha ocasión se desinfectó el local de la empresa.

En otras palabras, la Sala consideró que en la desinfección realizada por la empresa se emanaron gases tóxicos que habrían impedido que el demandante asista a laborar. Sin embargo, no tuvo en cuenta que la desinfección se efectuó simplemente con lejía y agua, hecho que alegó la empresa en la audiencia de juzgamiento (que pudimos observar a través de una grabación) y que va acorde con lo señalado en la R.M. No. 239-2020-MINSA y su modificatoria 265-2020-MINSA.

3. Tercer problema jurídico principal: Determinar si, considerando los hechos del caso y la actuación de la empresa, el despido del cual fue objeto el señor Rojas devino en fraudulento

Como señalamos en la descripción de los hechos, el señor Rojas solicitó, como pretensión principal, su reposición en el puesto que desempeñaba (auxiliar montacarguista) al considerar que su cese calificaba como un despido fraudulento. Como fundamento de su pretensión principal, el demandante alegó que su despido era fraudulento porque se le imputaron hechos inexistentes y existió un ánimo perverso de la empresa.

Ahora si bien en la audiencia de vista de la causa el señor Rojas se desistió de su apelación respecto a la pretensión principal, por lo cual la sentencia no analiza la existencia o no de un despido fraudulento, consideramos que, en aras de realizar un análisis completo de la problemática que subyace en el caso, es necesario determinar si el despido efectuado por la empresa calificó como fraudulento.

En ese sentido, en este apartado desarrollaremos brevemente el marco constitucional y jurisprudencial de la protección contra el despido fraudulento creado por el Tribunal Constitucional. A partir de ello, analizaremos si en el caso del señor Rojas se produjo un despido de este tipo.

3.1.1. Creación y configuración del despido fraudulento

De acuerdo con lo establecido por el artículo 22 de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, “la Constitución”), el derecho al trabajo tiene rango constitucional. En ese sentido, en su artículo 27 se establece que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

En atención a ello, según la legislación nacional laboral, específicamente la LPCL, en nuestro ordenamiento jurídico solo existen dos tipos de despidos: el despido arbitrario y el despido nulo. Al respecto, el artículo 34 del mismo cuerpo normativo reconoce su existencia y regula su forma de protección:

“(…) Si el **despido es arbitrario** por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, **el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38 como única reparación por el daño sufrido.** Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

En los casos de **despido nulo**, si se declara fundada la demanda **el trabajador será repuesto en su empleo**, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el artículo 38.”

(Énfasis agregado)

Sin embargo, este artículo fue blanco de críticas, pues se señalaba que limitaba la tutela que el trabajador recibía frente a un despido arbitrario al consagrar la indemnización como única forma de reparación. Por ello, el TC en la sentencia recaída en el expediente No. 1124-2001-AA/TC (caso Telefónica), efectuó un control difuso del citado segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL, argumentando que afectaba el contenido esencial del derecho al trabajo en el aspecto a no ser despedido sino por causa justa.

Así, de acuerdo con Neves Mujica (2015, p. 232), el TC habría creado dos subtipos de despido arbitrario dependiendo de la razón por la cual se configuraba el despido. Entonces, el despido arbitrario se divide en despido incausado cuando no se expresa causa de despido y en despido injustificado cuando, pese a haberse invocado una causa, esta no se pueda demostrar en juicio.

Ahora bien, los tres mencionados tipos de despido (nulo, incausado e injustificado) no son los únicos existentes a la fecha, pues el TC ha incorporado el despido fraudulento mediante la sentencia No. 976-2001-AA/TC (caso Llanos Huasco) siendo que en el fundamento 15 de esta sentencia lo definió por primera vez:

*“Se produce el denominado despido 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 falta no prevista legalmente**, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N° 415-987-AA/TC y 150-2000-AA/TC) o se produce la **extinción de la***

relación laboral con vicio de la voluntad (Exp. N° 628-2001-AA/TC) **o mediante la “fabricación de pruebas”**.

En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgado o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforme a ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo.

(Énfasis agregado)

Entonces, a efectos de que el despido fraudulento se configure será necesario que concurren los siguientes elementos:

1. Existencia de ánimo perverso (mala fe) y voluntad de engaño por parte del empleador:
El empleador se sirve del despido como mera formalidad y su voluntad de actuar de mala fe no se puede presumir¹¹.
2. Configuración de alguno de los cuatro supuestos mencionados por el Tribunal Constitucional:
 - 2.1. Imputación de hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios.
 - 2.2. Atribución de una falta no prevista legalmente (vulneración del principio de tipicidad)
 - 2.3. Extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad
 - 2.4. Extinción de la relación laboral mediante la fabricación de pruebas

¹¹ Esto de acuerdo con criterio jurisprudencial. Al respecto, el octavo considerando de la Casación Laboral no. 16565-2013-LIMA estableció que no será suficiente la acreditación de la inexistencia o falsedad de la conducta atribuida a un trabajador como base del despido, sino que deberá llegarse a la convicción de que esta inexistencia o falsedad era notoria pues solo a través de esto último se hará patente el ánimo desleal que ha motivado la actuación del empleador.

Así las cosas, de conformidad con lo señalado por Quiñones (2014, p. 25) nos encontramos ante un despido en el cual el, si bien el empleador cumple con imputar una causa establecida legalmente, esta no justifica realmente la extinción de la relación laboral.

Ahora bien, es importante resaltar que la mencionada sentencia recaída referente al caso Llanos Huasco señaló en su considerando decimosexto que la tutela frente al despido arbitrario puede ser tanto restitutoria (reposición) como resarcitoria (indemnización).

3.1.2. Análisis de los elementos del despido fraudulento y su supuesta configuración en los hechos del caso

Habiendo desarrollado la configuración del despido fraudulento en nuestro ordenamiento jurídico, corresponde analizar si es que este se configuró en el caso materia de la sentencia.

Tal como señalamos anteriormente, el señor Rojas sostiene que habría sido víctima de un despido fraudulento por parte de SAGA FALABELLA pues se le imputaron hechos inexistentes y existió un ánimo perverso por parte de la empresa. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que, tal como hemos venido analizando en el presente informe, el derecho a la resistencia del demandante resultaba fundado. A continuación, mencionaremos cada supuesto del despido fraudulento desarrollado por el Tribunal Constitucional con el fin de determinar si se encuentran en el caso:

A. Existencia de ánimo perverso (mala fe) y voluntad de engaño por parte del empleador

En relación con este elemento, el señor Rojas señala que el ánimo perverso de la empresa se demuestra al sancionarlo con el despido un día después de contestar la carta en la cual comunicó su decisión de ejercer su derecho de resistencia. De una revisión del expediente, confirmamos que lo señalado por el demandante en este punto es cierto. Sin embargo, consideramos que la sola alegación de este argumento es insuficiente para probar *per se* la existencia de un ánimo perverso por parte de SAGA FALABELLA.

Es importante tener en cuenta que, tal como señalamos anteriormente, y como afirma también diversa jurisprudencia, el ánimo perverso no se puede presumir, sino todo lo contrario: se debe de acreditar. A modo de ejemplo, en el considerando octavo de la Casación Laboral No. 18225-2016-DEL SANTA la Corte Suprema consideró que en dicho caso no se estaba ante un despido

fraudulento pues la falta imputada sí se cometió y el ánimo perverso de la demandada no se acreditó.

En ese sentido, según el artículo 23.1 de la Ley No. 29247, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, “NLPT”) la carga de la prueba le corresponde a quien alega los hechos que configuran su pretensión. Esto es, le correspondía al señor Rojas acreditar la configuración del fraude en la actuación de SAGA FALABELLA al momento de despedirlo. Al respecto, con el fin de facilitar la carga probatoria del trabajador, la NLPT ha instaurado la prueba indiciaria. Esta se encuentra prevista en el artículo 23.5 de dicho cuerpo normativo y señala que, en los casos en los que de la demanda y las pruebas actuadas aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez deberá darlo por cierto.

Sin embargo, el trabajador se encuentra ante un escenario probatorio complicado al momento de acreditar que ha sido objeto de un despido fraudulento. Al respecto, la doctrina comparada se ha pronunciado al señalar que las conductas lesivas de derechos fundamentales nunca se presentarán como tales, sino enmascaradas (García – Perrote: 1994).

Así las cosas, algunos indicios que consideramos relevantes son i) la decisión de la empresa de iniciar un procedimiento de despido apenas un día después de remitida la carta en la que le comunicaban que sí cumplían con sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo. En nuestra opinión, ello demostraría la nula voluntad de SAGA FALABELLA de transmitir información con el fin de que el señor Rojas asista a laborar y ii) el enviar al demandante a su hogar cuando asistió a trabajar con la excusa de que regrese al día siguiente para atenderse con la médico ocupacional, lo cual resultó falso pues el mismo día le remitieron la carta de preaviso.

Los indicios mencionados serán reforzados en caso el actuar de SAGA FALABELLA se subsuma en alguno de los cuatro supuestos siguientes. Veamos.

B. Configuración de alguno de los cuatro supuestos mencionados por el TC

3.1. Hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios

Como hemos señalado anteriormente en este informe, el hecho que generó la imputación de las faltas graves consistió en la inasistencia injustificada del señor Rojas los días 13, 14,

15 y 16 de mayo de 2020. Sin embargo, estas no ocurrieron, pues el demandante sí justificó debidamente sus inasistencias con su carta de derecho a la resistencia (el cual era legítimo). Al respecto, coincidimos con De Lama Laura cuando señala que cuando se verifica que el motivo subyacente a la causal de despido alegada por el empleador esconde una sanción irregular por una desobediencia permitida, nos encontramos ante la sanción de una falta inexistente, falsa o imaginaria (2014, p.85).

3.2. Atribución de una falta no prevista legalmente:

En la carta de preaviso de despido remitida al demandante, SAGA FALABELLA imputó las faltas graves previstas en los incisos a) y h) del artículo 25 de la LPCL. Precisamente la reiterada resistencia a las órdenes del empleador y el abandono de trabajo.

Respecto a la primera, es importante traer a colación que, tal como lo mencionamos en líneas anteriores, la orden de la empresa consistente en que el señor Rojas asista a laborar no era lícita, toda vez que atentaba contra la salud mental del demandante. Entonces, si tenemos en cuenta que el inciso a) hace referencia a la resistencia a órdenes lícitas (y en el presente caso la orden de SAGA FALABELLA era ilícita) podemos concluir válidamente que la falta imputada por empresa no se encontraba prevista legalmente.

3.3. Extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad:

De los hechos del caso no se desprende que el accionar del demandante haya tenido como causa algún vicio de la voluntad, sino todo lo contrario pues él mismo fundamenta y defiende que sus inasistencias se debieron al ejercicio legítimo del ejercicio de su derecho de resistencia.

3.4. Fabricación de pruebas:

Conforme hemos señalado, la prueba que sustentó el despido del demandante fue el registro de asistencias de la empresa en el cual se pudo comprobar que el señor Rojas no asistió durante ninguno de los cuatro días imputados (medio probatorio que no ha sido cuestionado). Por ello, en el caso materia de análisis no es posible concluir que SAGA FALABELLA haya fabricado pruebas para sustentar el despido. Esto es, tampoco nos encontramos dentro de este último supuesto.

En virtud a lo anterior, podemos apreciar que en el presente caso se hubiera podido subsumir la actuación de SAGA FALABELLA ya sea en la existencia de hechos falsos o en la imputación de una falta no prevista legalmente.

4. Cuarto problema jurídico principal: considerando el contexto originado por el Covid-19 ¿la sanción de despido al trabajador que inasistió a laborar por miedo al contagio ha respetado el principio de razonabilidad y proporcionalidad?

Sin perjuicio de concluir que el despido del señor Rojas se configuró como fraudulento, consideramos importante determinar si la sanción impuesta por SAGA FALABELLA respetó el principio de razonabilidad y proporcionalidad con el fin de contar con un análisis completo de la problemática.

La facultad sancionatoria del empleador deriva de su poder de dirección y consiste en “*la potestad para corregir durante el desarrollo de la relación laboral las acciones u omisiones del trabajador que constituyan un incumplimiento de sus obligaciones laborales*” (Espinoza: 2017). Sin embargo, tal como se señala en el artículo 9 de la LPCL, esta debe ejercerse “dentro de los límites de la razonabilidad”

Al respecto, Toyama señala que el empleador debe de observar ciertos criterios cuando ejerza sus facultades de dirección, tales como la razonabilidad y proporcionalidad (2009). En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente No. 606-2010-PA/TC señaló lo siguiente sobre el principio de razonabilidad y proporcionalidad para el despido relacionado con la conducta del trabajador:

"c. El resultado de una sanción en el procedimiento de despido no solo debe ser consecuencia de que se respeten las garantías formales propias de un procedimiento disciplinario, sino, además, de que sea acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

d. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad al momentos de imponer la sanción de despido se aplicarán teniendo presente la gravedad de la falta cometida, la categoría, la antigüedad y los antecedentes disciplinarios del trabajador, entre otros aspectos".

Además, la Corte Suprema en la Casación Laboral No. 19286-2017-LIMA señaló que:

*Décimo Sexto: De lo descrito se tiene -coincidentemente con la posición de las instancias de mérito- que la falta imputada al actor se encuentra acreditada. No obstante, este Supremo Colegiado ha sostenido en reiterados pronunciamientos referidos al artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, que **la graduación o determinación de la gravedad dependerá de cada supuesto de despido previsto en la norma, en el que debe evaluarse una serie de circunstancias**, como: la antigüedad del trabajador, que el hecho no haya sido sancionado con anterioridad, la existencia o no de advertencias previas al trabajador, la habitual tolerancia a ciertas conductas, la reiteración en el incumplimiento, las circunstancias personales del trabajador en el momento del incumplimiento; y también las consecuencias del incumplimiento del trabajador, como las repercusiones económicas del mismo, el hecho de que el incumplimiento se haya escenificado públicamente o no, entre otros supuestos, ello con la finalidad de evaluar la gravedad o intensidad de la conducta que, eventualmente, conlleve a la imposición de una sanción, como puede ser la extinción del contrato de trabajo, todo lo cual se orienta a la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en el marco de las relaciones laborales."*

(Énfasis agregado)

En el caso en concreto es importante tener en cuenta que, aun cuando SAGA FALABELLA hubiera concluido que el demandante incurrió en la falta grave referida a las inasistencias injustificadas por más de tres días consecutivos, se debieron de valorar los antecedentes disciplinarios del trabajador o considerar que el señor Rojas cumplió con comunicar oportunamente las razones de sus inasistencias al centro de trabajo debido al miedo fundado de contagio del Covid-19.

En ese sentido, concluimos que la sanción de despido impuesta al demandante resulta desproporcionada e irrazonable. Más aún si, teniendo en cuenta el contexto del Covid-19, y con la finalidad de evitar pérdidas en el empleo, el gobierno promulgó el Decreto Supremo No. 38-2020-TR, en el cual se brindaron una serie de alternativas que el empleador debía de tener en cuenta antes de culminar una relación laboral.

5. CONCLUSIONES

1. No resulta suficiente que, en el contexto de la pandemia, los empleadores cumplan con entregar los equipos de protección personal, señalar los ambientes y supervisar el distanciamiento físico entre trabajadores para garantizar la seguridad y salud en el trabajo. Ello pues el Covid-19 incide en la salud mental de los trabajadores causando estrés, ansiedad, angustia, entre otros síntomas que dependerán en mucho de la organización de trabajo que el empleador adopte cuando decida reiniciar sus actividades.
2. En atención a ello, es necesario que el empleador evalúe los riesgos psicosociales que puedan surgir en el retorno al trabajo en el contexto del Covid-19 con el fin de preverlos y, de ser el caso, adoptar mecanismos de control como acompañamiento psicológico, comunicación precisa y clara de los mecanismos adoptados para prevenir el contagio en el trabajo, seguimiento del caso, entre otros. Todo ello enmarcado en un contexto de diálogo social entre trabajadores y empleadores, teniendo como base el principio de prevención.
3. El derecho a la resistencia solo resulta válido cuando la orden impartida por el empleador se encuentra fuera de los límites de su poder de dirección. Esto es, cuando la orden califica como arbitraria e ilícita, en cuyo caso el trabajador no tiene el deber de obedecerla. Entonces, los supuestos en los que el derecho de resistencia se ejerce son contra órdenes que superan los límites internos y contra órdenes que superan los límites externos (razonabilidad, dignidad y derechos fundamentales). Para analizar si una orden atenta contra un derecho fundamental y, por tanto, habilita el ejercicio del derecho de resistencia será de utilidad el test de razonabilidad.
4. El abandono de trabajo se configura cuando el trabajador inasiste a laborar por más de tres días consecutivos y sin justificar su falta. Por justificación se entenderá la existencia de hechos independientes de la voluntad del trabajador y de los cuales no sea culpable. Así las cosas, cuando un trabajador comunica el ejercicio de su derecho a la resistencia a causa de los riesgos asociados al Covid-19, se entenderá que ha justificado su falta.
5. El despido de un trabajador que ha ejercido válidamente su derecho a la resistencia calificara como fraudulento en caso se le imponga la falta grave de reiterada resistencia a las órdenes impartidas por el empleador, toda vez que se ha determinado que la orden es arbitraria. Además, al haberse determinado que las faltas son inexistentes, también se podría subsumir en este tipo de despido.

6. RECOMENDACIONES

El Covid-19 ha impactado en la salud mental de la sociedad en general (y por ende en la salud mental de los trabajadores). A raíz de ello, los empleadores, como garantes de la seguridad y salud en el trabajo, se encuentran en la obligación de “visibilizar lo invisible”: los riesgos psicosociales que muchas veces pasan inadvertidos se hacen latentes en época de pandemia.

Asimismo, sería recomendable que los empleadores analicen a detalle cuando un trabajador les comunique el ejercicio de su derecho a la resistencia, pues existe una mala costumbre de judicializar estos casos cuando la primera solución debería versar en una adecuada comunicación entre trabajadores y empleadores.

7. BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea, M. y Alonso García, R. (2010). *Derecho procesal del trabajo*. Editorial Civitas.

Blancas Bustamante, C. (2010). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Blancas Bustamante, C. (2013). *El despido en el derecho laboral peruano*. Jurista Editores.

Cano Galán, Y. (2005). “Derechos y deberes de los trabajadores”. En: *Temas actuales de Derecho Laboral*. Normas Legales. Trujillo, 2005.

De Lama, M. (2014). *El Ius resistentiae frente al deber de obediencia. Una visión sustantiva y procesal* (Maestría de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Martínez Martínez, L. (2020). Riesgos psicosociales y estrés laboral en tiempos de Covid-19: instrumentos para su evaluación. *Revista de Comunicación y Salud*, 10 (2), 301-321. <https://www.revistadecomunicacionysalud.es/index.php/rcys/article/view/212/182>

Navarrete Maldonado, A. (2017, diciembre). El derecho de resistencia frente a la disposición irrazonable del empleador. *Soluciones Laborales*, (120), 104-114.

Neves Mujica, J. (2007). *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Neves Mujica, J. (2015). El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral. Lima: *THEMIS – Revista de Derecho*, (67), 227-232.

Organización Mundial de la Salud (2010). Entornos Laborales Saludables: Fundamentos y Modelo de la OMS: Contextualización, Prácticas y Literatura de Apoyo http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44466/9789243500249_spa.pdf;jsessionid=39A3706BFE7E05F01581EF60C9AAFB9C?sequence=1

Organización Internacional del Trabajo. (2020, 29 de mayo). *Las normas de la OIT y la COVID-19* (Versión 2.1). OIT. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_739939.pdf

Organización Mundial de la Salud (2020). Consideraciones psicosociales y de salud mental durante el brote de Covid-19. <https://www.paho.org/es/documentos/consideraciones-psicosociales-salud-mental-durante-brote-covid-19>

Organización Mundial de la Salud. (2020). OMS: el impacto psicológico del COVID-19 en la sociedad no debe ser ignorado. <https://www.dw.com/es/oms-el-impacto-psicologico-del-covid-19-en-la-sociedad-no-debe-ser-ignorado/a-52925095>

Organización Internacional del Trabajo. (2020). Gestión de los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo durante la pandemia de Covid-19. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/instructionalmaterial/wcms_763314.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (2020, 13 de mayo de 2020). *Policy Brief: Covid-19 and the need for action on mental health*. ONU. https://reliefweb.int/report/world/policy-brief-covid-19-and-need-action-mental-health-13-may-2020?gclid=CjwKCAjwk_WVBhBZEiwAUHQcmSalhylPUfAKg91-hWW81Hh7Rs_7iKY8aIs90_3mNLJgzJ5QHUPVMhoC94cQAvD_BwE

Ospina, E. (2011). El Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo. Principios. *Derecho & Sociedad*, (37). 181-183.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13170>

Pacheco, L. (2013). El deber de obediencia del trabajador. En A. de los Heros (Coord.), *Homenaje aniversario de la SPDTSS: Año de las 25 Bodas de Plata de la Sociedad* (pp. 259-282). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Grijley.

Peces-Barba Martínez, G. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado.

Pla Rodríguez, A. (1998). *Los principios del Derecho del trabajo* (3° ed.). Depalma.

Quiñones Infante, S. y otros (2014). El despido laboral. Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento. *Gaceta Jurídica*.

Salcedo Beltrán, C. (2000). *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*. Tirant lo Blanch.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente No.1124-2001-AA/TC. 11 de julio de 2002. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente No. 976-2001-AA/TC. 13 de marzo de 2003. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00976-2001-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente No. 1177-2008-PA/TC Lima del 2 de junio de 2010. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01177-2008-AA.html>

Valdés Dal-Ré, F (2003). Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador. En A. VARIOS, *Libro de Informes Generales - XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 37-159. Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA LABORAL PERMANENTE**

SENTENCIA DE VISTA

EXPEDIENTE N° 05288-2020-0-1801-JR-LA-14

Resolución Número: 15

Lima, veintiuno de marzo de dos mil veintidós.

Observando las formalidades previstas por el artículo 131° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, realizada la vista de la causa e interviniendo como magistrado ponente el Juez Superior **Ciro L. Fuentes Lobato**, esta Sala Laboral emite la presente resolución con base en lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

Resolución materia de apelación. Se trata de los recursos de apelación, formulados por ambas partes procesales, contra la Sentencia N° 278-2021-14JLPL, contenida en la Resolución N° 08, de fecha 02 de setiembre de 2021, que resolvió declarar: **FUNDADA LA DEMANDA** sobre indemnización por despido arbitrario e **INFUNDADA** la pretensión de reposición por despido fraudulento.

Fundamentos de la apelación:

La parte demandante, mediante escrito de apelación de fecha 13 de setiembre de 2021, expresa como agravios los siguientes:

- La sentencia dictada por el Juez no se encuentra debidamente motivada, respecto de la pretensión de reposición por despido fraudulento, pues contiene motivación insuficiente e incongruente, por lo que debe ser anulada.
- La pretensión de reposición por despido fraudulento debe ser amparada, puesto que en el caso se encuentra probado que las faltas imputadas al actor por la demandada son inexistentes y fueron creadas con el único ánimo perverso de cesarlo arbitrariamente.

La parte demandada, mediante escrito de apelación de fecha 14 de setiembre de 2021, expresa como agravios los siguientes:

- La sentencia dictada por el Juez no se encuentra debidamente motivada, respecto de la pretensión de indemnización por despido arbitrario, pues contiene falta de motivación interna de razonamiento y motivación aparente respecto del animus infringiendi del actor al no acudir a su centro de labores; sin embargo, dicha interpretación es ajena a la propia regulación normativa del artículo 25 literal h) del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR.
- El Juez no ha valorado debidamente los medios probatorios adjuntados a la contestación de demanda, como las autorizaciones del Ministerio de la Producción, respecto del permiso económico para operar en su rubro económico de fecha 07 de mayo de 2020. Luego, con fecha 9 de mayo de 2020, Saga Falabella registró en el SISCOVID del Ministerio de Salud su respectivo plan para la vigilancia, prevención y control de la Covid-19 en el centro de trabajo en base a la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA, la misma que fue aceptada con fecha 12 de mayo de 2020, día en el que el demandante se reincorporó a su centro de labores. Que es errada la

apreciación del Juzgado de que la sanción no es proporcional con la falta cometida por el actor, ya que el riesgo médico por la emergencia sanitaria fue debidamente evaluado y que, por ello, el trabajador se encontraba obligado a asistir a su centro de labores; asimismo, ante la situación de emergencia sanitaria por la Covid-19, sí cumplía con las medidas de bioseguridad y prevención frente al contagio de la pandemia en su centro de labores, teniendo, inclusive, la autorización de los sectores involucrados previamente, por lo que al no haberse considerado estos hechos la sentencia debe ser anulada.

- En caso que se desestime la pretensión impugnatoria de nulidad de la sentencia, solicita se revoque la apelada, debido a que Saga Falabella si ha cumplido con acreditar el abandono de trabajo del actor los días 13, 14, 15 y 16 de mayo de 2020.

II. **FUNDAMENTOS DE LA SALA:**

1. De conformidad con el artículo 364° del Código Procesal Civil, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional Superior examine a solicitud de parte, o de tercero legitimado, la resolución que le produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada total o parcialmente; por esta razón, el artículo 366° del Código Adjetivo citado, exige como requisito de fondo para su interposición, que sea fundamentada, indicando el impugnante el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria, pues sólo corresponde a la Sala Superior pronunciarse sobre los agravios que afectan al apelante.
2. El artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, señala que el proceso laboral se inspira, entre otros, en los

principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad, respecto del principio de oralidad determina que en el proceso laboral peruano primen las actuaciones orales, sin que esto suponga la exclusión absoluta del sistema escrito, la importancia se determina en la medida que se le concibe como la técnica idónea para que el juez pueda formarse de mejor manera la convicción sobre los hechos respecto de los cuales habrá que resolver.

3. Sobre la carga de la prueba, conforme al artículo 23° de la citada Ley Procesal laboral, corresponde a las partes probar los hechos que configuran su pretensión; y esencialmente al trabajador probar la existencia de la prestación personal del servicio, cuando corresponda; Asimismo, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador probar la existencia de la fuente normativa de los derechos alegados de origen distinto al constitucional o legal, el motivo de nulidad invocado, el acto de hostilidad padecido, y la existencia de daño alegado. Y al empleador, probar el pago, el cumplimiento de las normas, de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad, la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado, el estado del vínculo laboral y la causa del despido.

Análisis del caso concreto:

4. Conforme se advierte de autos, la demanda tiene como pretensiones materia de juicio:
 - a) **Pretensión Principal:** se ordene la **reposición** del actor **por despido fraudulento** en su puesto de trabajo, respetando el cargo y remuneración, tiempo de servicios y demás condiciones laborales existentes al momento del cese.

- b) **Pretensión Subordinada:** se ordene el pago de una indemnización por despido arbitrario.
- c) **Pretensión Accesorio:** el pago de intereses legales, costas y costos del proceso.

Alega que ingresó a laborar con fecha 16 de julio de 2011, desempeñando como último cargo el de Auxiliar Montacarguista en la Tienda Centro de Distribución, Área de Almacén – Villa El Salvador hasta el 30 de mayo de 2020. Asimismo, durante todo ese tiempo, ha mantenido siempre un legajo de servicios sin sanción disciplinaria alguna en su contra.

5. El *A quo* mediante la Sentencia N° 278-2021-14JLPL, que resolvió declarar:

FUNDADA LA DEMANDA sobre indemnización por despido arbitrario; en consecuencia: **ORDENA** que, consentida o ejecutoriada la presente, la demandada, pague a favor del demandante, dentro del tercer día de notificada con la presente sentencia, la suma de **S/. 15,276.00 soles (QUINCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS SOLES)**, más intereses legales respectivos, por la indemnización por despido arbitrario que reclama.

ORDENA que los pagos a que se refiere esta sentencia deberán efectuarse en la cuenta bancaria que el demandante debe señalar también obligatoriamente en etapa de ejecución; previa deducción de los descuentos de ley respectivos.

INFUNDADA la pretensión de reposición por despido fraudulento.

CONDÉNESE a la demandada el pago de costos y costas del proceso, el cual será liquidado en ejecución de sentencia.

6. Cabe puntualizar que el *A quo* declaró **infundada** la pretensión principal de **reposición por despido fraudulento**, al considerar básicamente que la parte demandante no acreditó su configuración en el caso de autos. Así, durante la **audiencia de vista de la causa**, (minuto 06:10) el abogado del

demandante no sustentó los agravios y fundamentos del recurso de apelación de sentencia, respecto de este extremo desestimado, sino formuló desistimiento del citado medio impugnatorio; siendo que el actor (minuto 09:45) se reafirmó expresamente en su pretensión de desistimiento del recurso de apelación de sentencia, respecto de la decisión desestimatoria de la pretensión principal de reposición por despido fraudulento, por cuanto ya no desea ser repuesto al trabajo, ya que está laborando ejerciendo su profesión. De tal manera, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 343° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, se tiene por **desistido** al demandante de este acto procesal, esto es, del recurso de apelación de sentencia.

7. Por otro lado, habiendo la demandada interpuesto recurso de apelación, respecto del extremo de indemnización por despido arbitrario, corresponde a este Colegiado Superior, vía revisión, pronunciarse únicamente respecto a los agravios expuestos en la apelación, teniendo en cuenta además que durante la audiencia de vista de la causa (minuto 15:32), el abogado de la emplazada, ha precisado que solo se debe pronunciar sobre el extremo de la indemnización por despido arbitrario, sosteniendo que los días de inasistencias imputadas como falta grave no han sido justificadas, por lo que -considera- que no hay despido arbitrario.

Respecto a la demanda - pretensión subordinada - de indemnización por despido arbitrario.

8. En primer lugar, cabe precisar, que el término de una relación laboral por decisión unilateral del empleador constituye un despido y de acuerdo a nuestro ordenamiento laboral, el despido como causal de extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador debe sustentarse en una **causa**

justa legalmente prevista. Esta causa justa puede encontrarse referida a dos supuestos diferentes: la capacidad y la conducta del trabajador.

9. Las causales de capacidad se encuentran detalladas en el artículo 23° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728°, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR y las causales de conducta son aquellas que se señalan en el artículo 24° de la misma norma. En lo que se refiere al procedimiento del despido, como lo regula el artículo 31° de la Ley que se analiza, en el caso de imputarse una causal relacionada a la conducta, se le debe conceder al trabajador un plazo razonable no menor a seis días para que realice su descargo; y en el caso de imputarse una causal relacionada a la capacidad, el plazo a otorgarse para que se demuestre la capacidad o se corrija la deficiencia es de treinta días y no de seis días.

10. Asimismo, cabe acotar, que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia como en la señalada en el Expediente N° 00263-2012-AA/TC ha establecido en su numeral 3.3.1 que: *“El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que, 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. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.”* (sic).

11. Estando al carácter de derecho fundamental que tiene el Derecho al Trabajo, nuestro ordenamiento ha recogido el **Principio de Causalidad** para la extinción de la relación laboral, esto implica que para la extinción del vínculo laboral,

debe de existir causa prevista en la Ley, en este sentido el artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, señala que: *“Falta grave es la infracción por el trabajador, de los deberes esenciales que emanan del contrato de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación”*; asimismo, se contempla la exigencia al empleador de imputar al trabajador la supuesta falta cometida a fin de que este realice sus descargos, es así como el artículo 31° del citado cuerpo legal consagra que: *“El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia (...)”*; debiendo el empleador realizar el procedimiento acotado a fin de garantizar el derecho de defensa que le asiste al trabajador.

12. El extinto Profesor Mario Pasco Cosmópolis¹ nos define la falta grave como el incumplimiento contractual imputable al trabajador, a tal punto que no permite la continuación de la relación laboral; esto es, una lesión irreversible al vínculo laboral, producida por acto doloso o culposo del trabajador, que hace imposible o indeseable la subsistencia de la relación laboral y que autoriza al empleador a darle término sin necesidad de preaviso ni obligación de pago de indemnización por despido.

13. Por lo tanto, el **despido por falta grave**, debe entenderse la misma como, la separación del trabajador de su centro de labores, por haber cometido un acto u omisión, relacionados con los deberes esenciales de su contrato de trabajo, *pero pueden estar relacionados con su comportamiento en el trabajo, y que sean de tal*

¹ Pasco Cosmópolis, Mario, La Falta Grave Laboral En DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO - Materiales de Enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1989, págs. 404-411

magnitud que hagan imposible la permanencia del trabajador en el centro de trabajo, pues la infracción debe ser dañosa. En este caso, el empleador en base a las facultades que le otorga la ley de organización, gestión y disciplinario, en forma unilateral dará por terminada la relación de trabajo. La noción de falta grave está relacionada con el acto de indisciplina de tal magnitud, que hace imposible la permanencia del trabajador en el centro de trabajo, sin que la determinación del despido acarree responsabilidad alguna al empleador.

14. El motivo del despido debe ser real y serio, debe ser justificado para separar al trabajador faltoso, y de este modo preservar la disciplina en el centro de trabajo. Del **artículo 25°** del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, se entiende que debe de existir una relación íntima entre la comisión u omisión efectuada por el trabajador y la relación laboral que lo vincula. El acto u omisión debe revestir de gravedad a fin de graduar la sanción que se debe imponer.

15. Así, el despido, es la sanción suprema, y tiene dos aristas las relacionadas con el comportamiento profesional y aquellas relacionadas con el comportamiento personal del trabajador; respecto a las primeras, se tiene que, el contrato entraña deberes y obligaciones de parte del trabajador, quien se ha comprometido no sólo a respetar las condiciones de ejecución del contrato, sino que a veces se presentan condiciones no expresadas en el contrato, pero que debe acatar el trabajador, como la buena fe, lealtad, respeto de usos y costumbres, de la normatividad existente, de la reserva del procedimiento productivo, etc., pues el trabajo debe ejecutarse según las reglas internas del empleador, por la subordinación que implica la relación laboral. Entre estas faltas tenemos: “a) *Incumplimiento de las obligaciones de trabajo (...)*”, que es una causal objetiva de despido, que tiene que ver con el desempeño de las obligaciones

profesionales de trabajo y está vinculada con el objeto mismo del contrato de trabajo, por eso se castiga el resquebrajamiento de la buena fe laboral”.

16. El empleador en el ejercicio del poder de dirección, dentro de la facultad sancionadora, *está sujeto al respeto de las normas y principios laborales*, es así como la doctrina denomina “requisitos de fondo” a la *observancia del Principio de Tipicidad, Proporcionalidad, Oportunidad o Inmediatez y Non bis in ídem*, que asimismo existen los “requisitos de forma” en la que se contempla la declaración y recepción de la voluntad extintiva de empleador y la expresión de causa justa.

17. En el presente caso, de la revisión de los medios probatorios se advierte que obra como Anexo 1-G del escrito de demanda, la Carta de Pre Aviso de Despido de fecha 19 de mayo de 2020, en la cual la demandada imputa al actor las faltas graves previstas en el inciso a) y h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, concediéndole el plazo de seis (6) días naturales para que pueda presentar sus descargos. Asimismo, obra como Anexo 1-H la Carta de Descargos del demandante de fecha 20 de mayo de 2020 y, como Anexo 1-I la Carta de Despido de fecha 30 de mayo de 2020. De lo señalado, se advierte que la demandada ha cumplido con el procedimiento establecido en los artículos 31° y 32° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

18. Ahora bien, respecto a la causa justa de despido alegada por la demandada referida a las faltas graves tipificadas **en los literales a) y h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR**, señala que las mismas consistieron en:

a) Incumplimiento de las obligaciones (labores) de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo (artículo 11 incisos 1, 2 y 3, referidos al cumplimiento de las disposiciones del reglamento, cumplir el horario e ingreso de trabajo y cumplir la jornada de trabajo).

h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, esto es los días 13, 14, 15 y 16 del mes de mayo (de 2020) y no haber presentado documento válido que acredite el motivo de sus inasistencias.

19. El artículo 25 incisos a) y h) del Decreto Supremo N° 003-97-TR prevé: *“Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves:*

a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad.

La reiterada paralización intempestiva de labores debe ser verificada fehacientemente con el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o en su defecto de la Policía o de la Fiscalía si fuere el caso, quienes están obligadas, bajo responsabilidad a prestar el apoyo necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta;

(...)

h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones”.

20. Dicha norma exige que el abandono se haya producido de forma reiterada, resultando evidente que: i) los días de inasistencia corresponden a los días reales u ordinarios de trabajo, no tomando en consideración los días de descanso; y, ii) la inasistencia a prestar labores responde a la voluntad del

trabajador, y no a la presencia de causas que justifiquen su ausencia en el centro de labores.

21. Así, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 01177-2008-PA/TC, ha señalado que: *"Este colegiado entiende que el abandono de trabajo se entiende como la inasistencia injustificada por más de tres días consecutivos a realizar labores, hecho que para configurar la falta grave prevista en el inciso h) del artículo 25 del TUO del Decreto Legislativo N.º 728 requiere que el trabajador por propia voluntad se determine a inasistir a su centro de labores. En tanto exista un motivo objetivo que fuerce la voluntad del trabajador de asistir a su centro de labores dicha falta grave no se configura"*.

22. Carlos Blancas Bustamante² al referirse a dicha falta señala que incurre en grave infracción aquél servidor que **sin justificación alguna** deja de concurrir a su centro de trabajo por más de tres días consecutivos; y que para su configuración se requiere de dos requisitos: la **reiterancia** y la **injustificación**, precisando respecto a éste último que la ausencia al trabajo adquiere relevancia, tipificando una falta grave, únicamente cuando es injustificada; entendiendo el autor por **justificación** la existencia de hechos independientes de la voluntad del trabajador y de los cuales no sea en manera alguna, culpable, que le impiden asistir al trabajo; y en tal sentido, para la existencia de esta falta es necesaria la existencia del *animus infringendi* por parte del trabajador que se ausenta a sus labores. Asimismo, precisa que la enfermedad, el accidente, la detención de un trabajador, el caso fortuito y la fuerza mayor, constituyen supuestos justificantes de la ausencia al trabajo; y cuando la ausencia del trabajador, con prescindencia del motivo que la origina, ha sido conocida previamente por el empleador al haber solicitado aquel permiso para ausentarse del trabajo, tampoco se incurre en dicha infracción.

² Carlos Blancas Bustamante. El Despido en el Derecho Laboral Peruano. JURISTA EDITORES E.I.R.L. Edición marzo 2013. Pág. 264-265.

23. Conforme lo establecen los artículos 22° y 37° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR:

“Artículo 22.- Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido”.

“Artículo 37.- Ni el despido ni el motivo alegado se deduce o presume, quien los acusa debe de probarlos”. (lo resaltado es nuestro).

En virtud a estas disposiciones analizaremos los hechos que la demandada ha considerado como falta grave.

24. Cabe señalar en primer lugar que, el actor en su demanda manifestó que **no tenía obligación alguna de asistir a trabajar el día sábado 16 de mayo**, por cuanto ese día la **empresa realizó la PRIMERA DESINFECCIÓN POR EL COVID-19 a todo el almacén**, teniendo en cuenta que se cubre turnos (incluso turno noche – madrugada) y el aislamiento de los trabajadores es obligatorio por los productos tóxicos. Esta **afirmación no ha sido contradicha ni desvirtuada por la empresa demandada**, al contestar la demanda, sino se ha limitado a sostener que el actor hizo abandono de trabajo los días 13, 14, 15 y 16 de mayo de 2020.

En efecto, para corroborar su afirmación, el actor ha adjuntado a la demanda, los siguientes certificados:

PUNTO ROJO Calle Gamma N°208 – Callao – Perú
Parque Internacional de Industria y Comercio
Tel: 4516699 / 7199160 – Rpc: 989297269
ventas@punterojo.com.pe

CERTIFICADO N°

Por el presente certificamos que se han realizado los siguientes servicios de saneamiento ambiental:

Desinfección contra Covid-19 Limpieza y desinfección de reservorios de agua
 Desinsectación Limpieza de pozo séptico
 Desratización Limpieza de trampas de grasa

Cliente: SAGA FALABELLA S.A.
 Ubicado en: AV. LOS FORESTALES MZ F, PARCELA B, VILA EL SALVADOR, LIMA
 Giro: TIENDA POR DEPARTAMENTO
 Área tratada: TOTAL

Fecha de servicio: Fecha de Vencimiento:

Luis Fernando Ruedas Vilca
LUIS FERNANDO RUEDAS VILCA
Liliana Benavides R.
LILIANA BENAVIDES R.

PUNTO ROJO Calle Gamma N°208 – Callao – Perú
Parque Internacional de Industria y Comercio
Tel: 4516699 / 7199160 – Rpc: 989297269
ventas@punterojo.com.pe

CERTIFICADO N°

Por el presente certificamos que se han realizado los siguientes servicios de saneamiento ambiental:

Desinfección contra Covid-19 Limpieza y desinfección de reservorios de agua
 Desinsectación Limpieza de pozo séptico
 Desratización Limpieza de trampas de grasa

Cliente: SAGA FALABELLA S.A.
 Ubicado en: AV. EL SOL 2295 VILLA EL SALVADOR - LIMA
 Giro: ALMACEN CD
 Área tratada: TOTAL

Fecha de servicio: Fecha de Vencimiento:

Luis Fernando Ruedas Vilca
LUIS FERNANDO RUEDAS VILCA
Liliana Benavides R.
LILIANA BENAVIDES R.

AUTORIZADO POR: Ministerio de Salud
 SENASA
 APECS
 NPMA
 SGS
 HOMOLOGADO
 NODOLPE

25. Como ya se precisó, la demandada no ha negado la afirmación realizada por el accionante, aún cuando a su escrito de contestación de la demanda, como **Anexo 1-J** o **Anexo 07**, adjuntó entre otros, el siguiente certificado:



PUNTO ROJO

RUC N° 20507865951
Calle Gamma N°208 – Callao – Perú
Parque Internacional de Industria y Comercio
Tel: 4516699 / 7199160 – Rpc: 989297269
ventas@puntorojo.com.pe

CERTIFICADO N° D01413

Por el presente certificamos que se han realizado los siguientes servicios de saneamiento ambiental:

<input checked="" type="checkbox"/> Desinfección contra Covid-19	<input type="checkbox"/> Limpieza y desinfección de reservorios de agua
<input type="checkbox"/> Desinsectación	<input type="checkbox"/> Limpieza de pozo séptico
<input type="checkbox"/> Desratización	<input type="checkbox"/> Limpieza de trampas de grasa

Cliente: SAGA FALABELLA S.A.
 Ubicado en: AV. LOS FORESTALES MZ F, PARCELA 6, VILA EL SALVADOR, LIMA
 Giro: TIENDA POR DEPARTAMENTO
 Área tratada: TOTAL

Fecha de servicio: 16/05/2020 Fecha de Vencimiento: 16/11/2020


LUIS FERNANDO RUEDA VILCA
INGENIERO INDUSTRIAL
CIP N° 237781


LILIA ESQUIVEL R.
PUNTO ROJO FUMIGACIONES S.A.C













26. Entonces, se concluye que el día 16 de mayo de 2020, el actor no tenía la obligación de ir al centro de trabajo; por ende, ese día no puede ser considerado como inasistencia, menos “injustificada”; razón por la cual, en el presente caso, no se configura el supuesto legal contenido en el inciso h) del artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, para ser considerado como falta grave, dado que esta norma exige: *“El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos”*; por consiguiente, se colige también que la empresa demandada no demuestra o prueba la causa justa de despido, por esta causal que alega.

27. Sin perjuicio de ello, resulta necesario mencionar que es de público conocimiento que la Organización Mundial de la Salud calificó, con fecha 11 de marzo de 2020, el brote del COVID-19 como una pandemia al haberse extendido en más de cien países del mundo de manera simultánea; por lo que en el Perú, mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA, se declaró la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario, y se dictaron medidas para la prevención y control para evitar la

propagación del COVID-19; así también por Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, se declaró, a partir del 16 de marzo de 2020, el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario, y se dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. Estado de emergencia que se prorrogó sucesivamente, mediante diversos dispositivos legales.

28. Mediante Decreto Supremo N° 080-2020-PCM³, de fecha 03 de mayo de 2020, se aprobó la reanudación de las actividades económicas -artículo 01-, constando de 04 fases para su implementación, la misma que se inició con la **fase 01 a partir del mes de mayo de 2020**; siendo las actividades de la fase 01 (conforme al anexo):

Comercio

26. Comercialización de productos agrarios.

27. Comercio electrónico de bienes para el hogar y afines.

29. Así también el Decreto de Urgencia N° 038-2020 (de fecha 14 de abril de 2020) complementado por el Decreto Supremo N° 011-2020-TR, y por el Decreto Supremo N° 012-2020-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2020-TR, con la finalidad de evitar las pérdidas de empleo, dispuso los siguientes lineamientos:

- La suspensión de actividades (previo trámite de medidas alternativas), que no obedezcan a servicios esenciales o conexos, pudiéndose aplicar a empleadores del sector privado que no puedan implementar la modalidad del trabajo remoto, ni puedan aplicar licencia con goce de haber.

- La implementación del trabajo remoto para quienes pudieran ejecutarlo, por la naturaleza de sus funciones con goce de haberes compensable, para quienes no pudieran ejecutar trabajo remoto.

³ Decreto Supremo que aprueba la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19.

- La identificación de grupos de riesgo y su protección al excluirlos de realizar labores en el centro de trabajo.
- El otorgamiento de descanso médico obligatorio a quienes sean diagnosticadas con COVID-19.

30. Asimismo, mediante Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA de fecha 28 de abril de 2020, se aprobó el Documento Técnico “Lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID 19” y conforme se indica en uno de sus considerandos: *“su finalidad es contribuir a la prevención del contagio por Sars – COV2 (COVID-19) en prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición, el mismo que cuenta con la opinión técnica favorable de la Dirección General de Intervenciones Estratégicas en Salud Pública.* Luego, por Resolución Ministerial N° 265-2020-MINSA del 08 de mayo de 2020, se modificó la anterior resolución ministerial.

31. Con fecha 07 de mayo de 2020, Saga Falabella obtuvo la autorización del Ministerio de la Producción para la reanudación de sus actividades económicas en tanto se habían cumplido con la aplicación de los criterios de focalización del sector. Luego, con fecha 9 de mayo de 2020, registró su Plan para la vigilancia, prevención y control de la Covid-19 en el trabajo (que corre de fojas 232 a 254) en el CENSOPAS del Instituto Nacional de Salud, obteniendo la autorización del Ministerio de Salud, según lo dispuesto en la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA.

32. Según Carta del 09 de mayo de 2020 (Anexo 1-C de la demanda) la emplazada confirmó al accionante la modificación de su horario y turno de trabajo, en el Centro de Distribución ubicado en Avenida El Sol 2295, Villa El Salvador, de manera temporal mientras duren las normas de inamovilidad parcial que ha establecido el Gobierno. Dicha modificación se hará efectiva a partir del lunes 11 de mayo de 2020, fecha en que deberá reincorporarse a sus

labores ordinarias para iniciar las actividades relativas al comercio electrónico.
Turno Mañana: lunes a sábado de 7:00 am a 4:00 pm.

33. El demandante concurrió a laborar los días 11 y 12 de mayo de 2020. El citado día 12, al realizarse los exámenes COVID 19 a un grupo reducido de 05 trabajadores en las instalaciones de la empresa, dos dieron positivo; siendo que uno de ellos laboraba en la misma área del actor.

34. Con fecha 13 de mayo de 2020 presentó una carta (Anexo 1-E de la demanda), solicitando se tomen medidas de prevención en el Centro de Distribución para evitar el contagio del COVID 19, de acuerdo a los hechos que señala, y comunicó que ejercería su derecho de resistencia a partir de dicha fecha conforme a la Ley N° 29783, a fin de proteger y preservar su derecho a la vida, y a la salud de él y la de su familia.

35. La emplazada, dio respuesta (Anexo 1-F de la demanda) a dicha carta, con fecha 18 de mayo de 2020, indicando genéricamente que cumplen con los protocolos de salud y seguridad en el trabajo aprobadas por las autoridades, enumerando las medidas implementadas y las medidas adicionales tomadas; sin embargo, no se le requirió o solicitó que se tome la prueba de descarte correspondiente, ni se verificó si en su caso concreto, dichas medidas se cumplían.

36. Los agravios uno y dos de la apelación, están referidos a supuestos vicios de motivación respecto de la pretensión de indemnización por despido arbitrario, a la interpretación del artículo 25 literal h) del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR y la no valoración debida de los medios probatorios adjuntados a la contestación de demanda, como las autorizaciones del Ministerio de la Producción, respecto del permiso económico para operar en su rubro económico de fecha 07 de mayo de

2020; el registro con fecha 9 de mayo de 2020, en el SISCOVID del Ministerio de Salud de su respectivo plan para la vigilancia, prevención y control de la Covid-19 en el centro de trabajo en base a la Resolución Ministerial 239-2020-MINSA, la misma que refiere fue aceptada con fecha 12 de mayo de 2020, día en el que el demandante se reincorporó a su centro de labores (sin considerar que el actor se reincorporó al trabajo el día 11 de mayo de 2020); la proporcionalidad de la sanción con la falta cometida por el actor, y que ante la situación de emergencia sanitaria por la Covid-19, sí cumplía con las medidas de bioseguridad y prevención frente al contagio de la pandemia en su centro de labores, teniendo, inclusive, la autorización de los sectores involucrados previamente, por lo que considera que la sentencia debe ser anulada.

37. Al respecto, cabe enfatizar que en el caso de autos no es objeto de controversia establecer si la emplazada tenía o no las autorizaciones correspondientes del Ministerio de la Producción y del Ministerio de Salud, ni el registro en SISCOVID del Plan para la vigilancia, prevención y control de la Covid-19 en el centro de trabajo, sino si la falta grave imputada y el consiguiente despido se encuentran acreditados y si el despido se encuentra justificado.

38. En este entender, *prima facie*, se ha establecido que, en el presente caso, no se ha configurado el supuesto contenido en el literal h) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, esto es, el referido al abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, de manera que los citados agravios de la apelación deben ser desestimados.

39. En cuanto al tercer agravio de la apelación, la parte recurrente se ha limitado a señalar que en caso que se desestime la pretensión impugnatoria de nulidad de la sentencia, solicita se revoque la apelada, sin expresar agravios referidos al fondo del asunto, debido a que alega genéricamente que Saga Falabella si ha

cumplido con acreditar el abandono de trabajo del actor los días 13, 14, 15 y 16 de mayo de 2020; supuesto que no se ha configurado en el caso de autos. Siendo importante recalcar que el artículo 23.3, inciso c) de la Ley N° 29497, dispone: *“De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba del estado del vínculo laboral y la causa del despido”*.

40. En tal contexto, en el supuesto que el día 16 se habría configurado también como inasistencia injustificada, también se advierte una vulneración a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que son mecanismos de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales del empleador a fin de evitar conductas abusivas del derecho, para lo cual se exige que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad, proporcionalidad y que no sean arbitrarias.

41. Conforme lo señaló el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0090- 2004-AA/TC, STC 045-2004-AI/TC: *“[...] El control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad [...]”*.

42. Asimismo, este Tribunal Superior considera que el despido del demandante contraviene los principios de razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que, no se tuvo en cuenta el contexto de la pandemia de Covid-19, los fundamentos de cautela de la vida y de la salud personal y familiar del trabajador y de haberse considerado que la carta del actor de fecha 13 de mayo de 2020 no tenía asidero, la empresa demandada estaba en aptitud de evaluar la configuración

de una sanción disciplinaria menos gravosa, como una amonestación verbal o escrita, o suspensión en sus labores, en función de la gravedad de la falta cometida, la categoría, la antigüedad y los antecedentes disciplinarios del trabajador. Sin embargo, esto no sucedió; por el contrario, inmediatamente se le inició el procedimiento de despido, cuando se debió requerir previamente las consecuencias de su inasistencia y explicar el cumplimiento escrupuloso de los protocolos, puesto que está probado que el actor sí asistió a laborar los días 11 y 12, y que el día 13 también concurrió, solo que lo hizo para presentar su carta justificando su negativa a asistir a trabajar, por las razones dadas en la misiva que fue dado respuesta todavía con fecha 19 de dicho mes.

43. Siendo ello así, y habiéndose determinado que el cese no se debió a una causa justa u objetivamente comprobada, se evidencia la configuración de un despido arbitrario, correspondiendo el pago de la indemnización tasada conforme al artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, conforme fue liquidado por el A quo en la sentencia; así como el pago por costas y costos del proceso; aspectos que tampoco han sido cuestionados por la demandada, en su recurso de apelación.

III. DECISIÓN:

En razón a los argumentos esgrimidos en la presente resolución, y de conformidad con lo previsto en el literal a) del inciso 4.2) del artículo 4° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, esta Sala, impartiendo justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución:

RESUELVE:

CONFIRMAR la Sentencia N° 278-2021-14JLPL, contenida en la Resolución N° 08, de fecha 02 de setiembre de 2021, que resolvió declarar:

FUNDADA LA DEMANDA sobre indemnización por despido arbitrario; en consecuencia: **ORDENA** que, consentida o ejecutoriada la presente, la demandada, pague a favor del demandante, dentro del tercer día de notificada con la presente sentencia, la suma de **S/. 15,276.00 soles (QUINCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS SOLES)**, más intereses legales respectivos, por la indemnización por despido arbitrario que reclama.

ORDENA que los pagos a que se refiere esta sentencia deberán efectuarse en la cuenta bancaria que el demandante debe señalar también obligatoriamente en etapa de ejecución; previa deducción de los descuentos de ley respectivos.

INFUNDADA la pretensión de reposición por despido fraudulento.

CONDÉNESE a la demandada el pago de costos y costas del proceso, el cual será liquidado en ejecución de sentencia.

En los seguidos por **JESÚS ENRIQUE ROJAS PAUCAR** contra **SAGA FALABELLA S.A.**, sobre pago de indemnización por despido arbitrario.

Notifíquese y devuélvase. -

Señores:

URBANO MENACHO

FUENTES LOBATO

BARBOZA LUDEÑA