



## INFORME LABORAL POR EMERGENCIA NACIONAL N° 2

### ¿QUÉ ACTIVIDADES ECONÓMICAS DEBEN CONTINUAR OPERANDO DURANTE LA EMERGENCIA NACIONAL? DEFINICIÓN DE SERVICIOS ESENCIALES, ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS Y CONEXAS

#### Base normativa:

- Decreto de Urgencia N° 026-2020 del 15 de marzo de 2020. Decreto de Urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional.
- Decreto Supremo N° 044-2020-PCM del 15 de marzo de 2020. Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19.

Las tres principales situaciones vinculadas a las relaciones laborales que se presentan en la Emergencia Nacional son tres:

- a) ¿Qué actividades económicas pueden seguir desarrollándose durante los quince días de cuarentena?
- b) ¿Qué facultades tiene el empleador para modificar la prestación de los servicios durante la Emergencia Nacional?
- c) ¿Cómo se debe compensar las horas dejadas de trabajar generadas por la licencia con goce de haber dispuesta por el Poder Ejecutivo?

En el presente informe analizaremos la primera de las estas situaciones, respondiendo a la pregunta antes indicada. Pero, a fin de proceder con criterios jurídicos rigurosos, debemos indicar previamente lo siguiente:

1. Las normas actualmente vigentes resultan insuficientes e imprecisas, lo cual nos obliga a tener que interpretar sus disposiciones de acuerdo a los principios generales del derecho y los criterios de interpretación jurídicos. Nuestra Área Laboral ha esperado que se emita algún tipo de dispositivo que aclare las normas anteriores, pero estas no se han dado, lo cual no colabora a la claridad y seguridad jurídica.
2. La regla general es la separación social por una emergencia de salud pública, lo cual determina que solo pueden continuar funcionando aquellas actividades económicas esenciales para la continuidad de los servicios de salud, seguridad, alimentación, luz, agua potable, salubridad, banca y similares. De modo tal, que las normas que establezcan excepciones deben interpretarse restrictivamente y no de forma amplia.
3. Si bien el artículo 4° del Decreto Supremo 044-2020-PCM establece qué actividades pueden continuar funcionando, resulta claro que la realidad ha planteado muchas situaciones que no necesariamente han sido contemplada por la norma, pero que aplicando el principio del bien común sobre el derecho individual y la prioridad de la salud y vida de la comunicad frente al interés económico de los individuos. Es por ello que se debe analizar las normas con sentido común y determinar si una actividad está permitida o no, según el contexto particular por el que atravesamos.
4. Un tema particularmente relevante es el referido a lo que la norma considera como **actividades complementarias y conexas**, lo cual ha generado muchas opiniones encontradas y silencio por parte de las autoridades de trabajo.

**A) Actividades excluidas de las medidas y cuyos trabajadores pueden asistir a laborar.**

Según el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, durante la vigencia del Estado de Emergencia Nacional y la cuarentena, las personas que pueden circular para prestar servicios y proveer de bienes esenciales deben pertenecer a los siguientes rubros son:

- a) Adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, lo que incluye su almacenamiento y distribución para la venta al público.
- b) Adquisición, producción y abastecimiento de productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- c) Asistencia a centros, servicios y establecimientos de salud, así como centros de diagnóstico, en casos de emergencias y urgencias.

- d) Prestación laboral, profesional o empresarial para garantizar los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos y servicios funerarios.
- e) Asistencia y cuidado a personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, dependientes, personas con discapacidad o personas en situación de vulnerabilidad.
- f) Entidades financieras, seguros y pensiones, así como los servicios complementarios y conexos que garanticen su adecuado funcionamiento.

**Comentario:** *Este caso tenemos, por ejemplo, a los call centers, que analizaremos líneas abajo.*

- g) Producción, almacenamiento, transporte, distribución y venta de combustible.
- h) Hoteles y centros de alojamiento, solo con la finalidad de cumplir con la cuarentena dispuesta.
- i) Medios de comunicación y centrales de atención telefónica (*call center*).

**Comentario:** *Este último caso, corresponde indicar que, aplicando la regla de la excepción, sólo se deberá continuar con aquellas actividades conexas a los servicios de emergencia (líneas de ayuda psicológica, 113, INDECI, MINEDU, SUNAFIL) pero no para actividades de difusión, promoción o venta de productos. Asimismo, la actividad de cobranza telefónica en tiempos de emergencia nacional no es sustancia al funcionamiento del sistema financiero. Sin embargo, aquellas actividades de call center vinculadas a la verificación de los consumos sospechosos que se realicen vía tarjetas de crédito o débito y las compras por internet sí resultan necesarios y se encontrarían dentro del supuesto de excepción de la norma.*

- j) Los/as trabajadores/as del sector público que excepcionalmente presten servicios necesarios para la atención de acciones relacionadas con la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 podrán desplazarse a sus centros de trabajo en forma restringida.

k) Quienes presten servicios en empresas de transporte de carga y mercancía.

**Comentario:** Siguiendo la regla general de interpretar de manera estricta los supuestos de excepción, debe considerarse que la carga y mercancías deben estar referidas a las actividades calificadas como permitidas en el listado de estamos indicando. Así, por ejemplo, el transporte de alimentos, productos de higiene, agua, gas y similares estaría permitidos. Sin embargo, la distribución de productos que no son de primera necesidad como electrodomésticos, equipos de cómputo, cosméticos, juguetes y similares no estaría permitido.

l) Por excepción, en los casos de sectores productivos e industriales, el Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con el sector competente, podrá incluir actividades adicionales estrictamente indispensables a las señaladas en los numerales precedentes, que no afecten el estado de emergencia nacional.

m) Cualquier otra actividad de naturaleza análoga a las enumeradas en los literales precedentes o que deban realizarse por caso fortuito o fuerza mayor.

**B) También están permitidas aquellas actividades complementarias a las actividades antes indicadas.**

Las entidades públicas y privadas determinan los servicios **complementarios y conexos** para la adecuada prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales señalados anteriormente. Consideramos que dentro de este rubro se comprenderían aquellas labores como la seguridad privada, labores de limpieza y mantenimiento, tercerización y otras vinculadas a las actividades indicadas en el punto 1 anterior.

Sin embargo, la norma utiliza dos conceptos y no desarrolla ninguno de ellos, para lo cual tenemos que buscar una definición de ambos.

**a) Servicios complementarios.**

De acuerdo al artículo 11.2 de la Ley N° 27626, Ley de la Intermediación Laboral, las empresas de servicios complementarios son aquellas personas jurídicas que destacan su personal a terceras empresas denominadas usuarias para desarrollar actividades

acesorias o no vinculadas al giro del negocio de éstas. Por su parte, el artículo 1 del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral define a la actividad complementaria con los siguientes términos:

*"Actividad complementaria: Constituye actividad complementaria de la empresa usuaria aquella que es de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza.*

*La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria."*

Como se puede apreciar, esta definición de por sí permite integrar a múltiples actividades no vinculadas a la principal, pero que coadyuvan al mejor desarrollo de dichas actividades. Solamente habría que hacer una referencia a la mensajería externa, pues esta sí estaría limitada por la inmovilidad de la mayoría de trabajadores y no funcionamiento por parte de las empresas, por lo que su ejecución no resultaría adecuada en estos momentos.

#### **b) Servicios conexos.**

No existe en nuestra legislación laboral una definición literal del término. Esta deficiencia legislativa tendría que ser suplida con un criterio de interpretación sistemático y podríamos asumir que se refiere a los servicios de tercerización. Para llegar a definir estos servicios, debemos partir primero por la definición de lo que se considera como *actividad principal*. Para ello, debemos remitirnos al artículo 1 del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, reglamento de la Ley de Intermediación Laboral.

*"Actividad principal: Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquélla que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa."*

Con este concepto, debemos precisar qué es lo que constituye actividad tercerizable en razón de la definición de empresa tercerizadora, para lo cual corresponde remitirnos al artículo 1 del Decreto Supremo N° 006-2008, Reglamento de la Ley de Tercerización Laboral.

*Empresa tercerizadora.- Empresa que lleva a cabo el servicio u obra contratado por la empresa principal, a través de sus propios trabajadores, quienes se encuentran bajo su exclusiva subordinación. Son consideradas como empresas tercerizadoras, tanto las empresas contratistas como las subcontratistas.*

Como se puede apreciar, la interpretación más adecuada nos permite concluir que están comprendidas dentro de la excepción (y por lo tanto pueden prestar servicios) las empresas tercerizadoras contratadas por **aquellas empresas cuyas actividades están permitidas por el artículo 4 del Decreto Supremo N° 044-2020, a fin de no afectar la cadena productiva de los bienes y servicios considerados como esenciales para afrontar la situación de emergencia.**

Lamentablemente el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo no ha emitido ninguna disposición complementaria que precise estas disposiciones. En caso estas se dieran informaremos sobre el particular.

Finalmente, quedamos a disposición para absolver sus consultas sobre el tema desarrollado en el presente informe y otros que consideren.

Lima, 17 de marzo de 2020.

**GALVEZ & DOLORIER ABOGADOS S. CIVIL DE R.L.**