



Exp: N°

Escrito: N° 1

Sumilla: Demanda de Inconstitucionalidad

SEÑORA PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

El **ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE CAJAMARCA**, debidamente representado por su Decano, Doctor HUGO MIGUEL MUÑOZ PERALTA, identificado con DNI 40593893, con domicilio real en Jr. Dos de Mayo 1089-A, Distrito de Cajamarca, Región Cajamarca, con correo electrónico colegioabogadoscajamarca1@gmail.com, teléfono 976 972 362 y adolfo.ciudad.reynaud@gmail.com teléfono 999 628 707, a usted decimos:

Que, en ejercicio de la legitimidad para obrar reconocida en el artículo 203º, numeral 7, de la Constitución Política, presentamos ante el Colegiado a su cargo la presente **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra los artículos 3.2, 3.3, 3.5, 7.1, 7.2, y 10 del Decreto de Urgencia N° 038-2020, publicado en el Diario Oficial El Peruano, con fecha 14 de abril de 2020, denominado “Decreto de Urgencia que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el Covid-19 y otras medidas”, expedido al amparo del inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política.

LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS ACCIONANTES

Al amparo del artículo 203º, numeral 7, de la Constitución Política (en adelante CP), el Colegio de Abogados de Cajamarca, representado por los recurrentes, nos apersonamos ante el Tribunal Constitucional de nuestro país, e interponemos la presente demanda de inconstitucionalidad que cumple con la exigencia de cuestionar disposiciones relativas a la materia de su especialidad, de manera que los recurrentes nos encontramos debidamente facultados para interponerla al tratarse de una disposición legal que afecta nuestro sistema jurídico nacional por contravenir nuestra norma fundamental.

A su vez nuestra demanda resulta admisible por cuanto el artículo 75º del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, establece que los procesos de inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Estas infracciones han sido cometidas por el D.U. 038-2020 que

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Registro N° 00011-2021-PI/TC

impugnamos conforme a los fundamentos de derecho que exponemos en el principal de la presente demanda. Por otra parte, el artículo 77° del mismo Código Procesal Constitucional estipula que la demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley, como es el caso del citado Decreto de Urgencia.

PETITORIO

En atención a los fundamentos que forman parte de la presente demanda, solicitamos al Tribunal Constitucional:

1. Declare la inconstitucionalidad de los artículos 3.2, 3.3, 3.5, 7.1, 7.2, y 10 del Decreto de Urgencia N° 038-2020.
2. Declare la inconstitucionalidad, por extensión, de los artículos 3, 4, 5, 6, y 8 del Decreto Supremo N° 011-2020-TR, reglamento del aludido D.U.
3. Que, consecuentemente, conforme al artículo 204° de la Constitución Política, solicitamos que dichas disposiciones queden sin efecto, y sean expulsadas del ordenamiento jurídico peruano por contravenir la Constitución Política y los Convenios Internacionales de Trabajo N° 87, 98, 102 y 144, que forman parte del bloque de constitucionalidad.

NORMAS CUESTIONADAS QUE LESIONAN DERECHOS CONSTITUCIONALES:

Las normas cuestionadas del Decreto de Urgencia N° 038-2020 que lesionan gravemente el derecho de negociación colectiva, según materias específicas, son las siguientes:

- 1.1. **Artículo 3.2:** Autoriza a los empleadores, sin distinción de su tamaño o patrimonio, a optar por la suspensión perfecta de labores de sus trabajadores, sin pago de remuneraciones, bastando para ello la presentación de una comunicación por vía remota a la Autoridad Administrativa de Trabajo, exponiendo los motivos que la sustentan con carácter de declaración jurada, sujeta a verificación posterior a cargo de la inspección del trabajo dentro de los treinta (30) días siguientes. Esta comunicación opera de forma inmediata a partir del momento de ser presentada por la empresa a dicha autoridad.
- 1.2. **Artículo 3.3:** Establece que la Autoridad Administrativa de Trabajo expide resolución dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de efectuada la verificación posterior, y que en caso “de no expedirse dicha resolución, se aplica el silencio administrativo positivo.”

- 1.3. **Artículo 3.5:** Dispone que las medidas adoptadas al amparo del presente artículo rigen hasta treinta (30) días calendario luego de terminada la vigencia de la Emergencia Sanitaria, y que, mediante decreto supremo refrendado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y el Ministerio de Economía y Finanzas, se puede prorrogar este plazo.
- 1.4. **Artículo 7.1:** Autoriza a los trabajadores comprendidos en la suspensión perfecta de labores a disponer de los fondos del monto intangible por depósitos de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), hasta por una (1) remuneración bruta mensual por cada mes calendario vencido de duración de la suspensión perfecta de labores.
- 1.5. **Artículo 7.2:** El trabajador que se encuentre en suspensión perfecta y que no cuente con saldo en su cuenta CTS, puede solicitar a su empleador el adelanto del pago de la CTS del mes de mayo de 2020 y de la gratificación de julio de 2020, debiendo el empleador efectuar el adelanto dentro de los primeros cinco (5) días calendarios de efectuada la solicitud del trabajador.
- 1.6. **Artículo 10:** Dispone el retiro de hasta S/. 2,000 (Dos mil Soles) de la Cuenta Individual de Capitalización de los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), si se encuentra comprendido en una medida de suspensión perfecta de labores aprobada. Este retiro de aportes se hace extensivo incluso para los trabajadores que no cuenten con la acreditación de su aporte previsional obligatorio correspondiente a febrero y marzo de 2020.

En tal virtud, como detallaremos continuación, tales artículos lesionan los siguientes derechos constitucionales:

- i. **Libertad sindical, negociación colectiva y derecho de defensa** (art. 28^o, numeral 1 y 2, art. 139^o, numeral 14 de la C.P.);
- ii. **Derecho al trabajo, a una remuneración y a una atención prioritaria del Estado** (arts. 22^o y 23^o de la C.P.);
- iii. **Derecho a gozar de una pensión que proteja contra la vejez y la incapacidad** (art. 11^o de la C.P.);
- iv. **Derecho al diálogo social y a participar en la vida política, económica, social y cultural** (art. 2, numeral 17 de la C.P.);

- v. Afectación a la libertad de contratar que garantiza que los términos contractuales no pueden ser modificados (art. 62 de la C.P.).

En primer término, señalaremos un resumen de las características centrales del D.U. 038-2020:

RESUMEN DE LAS CARACTERÍSTICAS CENTRALES DEL D.U. 038-2020

1. Debemos señalar en primer término que, el Decreto de Urgencia 038-2020, en adelante el D.U. 038, ha sido promulgado a pesar de que la OIT convocó al “**apoyo al empleo y al mantenimiento de los ingresos**” (COVID-19 y el mundo del trabajo: repercusiones y respuestas, del 18 de marzo de 2020).¹ En similar sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, en Resolución N° 1/2020, del 10 de abril de 2020, titulada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, ha formulado la recomendación de “**dar adecuada protección a los trabajos, salarios, la libertad sindical y negociación colectiva, pensiones** y demás derechos sociales interrelacionados con el ámbito laboral y sindical.”²
2. La promulgación de este D.U. 038 implicó un importante cambio en la política gubernamental en el ámbito laboral de los trabajadores formales. En un inicio, se promulgó el D.U. 026-2020, del 15 de marzo de 2020, en el que se facultó a los empleadores del sector público y privado a modificar el lugar de la prestación de servicios e implementar el trabajo remoto (art. 17.1). Así mismo se estableció que, cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto y mientras dure la emergencia, que el empleador debía “otorgar una licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior.” (art. 20.2). Posteriormente, el D.U. 029-2020, del 20 de marzo de 2020, a la vez que autorizó la modificación de turnos y horarios de la jornada laboral, para las empresas que no realizaban servicios esenciales, ratificó la obligación de los empleadores de otorgar “una licencia con goce de haber” sujeta a “lo que acuerden las partes”, y que, a falta de acuerdo, “corresponde la compensación de horas posterior a la vigencia del Estado de Emergencia Nacional.” En consecuencia, no se trató nunca de un pago gratuito, ni de una percepción de salario sin que el trabajador tenga que realizar una contraprestación de trabajo efectivo, sino que estaba sujeta a compensación.

¹ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_739158.pdf

² <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

3. Ello implicó la devolución con trabajo del dinero percibido mientras duraba la licencia a través de distintas alternativas que ya ofrecía nuestra legislación vigente con el acuerdo de las partes: descanso vacacional adquirido, adelanto de descanso vacacional, reducción de la jornada, reducción de la remuneración, entre otras. En todo caso, la carga para el empleador era de financiar la licencia, más no un gasto a fondo perdido, sin posibilidad de recuperación. Además, por D.U. 033-2020, del 27 de marzo de 2020, el gobierno a su vez dispuso un subsidio para el pago de la planilla de hasta 35% de la suma de remuneraciones brutas mensuales de los trabajadores que perciban un umbral máximo de S/. 1,500 (art. 14). Si el porcentaje hubiera sido del 50% y focalizado sólo en las micro y pequeñas empresas, que concentran el 60% del empleo nacional, se habría podido garantizar el mantenimiento de los ingresos de los trabajadores que le hubieran permitido afrontar la cuarentena sin necesidad de sacrificar su compensación por tiempo de servicios (CTS), prevista con fines previsionales para cuando pierda el empleo, o sus fondos pensionarios del sistema privado de pensiones, previstos para la invalidez, vejez y muerte del trabajador. Con ello se incumple el art. 11 de la Constitución Política que establece la obligación del Estado de garantizar el libre acceso a prestaciones de pensiones, pues al obligar al trabajador a disponer de su fondo de pensiones para atender su manutención durante la cuarentena, se afecta la cuantía de la pensión de jubilación durante su vejez.
4. A pesar del contexto internacional señalado por la Organización Internacional del Trabajo y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, que hacen énfasis **en apoyar el empleo y el mantenimiento de los ingresos y de las pensiones**, además de los derechos laborales y sociales en general, para enfrentar la pandemia, el gobierno, a la sola petición de los empleadores, sin diálogo social alguno, expidió presurosamente tal D.U. 038-2020 que lesiona derechos constitucionales y afecta a los trabajadores y sus familias, con las siguientes características:
 - a) Autoriza a las empresas, sin distinción de su tamaño o patrimonio, a optar por la suspensión “perfecta” de labores, esto es, sin pago de remuneraciones para los trabajadores, bastando presentar una comunicación por vía remota a la autoridad administrativa de trabajo (AAT), exponiendo los motivos que la sustentan con carácter de declaración jurada, sujeta a verificación posterior a cargo de la inspección del trabajo dentro de los 30 días siguientes. Nótese que no se trata de una solicitud, sino de una comunicación unilateral (art. 3.1), y opera en forma inmediata a partir del momento de ser presentada

la comunicación por la empresa (art. 3.2). El resultado de esta inconstitucional norma, que no distingue entre pequeñas y grandes empresas, queda evidenciado en que, a una semana de su aplicación, el 76% de los trabajadores suspendidos no eran de micro ni de pequeñas empresas, sino de medianas y grandes empresas.³

- b) Además, se dispone que, en caso de no expedirse la resolución de verificación posterior por la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT), dentro de los siete días hábiles siguientes, se aplica el silencio administrativo positivo a pesar que se trata de una contienda administrativa que trasciende al interés del propio administrado empleador (art. 3.3). De esta forma, la sola inacción de la AAT tiene la consecuencia de que se tenga por aceptada la comunicación empresarial de suspensión de labores sin pago de remuneraciones, lo que viola flagrantemente la obligación constitucional del Estado de otorgar atención prioritaria a la protección del trabajo establecida en el artículo 23 de la norma constitucional.
- c) Adicionalmente tiene que considerarse que con el actual déficit del número de inspectores de trabajo no podrá atenderse la supuesta verificación de la gran cantidad de comunicaciones de suspensión de labores sin pago, según da cuenta el propio Sindicato Único de SUNAFIL. Se explicó que actualmente son 650 inspectores a nivel nacional, en tanto que por recomendación de la OIT debían ser aproximadamente 2,000 para estar en un nivel aceptable en términos comparados internacionales. Además de las casi 11 mil comunicaciones de suspensión a ser verificadas⁴, debe tenerse presente que hay 7 mil denuncias presentadas por trabajadores pendientes de atenderse.⁵ Con ello queda evidenciado que la AAT no estará en capacidad de atender la verificación de las comunicaciones de suspensión, por lo que en su gran mayoría quedarán aprobadas por silencio administrativo.

³ Datos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en *La República*, del 23 de abril de 2010. El Portal “Ojo Público” da cuenta en su edición del 4 de mayo de 2020, que 8,690 empresas incluyendo a micro, pequeña, medianas y grandes empresas, se han acogido a la denominada suspensión perfecta; así como que entre ellas se identificó a nueve compañías con ingresos entre 77 y 1,600 millones de soles o con matrices en paraísos fiscales.

⁴ Diario Gestión, 1 de mayo de 2020.

⁵ Declaraciones de Víctor Gómez Rojas, Secretario de Defensa del Sindicato Único de SUNAFIL, *La República*, 27 de abril de 2020.

- d) A fines del mes de julio de 2020, la Autoridad Administrativa de Trabajo había verificado una proporción minoritaria (tan sólo el 23%) de cerca de 30 mil expedientes de suspensión perfecta en trámite, dada la escasa cantidad del personal inspectivo encargado de su revisión. Ello implicará que la gran mayoría de dichos expedientes serían aprobados vía el silencio administrativo positivo, al incumplirse el plazo de verificación de 30 días hábiles para la Autoridad Administrativa de Trabajo.⁶
- e) Además, puede ser utilizada por los empleadores en los siguientes amplísimos supuestos:
- i. En los casos en que no puedan implementar el trabajo remoto; o,
 - ii. Que no puedan aplicar la licencia con goce de haber “por la naturaleza de sus actividades o por el nivel de afectación económica que tienen a la fecha.”

Las empresas pueden alegar no estar en posibilidad para efectuar trabajo remoto por falta de condiciones técnicas, o señalar simplemente que no pueden pagar licencia con goce de haber por la “naturaleza de sus actividades. Con respecto al supuesto de “afectación económica”, éste es tan amplio que puede ser cualquier tipo de situación que implique una desventaja económica. En consecuencia, cualquier empresa podrá acogerse a esta norma.

- f) El reglamento aprobado por Decreto Supremo 011-2020-TR, a pesar de establecer algunas restricciones, parámetros más precisos y mayores exigencias, mantiene la política de dejar sin ingresos a los trabajadores formales en plena cuarentena. El artículo 3.2.1 regula los casos en que se entiende que existe la afectación económica necesaria para poder acogerse a la suspensión de labores sin pago de remuneraciones, distinguiendo entre las empresas que realizan actividades permitidas durante la cuarentena y las que realizan actividades no permitidas. Para ello establece una relación entre su **nivel de ventas y la planilla de remuneraciones**, estableciendo unos ratios de variación que van del 6% al 26%, lo que no es una variación realmente significativa para dejar a los trabajadores sin ingresos en plena cuarentena. Pero,

⁶ Cfr. Cuadros, Fernando, “Análisis del impacto económico de las principales medidas laborales durante los primeros cuatro meses de la pandemia Covid-19 en Perú y propuestas alternativas”, en: <https://ius360.com/columnas/melendezlab/analisis-del-impacto-economico-de-las-principales-medidas-laborales-durante-los-primeros-cuatro-meses-de-la-pandemia-del-covid-19-en-peru-y-propuestas-alternativas-fernando-cuadro-luque/>.

además, a continuación del apartado c) del artículo 3.2.1 se señala que “En el caso de que las ventas del mes previo a la adopción de la medida correspondiente sean igual a cero, el empleador sí podrá aplicar la medida.” Es evidente que desde que se inició la cuarentena la gran mayoría de empresas no ha operado, por lo que es obvio que no ha vendido nada, por lo que todas estas empresas podrán acogerse a la suspensión de labores sin pago de remuneraciones. Sin duda, no basta tener un mes sin ventas para suspender a sus trabajadores amparándose en una situación de grave afectación económica. Debe resaltarse que la norma no se refiere a resultados económicos o utilidades, sino simplemente a “nivel de ventas.”

5. De otra parte, no se ha tomado en cuenta la dimensión de las empresas, ni su historial económico, ni su capacidad financiera para poder afrontar una situación de crisis coyuntural producida por la necesidad de observar la cuarentena dispuesta por el gobierno en virtud de la emergencia sanitaria decretada. Así, se permite recurrir a la suspensión de labores sin pago de remuneraciones a empresas absolutamente solventes que tendrían la capacidad de asumir momentáneamente el pago de remuneraciones de los trabajadores. De acuerdo con el estudio de Julio Gamero en el Informe “Perú: Impacto de la Covid 19 en el empleo y los ingresos laborales” de setiembre de 2020, señaló que hubo 139 mil trabajadores de empresas formales privadas que se acogieron a esta figura. Con el devenir del tiempo, se pudo advertir el **uso abusivo de esta figura**, ya que, cuando se reactivó parcialmente la economía, las empresas discrecionalmente decidían a quienes mantenían en suspensión perfecta y a quienes no, en esa discrecionalidad mantuvieron bajo la modalidad de suspensión perfecta a trabajadores permanentes, trabajadores sindicalizados, trabajadores con más años en la empresa, como una forma de sobre exigir a los trabajadores y motivar las renunciaciones por no tener ingresos para sustentar a sus familias. Lo que se tradujo en un uso discriminatorio de esta figura.⁷

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, precisamos que fundamentamos la presente demanda en los siguientes argumentos de derecho, en cada uno de los derechos constitucionales lesionados, referidos *supra*:

⁷ Julio Gamero, Perú: Impacto de la Covid-19 en el empleo y los ingresos laborales. OIT. Setiembre 2020.

I. AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DERECHO DE DEFENSA

6. El texto del artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 038-2020 dice, textualmente, lo siguiente:

“Artículo 3. Medidas aplicables a las relaciones laborales en el marco del Estado de Emergencia Nacional y Emergencia Sanitaria

3.1 Los empleadores que no puedan implementar la modalidad de trabajo remoto o aplicar la licencia con goce de haber, por la naturaleza de sus actividades o por el nivel de afectación económica que tienen a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto de Urgencia, pueden adoptar las medidas que resulten necesarias a fin de mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, privilegiando el acuerdo con los trabajadores.

3.2 Excepcionalmente, los empleadores referidos en el numeral precedente pueden optar por la suspensión perfecta de labores exponiendo los motivos que la sustentan, para lo cual **presenta por vía remota una comunicación** a la Autoridad Administrativa de Trabajo con carácter de declaración jurada según formato que como Anexo forma parte del presente Decreto de Urgencia, el cual se publica en el portal institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (www.gob.pe/mtpe), en la misma fecha de la publicación de la presente norma en el Diario Oficial El Peruano. Dicha comunicación está **sujeta a verificación posterior** a cargo de la Autoridad Inspectiva de Trabajo, en un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles de presentada la comunicación, de los aspectos mencionados en el numeral 3.4.

3.3 La Autoridad Administrativa de Trabajo expide resolución dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de efectuada la verificación posterior a que se refiere el numeral precedente. De no expedirse dicha resolución, **se aplica el silencio administrativo positivo**.

3.4 De comprobarse la falta de correspondencia entre la declaración jurada presentada por el empleador y la verificación realizada por la Autoridad Inspectiva de Trabajo, o la afectación a la libertad sindical,

la autoridad competente deja sin efecto la suspensión de labores, debiendo el empleador abonar las remuneraciones por el tiempo de suspensión transcurrido y, cuando corresponda, la reanudación inmediata de las labores. El periodo dejado de laborar es considerado como de trabajo efectivo para todo efecto legal.

3.5 Las medidas adoptadas al amparo del presente artículo rigen hasta **treinta (30) días calendario luego de terminada la vigencia de la Emergencia Sanitaria**. Mediante decreto supremo refrendado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y el Ministerio de Economía y Finanzas se puede prorrogar este plazo.” (el resaltado es nuestro)

Libertad sindical y negociación colectiva

7. A pesar de que el numeral 3.1 señala que los empleadores que no puedan implementar el trabajo remoto o aplicar la licencia con goce de haber, pueden adoptar las medidas que resulten necesarias para **mantener la vigencia del vínculo laboral** y la **percepción de remuneraciones**, los artículos 3.2 y 3.3, permiten que éstos puedan disponer unilateralmente la suspensión perfecta de la relación de trabajo, esto es, sin pago de remuneraciones. Con ello, la parte central del Decreto de Urgencia faculta al empleador -justamente- a dejar de pagar remuneraciones, con lo que el artículo 3.1 es una declaración lírica que es negada en los artículos siguientes.
8. En efecto, los artículos 3.2 y 3.3, que violan los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y el derecho de defensa, no otorgan a los trabajadores perjudicados por la suspensión de labores sin pago de remuneraciones, la posibilidad de contradecir ni de defenderse de la medida adoptada en forma vertical y unilateral por su empleador. Así, el artículo 3.2 autoriza a los empleadores a “[...] optar por la suspensión perfecta de labores exponiendo los motivos que la sustentan, para lo cual presenta por vía remota una comunicación a la Autoridad Administrativa de Trabajo con carácter de declaración jurada según formato que como Anexo forma parte del presente Decreto de Urgencia [...]”. Ello implica que, no se trata de una solicitud sujeta a aprobación futura luego de verificado el cumplimiento de determinados requisitos, sino de una comunicación unilateral que opera en forma inmediata a partir del momento en que ésta es presentada a la Autoridad Administrativa de Trabajo. No se requiere de un acuerdo con los trabajadores, ni se dispone de un proceso de negociación colectiva previo al inicio del trámite, sino que se

otorga el enorme y desproporcionado poder al empleador de modificar los contratos de trabajo de todos sus trabajadores, a su sola decisión.

9. Por esta razón, la “suspensión perfecta” de labores dispuesta por el D.U. 038-2020 y su reglamento aprobado por el D.S. 011-2020-TR, implican una violación a los derechos de libertad sindical y negociación colectiva protegidos por el artículo 28 de la Constitución Política. En efecto, ni el Decreto de Urgencia ni su reglamento, acatan el mandato de fomento de la negociación colectiva consagrado por el numeral 2 del citado artículo constitucional, pues no se establecen las garantías ni los plazos que un procedimiento de negociación colectiva debe tener, sobre todo si puede privar a los trabajadores de sus remuneraciones por varios meses en forma indeterminada. Sobre el particular se ha afirmado que se afecta el derecho constitucional de la negociación colectiva porque se han dictado dichas normas:

“[...] sin que se hayan previsto mecanismos que garanticen o que auxilien a su concreción. En consecuencia, mal podría entenderse que el marco dado cumple con fomentar la negociación colectiva si se entiende que tal promoción supone un deber jurídico de negociar que no debería ser dejado de lado, ya que por el contrario su importancia se acrecienta en un contexto de crisis.”⁸

10. Añaden que en la fase de negociación o de consulta, debían ser los propios:

“[...] sujetos colectivos los llamados a identificar, de forma constructiva, las medidas paliativas que lleven a aplicar la suspensión como una salida de última ratio.” [...] “La falta de apuesta por el diálogo social y por la negociación colectiva en serio, es una constatación de la debilidad institucional por la que atraviesa nuestro país desde hace mucho tiempo, también en el ámbito de las relaciones de trabajo. Si bien este es un problema que ha heredado el Gobierno, y que se ha acrecentado en las actuales circunstancias, estamos en un momento en el que deberían reactivarse y promoverse cauces democráticos para discutir y

⁸ Así lo destacan Boza y Mendoza, Boza Pro, Guillermo y Mendoza Legoas, Luis, “*La suspensión perfecta de labores como consecuencia de la pandemia del Covid-19: ¿Flexibilidad laboral en la emergencia?*”, en IUS 360, <https://ius360.com/columnas/la-suspension-perfecta-de-labores-como-consecuencia-de-la-pandemia-del-covid-19-flexibilidad-laboral-en-la-emergencia-segunda-parte/>., págs. 4 y 5.

llegar a acuerdos sobre un tema tan crucial como el impacto del *Covid 19* en las relaciones de trabajo.”⁹

11. En consecuencia, la inconstitucionalidad del D.U. 038-2020 y su reglamento se evidencia en que no se ha establecido un procedimiento especial de negociación colectiva para negociar la medida o medidas que pretende establecer el empleador, ni mecanismos que permitan asegurar el derecho de información, tal como se ha señalado en los siguientes términos:

“En ese sentido, los deberes de información y de negociación establecidos en el artículo 4.2 del Reglamento, de manera incompleta y poco precisa, parecen más una salida al paso que una intención verdadera de instituir un cauce negocial que permita llegar a soluciones consensuadas que satisfagan los intereses de ambas partes.”¹⁰

12. Por otra parte, si bien el reglamento establece en su artículo 4.3 que ninguna de las medidas puede suponer la afectación de derechos fundamentales de los trabajadores como la libertad sindical y el trato no discriminatorio, pero no se señala ninguna protección en concreto para los representantes de los trabajadores. Ello es aprovechado, en una suspensión parcial, para incluir a dirigentes sindicales que resultan incómodos para la empresa, y a pesar de que la empresa reactiva sus operaciones, los mantienen en suspensión imperfecta, justificando de que la reactivación es parcial y de esta forma prefieren a los trabajadores no sindicalizados, discriminando a los dirigentes sindicales.

Afectación al derecho de defensa y al principio de contradicción

13. Además, se dispuso que, en caso de no expedirse la resolución de verificación posterior por la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT), dentro de los siete días hábiles siguientes, se aplica el silencio administrativo positivo a pesar que se trata de una contienda administrativa que trasciende al interés del propio administrado que detenta la calidad de empleador y que tiene repercusiones para con el total de trabajadores que se encuentran a su servicio, a quienes ni siquiera se establece que deben ser notificados con los actos que ocurran dentro del procedimiento (art. 3.3). Ello trasgrede el artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política, que establece

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ *Ibidem.*

“el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”, lo que no está previsto en el Decreto de Urgencia que impugnamos. De esta forma, la sola inacción de la AAT tiene la consecuencia de que se tenga por aceptada la comunicación empresarial de suspensión de labores sin pago de remuneraciones, lo que viola flagrantemente la obligación constitucional del Estado de otorgar atención prioritaria a la protección del trabajo establecida en el artículo 23 de la norma constitucional.

14. Así, los trabajadores quedan en estado de indefensión, a pesar que el derecho de defensa conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. De igual forma se afecta el principio de contradicción de los actos procesales administrativos que pueden repercutir en la situación jurídica de los trabajadores afectados por la suspensión perfecta de labores dispuesta unilateralmente por el empleador. El Tribunal Constitucional ya ha señalado al respecto que:

“El derecho de defensa a nivel procesal se constituye como una garantía que permite el correcto desenvolvimiento del proceso; por ello, el ejercicio del mismo al interior de cualquier procedimiento se constituye como un requisito de validez del propio proceso.”¹¹

15. De esta manera, los trabajadores, o sus órganos representativos se ven impedidos, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos, lo que convierte en inconstitucional, de manera insalvable, el Decreto de Urgencia impugnado. De igual forma, en otro pronunciamiento sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado:

“El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa, garantiza que toda persona, natural o jurídica, sometida a un proceso jurisdiccional, cualquiera que sea la materia de que este se trate, no pueda quedar en estado de indefensión. La situación de indefensión que el programa normativo del derecho de defensa repulsa no solo se presenta cuando el justiciable no ha tenido la oportunidad de formular sus descargos frente a las pretensiones de la otra parte, sino también cuando, no obstante haberse realizado determinados actos procesales

¹¹ Fundamento Jurídico 27, sentencia del 9 de abril de 2007, recaída en el Exp. 05-2006-AI/TC.

destinados a levantar los cargos formulados en contra, en el caso, se evidencie que la defensa no ha sido real y efectiva.”¹².

16. En consecuencia, no se ha previsto que la Autoridad Administrativa de Trabajo pueda otorgar el cauce procedimental que corresponde para que todos los intereses en juego puedan estar representados, esto es, no sólo de los empleadores sino también de los trabajadores, sea que puedan actuar en forma individual, plural o colectivamente, a través del Delegado que los representa en virtud del art. 15 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo - LRCT, Decreto Ley 25593 (TUO aprobado por el Decreto Supremo 010-2003-TR), o a través de su sindicato constituido al amparo de la referida Ley. Esta afirmación queda evidenciada con el Comunicado N° 10-2020 de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, de fecha 3 de junio de 2020, que en aplicación del Decreto de Urgencia impugnado, que “recuerda a los empleadores que iniciaron el trámite de suspensión perfecta de labores, que deben ingresar a la casilla electrónica de la SUNAFIL, para revisar sus notificaciones de requerimientos de información.”
17. Así, el principio de contradicción se ve afectado en la medida que el D.U. 038-2020 no ha previsto que los trabajadores puedan defenderse de los argumentos o pruebas que presente el empleador durante el procedimiento. De esta forma, los trabajadores perjudicados no pueden desmentir, matizar, o argumentar en contra de los fundamentos expresados en la comunicación que presente el empleador, ya que ni siquiera se ha dispuesto el traslado de la misma a los trabajadores, ni menos un plazo dentro del cual puedan expresar el derecho, los hechos o las pruebas que les convengan.
18. A juicio de connotados laboristas, se incumple así la obligación de la AAT de otorgar:

“[...] un cauce procedimental que respete los intereses en juego de todos los administrados, y no sólo de alguno de ellos, y sobre todo que garantice que la controversia sea resuelta con neutralidad y equidad. La imposición del silencio administrativo positivo no actúa en esa línea.”¹³

¹² Fundamento Jurídico 8, sentencia del 3 de julio de 2006, Exp. 03997-2005-PC/TC.

¹³ Boza Pro y Mendoza, Op. Cit , páginas 3 y 12.

19. En efecto, además de no haberse previsto su inclusión dentro del procedimiento, con las garantías debidas, tanto en lo que se refiere al traslado de la comunicación, como el de gozar de los plazos respectivos para contradecir lo señalado por el empleador, el artículo 3.3 ha dispuesto el silencio administrativo positivo, en el supuesto que no se expida resolución de la autoridad de trabajo dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de efectuada la verificación posterior. En consecuencia, la mera inacción de la AAT produce el grave efecto de dejar sin remuneraciones al trabajador por un tiempo indeterminado que puede extenderse hasta treinta (30) días calendario luego de terminada la vigencia de la Emergencia Sanitaria, que en el momento no sabes cuándo acabará.
20. De esta forma, se añade que:

“[...] la suspensión perfecta de contratos de trabajo por el Covid 19 está sujeta a un control meramente contingente de la administración (puede o no darse, ya que existe contemplado un silencio positivo que suple la inacción de la autoridad y castiga al grupo de afectados).¹⁴ Es por ello, que otro importante autor haya señalado que, en consecuencia, “es posible que se puedan autorizar SP [suspensiones perfectas] que no cumplen con las justificantes del D.U. N° 38. Incluso, no está demás decirlo, es posible que se autorice SP lesivas de derechos constitucionales, como ocurre en suspensiones discriminatorias o lesivas de la libertad sindical. Con ello, la SP pierde todo carácter de medida de excepción.”¹⁵

21. Por otra parte, el artículo 3.5 dispone que la suspensión de labores sin pago rige hasta treinta (30) días calendario luego de terminada la vigencia de la Emergencia Sanitaria, pudiéndose prorrogar ese plazo por Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y el Ministerio de Economía y Finanzas. Como se sabe, el Decreto Supremo 008-2020-SA, publicado el 11 de marzo de 2020, dispuso la declaratoria de emergencia sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario por la existencia del COVID 19, por lo que la facultad de suspensión perfecta de labores concedida a los empleadores, se extendía hasta el 9 de junio de 2020. No obstante, por Decreto Supremo N° 020-2020-SA, se prorrogó la emergencia sanitaria a partir del 10 de junio de 2020, por un

¹⁴ *Ibídem.*

¹⁵ Arce, Elmer, “*Suspensión perfecta de labores en tiempos de COVID-19*”, en *Revista Análisis Laboral* N° 513, marzo de 2020, AELE, Lima, pág. 4.

plazo de 90 días calendario, es decir, hasta el 7 de septiembre de 2020. En consecuencia, en aplicación del citado artículo 3.5 del D.U. en cuestión, las medidas de suspensión perfecta de labores que se efectúen al amparo de dicha norma se extendieron hasta el 7 de octubre de 2020. Adicionalmente, ha habido otras prórrogas de la emergencia sanitaria, como el reciente Decreto Supremo N° 058-2021-PCM, publicado el 27 de marzo de 2021, que vuelve a prorrogar la emergencia nacional, y con ello, la posibilidad de continuar suspendiendo sin pago las labores de los trabajadores.

22. En efecto, la reciente Resolución Ministerial N° 058-2021-TR, de 3 de abril de 2021, precisa que habiéndose prorrogado la Emergencia Sanitaria por 180 días más por mandato del D.S. 009-2021-SA, a partir del 7 de marzo hasta el 2 de septiembre de 2021, las suspensiones perfectas aprobadas y en trámite, podrán extenderse hasta el 2 de octubre de 2021, esto es, un año y cinco meses después de la promulgación del D. U. 038-2020. Si bien el D.U. 034-2021, publicado el 31 de marzo de 2021, autoriza el pago de la “Prestación Económica de Protección Social de Emergencia ante la Pandemia del Coronavirus COVID-19”, a ser abonado a través de EsSalud, para los trabajadores comprendidos en una suspensión perfecta aprobada por la Autoridad Administrativa de Trabajo, ésta sólo se otorga a los trabajadores cuyos empleadores cuentan hasta con 100 trabajadores, por lo que los trabajadores de las empresas de más de 100 trabajadores no se encuentran cubiertos. Además, tal subsidio es sólo por un máximo de tres meses y es del monto máximo de S/. 760 soles mensuales.
23. Sin embargo, bastará que la emergencia sanitaria se prorrogue nuevamente, como es previsible dado que somos el sexto país más infectado por el virus en el mundo¹⁶, para que se emita un nuevo Decreto Supremo extendiendo por 90 o 180 días más la emergencia, y también, extendiendo la suspensión de contratos de trabajo sin pago de remuneraciones. Así lo señala el Comunicado del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de fecha 4 de junio de 2020. Cabe indicar que, con esta prórroga sumarán un año y 5 meses de suspensión perfecta de labores sin pago de remuneraciones. De acuerdo la deplorable situación sanitaria que exhibe nuestro

¹⁶ Johns Hopkins, University Medicine, Coronavirus Resource Center, consulta realizada el 22 de junio de 2020, en: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. De acuerdo con esta información Perú es el sexto país en el mundo más infectado, con 251,338 casos detectados y 7,861 fallecidos. Al 30 de marzo de 2021, Perú está en el puesto 18 de los países más afectados, con 1 millón 523, 121 casos de infección, en: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

país, lo más probable es que la emergencia sanitaria sea extendida consecutivamente indefinidamente en la medida que está claro que la pandemia no será vencida en los siguientes meses, o tal vez años, con lo que los contratos de trabajo podrían quedar suspendidos indefinidamente, lo que es manifiestamente inconstitucional por afectarse el derecho al trabajo y al derecho a una remuneración.

Doctrina constitucional sobre negociación colectiva

24. Finalmente, es imprescindible tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional respecto del derecho de negociación colectiva para poder apreciar con claridad y precisión que el Decreto de Urgencia 038-2020, no cumple con dichos estándares. El 12 de diciembre de 2013 las principales centrales sindicales de trabajadores¹⁷ interpusieron una demanda de inconstitucionalidad, en mérito a la cual se emitió la sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2016 que declaró inconstitucionales diversos artículos de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil.¹⁸ Sin entrar en ese detalle, baste precisar que con esa ocasión el Tribunal Constitucional se refirió, una vez más, al contenido constitucional de la negociación colectiva. En primer término, debe señalarse que hizo prevalecer el criterio que la Constitución reconoce el derecho de negociación colectiva en forma completa e integral para todos los ciudadanos sin excepción (salvo la policía y las fuerzas armadas), y que no se puede restringir, limitar ni vaciar de contenido a este importante derecho fundamental en el trabajo.
25. Así, el Tribunal ha reafirmado (fundamento 147) que la negociación colectiva es un derecho fundamental por el que permite a los empleadores y a los trabajadores “realizar un **proceso de diálogo encaminado a lograr un acuerdo**, contrato o convenio colectivo, con el objeto de mejorar, reglamentar o fijar las condiciones de trabajo y de empleo” [...] incluyendo la materia remunerativa y otras materias con incidencia económica. Como se puede apreciar del contenido del artículo 3 del D.U. 038-2020, y de lo señalado en los párrafos precedentes, la norma impugnada

¹⁷ Fueron firmantes de esta demanda la Confederación General de Trabajadores del Perú – CGTP, la Confederación Intersectorial de Trabajadores Estatales – CITE, la Unión Nacional de Sindicatos del Sector Estatal – UNASSE y la Confederación Nacional de Trabajadores Estatales del Perú; que sustentaron la demanda en la firma de 14,512 ciudadanos comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones (Exp. 025-2013-PI/TC). No obstante, también fueron presentadas otras demandas con el mismo objeto que fueron acumuladas al momento de emitirse sentencia.

¹⁸ Recaída en el Exp. 025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC; 0008-2014-PI/TC; 017-2014-PI/TC.

no cumple con el mandato de realizar un proceso de diálogo encaminado a lograr un acuerdo.

26. Así mismo el Tribunal hizo referencia a que la negociación colectiva es uno de los mecanismos básicos para la armonización de intereses contradictorios y que es por ello que los convenios 98 y 151 de la OIT imponen la obligación de adoptar medidas para estimularla y fomentarla, así como para que los convenios colectivos aprobados por las partes tengan fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado (art. 28.2 de la Constitución) (fundamento 148).
27. En efecto, el artículo 28º de la Constitución Política establece lo siguiente:

“Artículo 28.-

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.”

28. De otra parte, el Tribunal hizo muy bien en vincular el derecho de negociación colectiva con el derecho de libertad sindical y el derecho a la huelga (fundamentos 143 al 146), destacando que la negociación colectiva es una de la principales actividades de las organizaciones sindicales de trabajadores y que la huelga es un derecho fundamental para satisfacer sus intereses colectivos.

Negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical

29. Con ello, el Tribunal Constitucional reafirmó a la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical, lo que ha sido reconocido expresamente por los órganos de aplicación y control de la OIT. En tal sentido, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que:

“881. El derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituyen un elemento esencial de la libertad sindical, y los sindicatos deberían tener el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios lícitos, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan, mientras que las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coartado o su legítimo ejercicio impedido. Tal intervención violaría el principio de que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberían tener el derecho de organizar sus actividades y formular su programa de acción.”¹⁹

30. Es por ello por lo que el Estado debe abstenerse de realizar cualquier actividad, normativa o administrativa, que signifique un impedimento para que las organizaciones de empleadores y trabajadores puedan negociar libremente, celebrar un convenio colectivo que es su resultado y que este convenio colectivo sea ejecutado conforme la libre voluntad de ambas partes. En otras palabras, constituye una verdadera obligación por parte del Estado de respetar la facultad normativa de los sujetos sociales; de manera tal que ésta sea efectivamente autónoma y libre de imposiciones de terceros y en especial del propio Estado.
31. De otro lado, este deber a cargo del Estado, demanda una actitud proactiva de éste para garantizar el desarrollo y efectividad de esta facultad auto normativa despejando cualquier obstáculo que impida o limite el ejercicio de este derecho.

El Tribunal admitió un amplio ámbito a la negociación colectiva

32. El Tribunal se basó en el artículo 4 del Convenio 98 y en el artículo 7 del Convenio 151 de la OIT que establecen la obligación de los Estados de adoptar las medidas adecuadas para estimular y fomentar el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de reglamentar por medio de contratos colectivos, las “condiciones de empleo”. A este respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que el concepto “condiciones de trabajo o condiciones de empleo es uno de amplio alcance que rebasa o trasciende a los permisos, licencias, capacitación, uniformes, ambiente de trabajo u otras facilidades para el desarrollo de la actividad laboral y comprende también cuestiones como las contraprestaciones dinerarias directas, estímulos, ascensos, periodos de descanso, prácticas laborales y

¹⁹ OIT, **La libertad sindical**. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, pág. 189.

en general toda medida que facilite la actividad del servidor público en el cumplimiento de sus funciones.” (fundamento 154).

33. Además, el Tribunal se basó en lo afirmado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT sobre “**el concepto condiciones de trabajo o condiciones de empleo**”, en los siguientes términos:

“En el mismo sentido, la Comisión de Expertos ha afirmado que el concepto de condiciones de trabajo o condiciones de empleo' puede abarcar temas como la jornada laboral, horas extras, periodos de descanso, ascensos, traslados, supresión de puestos, e incluso salarios y otras materias con incidencia económica (párrafos 314 y 320 del Informe de la CEACR, 2013). Esta postura incluso ha sido reiterada al precisarse que cuando el artículo 7 del Convenio 151 de la OIT se refiere "a la negociación o participación de las organizaciones de empleados públicos en la determinación de las condiciones de empleo, incluye los aspectos económicos de éstas últimas" (Informe de la CEACR, 2015, p. 136). Por lo demás, este aspecto parece no haber generado duda en el Comité de Libertad Sindical que, en su oportunidad sostuvo: "El Comité recuerda que el derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituyen un elemento esencial de la libertad sindical (...). El Comité considera que las cuestiones que pueden ser objeto de la negociación colectiva incluyen (...) los salarios, prestaciones y subsidios, la duración del trabajo, las vacaciones anuales etc.; esas cuestiones no deberían excluirse del ámbito de la negociación colectiva en virtud de la legislación (...)" (párrafo 450 del Caso 2326 - Australia, Informe N° 338).” (fundamento 155)

34. Teniendo la negociación colectiva tal nivel de alcance y capacidad de regulación, y teniendo en cuenta el mandato constitucional, ante la situación de la pandemia, el gobierno debió establecer mecanismos adecuados para que las partes entablen un proceso de negociación que posibilite que ellas mismas lleguen a los acuerdos que sean apropiados a cada empresa en específico o a cada sector económico, en lugar de imponer criterios que no son aplicables en todos los casos.
35. En consecuencia, debió tenerse en cuenta que el Tribunal, con ocasión de dicha importante sentencia, estableció el criterio *pro homine* utilizado en la aplicación de disposiciones fundamentales, en relación al Convenio 98 de la OIT que establece que las condiciones de trabajo o de empleo pueden ser objeto de métodos distintos

de la negociación colectiva, para señalar que ésta última es el mecanismo adecuado y privilegiado para discutir cualquier problema que se presente en el ámbito de las relaciones de trabajo, así como las condiciones de trabajo o empleo en el contexto de una relación laboral. En ese mismo sentido hizo también referencia al criterio adoptado por el Comité de Libertad Sindical que ha establecido que “las autoridades deberían privilegiar en la mayor medida posible la negociación colectiva como mecanismo para determinar las condiciones de empleo [...]” (párrafo 1257 del Caso 2934 – Perú, Informe N° 365) (fundamento 158).

36. Finalmente, conviene precisar que el Tribunal Constitucional ha definido al convenio colectivo como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales. Es el convenio colectivo, el diálogo social, el acuerdo directo entre empleados y trabajadores, lo que ha debido propiciar y fomentar el gobierno, en lugar de emitir Decretos de Urgencia como el que impugnamos. En efecto, el Tribunal ha señalado que:

“[El convenio colectivo] en puridad, emana de una autonomía relativa consistente en la capacidad de regulación de las relaciones laborales entre los representantes de los trabajadores y de sus empleadores. El convenio colectivo permite la facultad de autorregulación entre trabajadores y empleadores, a efectos de reglamentar y administrar por sí mismo sus intereses en conflicto. Surge de la negociación llevada a cabo entre el empleador o una organización de empleadores y una o varias organizaciones sindicales, con miras a ordenar y regular las relaciones laborales. En la doctrina aparece bajo varias denominaciones; a saber, contrato de paz social, acuerdo corporativo, pacto de trabajo, etc. Esta convención es establecida por los representantes de los trabajadores expresamente elegidos y autorizados para la suscripción de acuerdos y por el empleador o sus representantes. La convención colectiva -y, más precisamente, su producto, el convenio colectivo, que contiene normas jurídicas- constituye un instrumento idóneo para viabilizar la promoción de la armonía laboral, así como para conseguir un equilibrio entre las exigencias sociales de los trabajadores y la realidad económica de la empresa”²⁰

²⁰ Exp. 08-2005-PI/TC, Caso demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28175, de fecha 12 de agosto de 2005.

37. En suma, el gobierno no cumplió con el mandato constitucional del artículo 28, inciso 2, de fomentar la negociación colectiva, lo que hubiera permitido llegar a acuerdos de consenso.

II. AFECTACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO, A UNA REMUNERACIÓN Y ATENCIÓN PRIORITARIA

38. De otra parte, el artículo 22 de la Constitución Política establece que el trabajo es un deber y un derecho, así como que es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. Los alcances de la libertad de trabajo como derecho fundamental han sido delimitados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando se ha referido, de una parte, al artículo 2, inciso 15 de la Constitución, señalándose que su contenido o ámbito de protección está referido a la facultad de ejercer toda actividad que tenga como finalidad el sustento vital de la persona. El Tribunal ha señalado que el ejercicio válido de este derecho requiere, sin embargo, la observancia del marco legal vigente, siempre y cuando este no implique una restricción o limitación desproporcional o haya sido expedido con inobservancia de principios constitucionales, como es -justamente- el caso del D.U. 038-2020.²¹
39. La libertad de trabajo está prevista en el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reconoce que toda persona tiene derecho a la libre elección de su trabajo. Por otra parte, el artículo 6 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. Y el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece en su artículo 7, inciso b), “[...] el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva”. Por otra parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, establece la obligación de los Estados partes a adoptar las medidas necesarias a fin de lograr la conformidad de su legislación interna y plena efectividad de los derechos que se reconocen en dicho tratado internacional. Entre éstos, el artículo 6, inciso 1, señala que “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño

²¹ Exp. 10287-2005-PA/TC, Caso Manuel Darío Granda Neyra, sentencia del 28 de noviembre de 2005.

de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.” Adicionalmente, se establece en el artículo 7 la obligación de los Estados de garantizar una remuneración que asegure como mínimo una subsistencia digna y decorosa (apartado a), así como la estabilidad de los trabajadores en sus empleos con causas justas de separación, y que en caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

40. Por otra parte, a nivel nacional, el Tribunal Constitucional también ha señalado que el Estado tiene un deber de protección como contenido de la libertad de trabajo. Así, ha señalado que “[...] Dado que la libertad de trabajo constituye también un derecho de protección, se configura un deber de protección de tal derecho, conforme al cual, el Estado y las municipalidades deben desarrollar o adoptar normas, procedimientos e instituciones, orientadas a la posibilidad de su real, efectivo y pleno ejercicio.”²²
41. En consecuencia, según el Tribunal Constitucional, el trabajo representa un bien jurídico de relevancia constitucional, cuya protección debe ser resguardada por el legislador, adoptando medidas adecuadas para garantizar el acceso a un puesto de trabajo, así como los medios debidos para la conservación del mismo. El Tribunal ha señalado que “Ambas aristas constituyen y forman parte del contenido esencial del derecho al trabajo.”²³ Está claro que este razonamiento también incluye una suspensión del trabajo sin pago durante varios meses, como la que ha establecido subrepticia y sorpresivamente el D.U. 038-2020. Así mismo, el Tribunal Constitucional ha precisado que el derecho al trabajo no se agota en el hecho de tener un trabajo sino también se entiende como el derecho a conservarlo.²⁴
42. Por otra parte, la doctrina nacional autorizada está de acuerdo en señalar que nuestra Constitución contiene un conjunto amplio de normas relativas al trabajo, entre las que podemos encontrar las normas generales de protección: el deber y derecho al trabajo, así como el derecho a una remuneración equitativa y suficiente. De este modo, tales derechos tienen rango constitucional y, por consiguiente, quedan comprendidos en el ámbito procesal de protección dispensado al conjunto de derechos constitucionales. En consecuencia, estas bases o fundamentos contenidos en

²² STC N° 976-2001-AAm fundamento jurídico 9.

²³ Exp. 10777-2006-PA/TC, Caso Víctor Hugo Calvo Durán y otros, sentencia del 7 de octubre de 2007.

²⁴ Exp. 482-99-AA/TC, sentencia del 23 de julio de 1999, fundamento jurídico 6 y 7.

nuestra Constitución Política, no pueden ser modificadas, ni en su fase constitutiva, ni en su fase de desarrollo, como en una suspensión de la relación de trabajo dispuesta por el D.U. impugnado, ni tampoco en su fase extintiva. Como señala la doctrina, “el contrato de trabajo es un contrato normado en cuanto una vez celebrado se le aplica, de forma inmediata y necesaria, un conjunto normativo establecido fuera del ámbito de la voluntad de las partes.”²⁵

43. En cuanto al derecho a una remuneración equitativa y suficiente a que se refiere el artículo 24 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha resaltado la interrelación de este derecho con el derecho a la vida y a los principios del derecho a la igualdad y a la dignidad, y por tanto debe ser entendido este derecho como un derecho fundamental que adquiere naturaleza alimentaria, que tiene consecuencias o efectos de gran importancia para el desarrollo integral de la persona humana. En efecto, el Tribunal se ha referido al derecho a una remuneración en los siguientes términos:

“El artículo 24 de nuestra Constitución Política del Perú ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente, la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio-derecho a la igualdad y a la dignidad, amen que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana. Así tenemos como consecuencias de este derecho: adquirir una pensión en base a los aportes y contribuciones a la seguridad social [...]”²⁶

44. En consecuencia, en base a todos los fundamentos precedentes, no es posible que el Poder Ejecutivo disponga la posibilidad de suspender las relaciones de trabajo sin pago de remuneraciones en el sector privado, ya que ello contraviene el contenido esencial del derecho al trabajo y el derecho a percibir una remuneración.

²⁵ Blancas Bustamante, Carlos, “*La protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional*”, en **Derecho & Sociedad**, Asociación Civil, N° 21, págs. 157 y 158, citando a Martín Valverde, Antonio y otros, **Derecho del trabajo**, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1991, pp. 370-371.

²⁶ Exp. N° 04922-2007-PA/TC, Caso Sindicato Nacional de Trabajadores de Sunat / Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas, del 4 de julio de 2007, fundamento jurídico 6.

Ambos derechos están protegidos con jerarquía constitucional, y por ende, no pueden ser dejados sin efecto por una norma infra constitucional.

45. El que el Poder Ejecutivo haya dispuesto la posibilidad de suspender sin pago las relaciones de trabajo en forma indeterminada, supone también que el Decreto de Urgencia 038-2020, es inconstitucional por no haber incumplir el mandato del artículo 23 de la Constitución Política que señala que el trabajo, en sus diversas modalidades es objeto de atención prioritaria del Estado y que éste tiene la obligación de promover políticas de fomento del empleo productivo. Por, el contrario, con el referido Decreto de Urgencia, el Estado ha propiciado que cientos de miles de trabajadores se queden sin ingresos a pesar que no han incurrido en ninguna causal de pérdida del empleo ni de suspensión del mismo.

III. AFECTACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A GOZAR DE UNA PENSIÓN QUE PROTEJA CONTRA LA VEJEZ Y LA INCAPACIDAD

46. El Decreto de Urgencia 038-2020, además, es contrario al artículo 11 de la Constitución Política que dispone que el Estado garantiza el libre acceso a pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas, en los siguientes términos:

“Artículo 11.- El Estado **garantiza el libre acceso** a prestaciones de salud y a **pensiones**, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.”

47. A pesar de esa clara prescripción constitucional, el Decreto de Urgencia impugnado autorizó el retiro de fondos de pensiones de la Cuenta Individual de Capitalización de los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, en los siguientes términos:

“Artículo 10. Retiro Extraordinario del Fondo de Pensiones

10.1 Dispóngase, por única vez y de manera excluyente al universo de personas comprendidas en el Decreto de Urgencia No 034-2020, el **retiro extraordinario** de hasta S/ 2 000,00 (DOS MIL Y 00/100 SOLES) de la **Cuenta Individual de Capitalización (CIC) de los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP)**, siempre que al momento de la evaluación de la solicitud el trabajador se encuentre comprendido en una medida aprobada de suspensión perfecta de labores prevista en el marco legal vigente. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo habilita una

plataforma de consulta para las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP) o a la Asociación que las representa, o en su defecto, les remite con frecuencia semanal o menor, a través de los medios informáticos correspondientes, la información que corresponda sobre las suspensiones perfectas de labores aprobadas que les permita confirmar a las AFP que los trabajadores se encuentran comprendidos en una medida de suspensión perfecta de labores aprobada.

10.2 Los afiliados al SPP que se encuentren en el supuesto del numeral precedente, pueden presentar su solicitud a partir del 30 de abril del 2020, ante su Administradora Privada de Fondos de Pensiones (AFP), de manera remota o utilizando para ello los canales establecidos por cada AFP. La entrega de dichos recursos se realizará en una única oportunidad de pago.

10.3 Dispóngase, por única vez y de manera excluyente al universo de personas comprendidos en el Decreto de Urgencia No 034-2020, el retiro extraordinario de hasta S/ 2 000,00 (DOS MIL Y 00/100 SOLES) de la Cuenta Individual de Capitalización (CIC) de los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), siempre que al momento de evaluación de la solicitud no cuenten con la acreditación del aporte previsional obligatorio correspondiente a:

- i) Devengue del mes de febrero de 2020; o
- ii) Devengue del mes de marzo de 2020.

10.4 Los afiliados al SPP que se encuentren en el supuesto i) del numeral precedente, pueden presentar su solicitud a partir del 20 de abril del 2020, ante su Administradora Privada de Fondos de Pensiones (AFP), de manera remota o utilizando para ello los canales establecidos por cada AFP. Concluido el proceso de retiro extraordinario antes establecido, los afiliados al SPP que se encuentren en el supuesto ii) del numeral precedente, pueden presentar su solicitud ante su AFP. La entrega de dichos recursos se realizará en una única oportunidad de pago.

10.5 Dispóngase, por única vez y de manera excluyente al universo de personas comprendidas en el Decreto de Urgencia No 034-2020, el retiro extraordinario de hasta S/ 2 000,00 (DOS MIL Y 00/100 SOLES)

de la Cuenta Individual de Capitalización (CIC) de los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP) cuya última remuneración declarada o la suma de estas percibidas en un solo periodo sea menor o igual a S/ 2 400,00 (DOS MIL CUATROCIENTOS Y 00/100 SOLES), siempre que al momento de evaluación de la solicitud cuenten con la acreditación del aporte previsional obligatorio en:

iii) Devengue del mes de febrero de 2020; o

iv) Devengue del mes de marzo de 2020 y

10.6 Los afiliados al SPP que se encuentren en el supuesto iii), señalado en el numeral precedente, pueden presentar su solicitud una vez que se concluya con el procedimiento señalado en los numerales 10.3 y 10.4 del presente artículo, ante su AFP, en las condiciones previamente establecidas. Concluido el proceso de retiro extraordinario antes establecido, los afiliados al SPP que se encuentren en el supuesto iv) del numeral antes señalado, pueden presentar su solicitud ante su AFP. La entrega de los recursos establecidos en el numeral 10.5 se realizará en dos (2) pagos mensuales consecutivos, a efectuarse en el primer mes por S/ 1 000 y en el siguiente mes, por la diferencia.

10.7 El importe del retiro extraordinario a que alude el presente artículo, mantiene su carácter intangible frente a terceros por lo que no es susceptible de compensación, afectación en garantía, medida cautelar o medida de cualquier naturaleza que tuviera por objeto afectar su libre disponibilidad.

10.8 Las empresas del sistema financiero remiten, a requerimiento de las AFP, el Código de Cuenta Interbancario (CCI) de los afiliados que hayan solicitado el retiro extraordinario. La entrega del CCI u otra información necesaria para realizar la transferencia de fondos al afiliado, están exceptuadas del alcance del secreto bancario.

10.9 Las AFP podrán compartir datos personales de sus afiliados con la Asociación que las agrupa y con las empresas del sistema financiero al amparo del inciso 5 del artículo 14 de la Ley No 29733, Ley de

Protección de Datos Personales, para efectos de la ejecución de las disposiciones contenidas en el presente artículo.

10.10 La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones determina las condiciones de atención de solicitudes y pago de afiliados, así como dicta, de ser el caso, las disposiciones complementarias que resulten necesarias para la implementación del presente artículo.”

48. Como se sabe, el derecho a percibir una pensión está relacionada en seguridad social al derecho de percibir una jubilación, palabra que proviene de latín *iubilatio-onis* que significa acción y efecto de jubilar o jubilarse, esto es, eximir de servicio por razones de ancianidad o imposibilidad física a la persona que desempeña o ha desempeñado alguna función laboral, señalándole una pensión vitalicia o recompensa por los servicios prestados. En consecuencia, la jubilación constituye un derecho que se materializa en una pensión, que en nuestro país tiene jerarquía constitucional, con el objeto de que, llegado a un límite de edad, el trabajador pueda dejar de laborar y vivir de su pensión.
49. En consecuencia, la pensión de jubilación es la asignación que recibe periódicamente una persona con ocasión de su retiro del mundo laboral al haber cumplido la edad exigida por la ley y al haber cumplido determinados requisitos de aportes. En el Sistema Privado de Pensiones (SPP), la jubilación es el derecho a recibir una pensión de jubilación a partir de los 65 años, siempre que se cumpla con los requisitos. La pensión se financia con el capital aportado a las cuentas individuales de los asegurados más la rentabilidad. En tal virtud, en la medida que se retiren fondos de la cuenta individual de capitalización, se afecta el derecho a pensión de jubilación o a la pensión por incapacidad temporal o permanente. Esto es lo que justamente ha hecho el D.U. 038-2020, disponer de fondos destinados a originar pensiones para la vejez o para supuestos de incapacidad, o muerte, afectando el derecho a percibir pensiones que se encuentra protegido constitucionalmente.
50. Finalmente, debe señalarse que nuestro país tiene ratificado el Convenio 102 de la OIT desde el 23 de agosto de 1961, denominado Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952, en cuyo artículo 25 se señala que todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio **deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez**, de conformidad con las disposiciones del citado convenio. Esta disposición, que forma parte del bloque de

constitucionalidad del artículo 11 de la Constitución Política, también ha sido violado por el Decreto de Urgencia que impugnamos.

IV. AFECTACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL DIÁLOGO SOCIAL Y DE PARTICIPAR EN LA VIDA POLÍTICA, ECONÓMICA, SOCIAL Y CULTURAL

51. Por otra parte, debe señalarse que el D.U. 038-2020, fue dictado sin haber sido fruto del diálogo social. Como se sabe, el 14 de abril de 2020 el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto de Urgencia N° 038-2020, en atención a una solicitud dirigida por la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas – CONFIEP, y sin tener en consideración los planteamientos de las organizaciones de trabajadores, a las que no se les concedió el tiempo necesario para establecer un proceso de diálogo serio y alturado. La solicitud de la CONFIEP se tramitó con una premura inusitada, a pesar de regular las relaciones laborales de más de cuatro millones de personas que son cabeza de hogares, por lo que afecta gravemente a aproximadamente a la mitad de la población nacional, no se recurrió a un proceso de consulta previa, franca y sin trabas con las organizaciones de trabajadores. Así, “el gobierno ha perdido una excelente oportunidad para propiciar el diálogo social entre empleadores y trabajadores para regular los aspectos laborales en tiempo de pandemia. En lugar de procurar llegar a un acuerdo de consenso, optó por atender en tiempo récord los pedidos empresariales y dictar el D.U. 038-2020 otorgando facultades a los empleadores para suspender labores sin pago de remuneraciones.”²⁷
52. Esto ocurrió a pesar que el Perú ha ratificado el 8 de noviembre de 2004, el Convenio 144, “Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales de trabajo), 1976”, cuya Recomendación N° 152, “Recomendación sobre la consulta tripartita (actividades de la Organización Internacional del Trabajo), 1976”, que acompaña dicho instrumento, señala que “El objeto de los procedimientos previstos en la presente Recomendación debería ser el de **celebrar consultas: [...] (c) [...] sobre la elaboración y puesta en práctica de medidas legislativas o de otra índole** para dar efecto a los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, y en particular a los convenios ratificados [...].”²⁸ En el presente caso,

²⁷ Ciudad Reynaud, Adolfo, “Cuarentena y Trabajo”, en Caretas, 24 de abril de 2020.

²⁸ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEX-PUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312490:NO

se trata de los convenios internacionales de la OIT, el Convenio 87 “Convenio sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación, 1948”, y el Convenio 98 “Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949”, que fueron ratificados el 2 de marzo de 1960 y 13 de marzo de 1964, respectivamente.²⁹ Además de los convenios 12 y 144, ya señalados. Los convenios antes indicados consolidan el diálogo social entre el gobierno y las organizaciones de trabajadores y organizaciones de empleadores, y contribuye de esta forma al afianzamiento de la democracia y de un sistema de relaciones de trabajo basado en la cooperación y en la solución pacífica de los conflictos laborales, de conformidad con el art. 28, numeral 2, que “promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.” Así mismo, el diálogo social o la consulta debió hacerse respecto de la aplicación del Convenio 102, Convenio sobre seguridad social (norma mínima), 1952, en la medida que el D.U. 038-2020, afectó al derecho a percibir una pensión.

53. El diálogo social tiene sede constitucional en nuestro país cuando se garantiza a todos los ciudadanos “[a] participar en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, conforme se señala textualmente en el numeral 17 del artículo 2 de nuestra norma fundamental. De igual forma, el artículo 28 de la Constitución Política reconoce los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva, que son los instrumentos específicos en materia laboral para ejercer el diálogo social entre las organizaciones de trabajadores y las organizaciones de empleadores. Adicionalmente, la parte final del artículo 29 de nuestra norma fundamental señala también que el Estado “promueve otras formas de participación.” Todos estos derechos, que tienen protección constitucional y en el bloque de constitucionalidad constituido por las normas internacionales de trabajo citadas en el numeral precedente, han sido violentadas por el Poder Ejecutivo al promulgar el Decreto de Urgencia 038-2020.
54. El diálogo social es una herramienta de cambio en tanto se aseguren procedimientos de consultas efectivas sobre elaboración y puesta en práctica de medidas legislativas que tengan relación en el trabajo y el empleo. No imponen la búsqueda de un acuerdo, sino ayudar a la autoridad competente para que tome una decisión

²⁹ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:2588118288963:::P11200_INSTRUMENT_SORT:4

equilibrada y balanceada. Pero las consultas no deben ser un gesto simbólico donde el gobierno sólo busque revestir de legitimidad sus propios planteamientos.

55. El espíritu del Art. 2 del Convenio 144 de la OIT es el de "poner en práctica procedimientos que aseguren consultas efectivas, entre los representantes del gobierno, de los empleadores y de los trabajadores...", y de la Recomendación 152 (consultas tripartitas), de celebrar consultas sobre la elaboración y puesta en práctica de medidas legislativas.
56. Debe destacarse que las consultas a que se refiere el Convenio 144 no imponen la búsqueda de un acuerdo, sino que tienen la finalidad de ayudar a la autoridad competente para que pueda tomar una decisión. Para que las consultas tengan sentido no deben ser simplemente un gesto simbólico con el fin que el gobierno revista de legitimidad y de apariencia de diálogo sus planteamientos propios. El gobierno debe acordarles la debida atención para que tome una decisión equilibrada, teniendo en cuenta el desbalanceado y antidemocrático sistema de relaciones laborales vigente en nuestro país desde hace 25 años.
57. En definitiva, debe fomentarse un sistema integrador de toma de decisiones que tenga en cuenta los puntos de vista de los interlocutores sociales en la formulación de las políticas nacionales. El gobierno debe estar abierto al desafío de compartir parte de su poder normativo y decisorio con los actores sociales, así como velar para que los resultados del diálogo se traduzca en la aplicación de políticas concretas.
58. La existencia de instituciones como el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo es un factor crucial para facilitar el proceso de diálogo social, pero no garantiza su éxito. Sin el compromiso y sin la voluntad política de los interlocutores sociales y el gobierno el diálogo social no puede mantenerse ni puede ser constructivo, ni productivo.
59. De otra parte, el diálogo social no sustituye, sino que complementa la clásica democracia parlamentaria. La democracia no puede limitarse a votar en elecciones periódicas, sino que ésta debe consistir también en la participación de cada vez mayores sectores sociales en la formulación de todas las políticas y decisiones vinculadas a los procesos económicos y sociales. Al respecto es célebre la frase de

Norberto Bobbio de que “La democracia debe llegar a la administración pública y a la empresa”.³⁰

60. El diálogo social no es un fin en sí mismo, sino una útil herramienta para gestionar una diversidad de problemas económicos y sociales. La Unión Europea considera que el diálogo social es la fuerza conductora detrás de su exitosa reforma económica y social. Al diálogo social se le reconoce el mérito de innovar importantes áreas como la formación profesional, la modernización de la organización del trabajo, la promoción de igualdad de oportunidades, entre muchos otros.
61. En consecuencia, el gobierno incumplió con el artículo 2, inciso 17, de la Constitución Política, que establece el derecho de todos los ciudadanos de participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación, a través del diálogo social. El Convenio 144 de la OIT da contenido constitucional a este derecho, como parte del bloque de constitucionalidad.

V. AFECTACIÓN A LA LIBERTAD DE CONTRATAR QUE GARANTIZA QUE LOS TÉRMINOS CONTRACTUALES NO PUEDEN SER MODIFICADOS

62. Por otra parte, debe de tenerse en cuenta que la institución de la suspensión perfecta de labores ya se encuentra regulada en nuestra legislación desde 1992, específicamente en el artículo 15 del Decreto Legislativo 728, Ley de Competitividad y Productividad laboral (LPCL), el mismo que establece que antes de aplicar dicha medida se deberán otorgar vacaciones vencidas o anticipadas, y en general, adoptar medidas que razonablemente eviten agravar la situación de los trabajadores. Así mismo, el artículo 22 del reglamento, aprobado por Decreto Supremo 001-96-TR, dispone la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad para la adopción de la suspensión perfecta de labores. Estas normas son de aplicación supletoria a la nueva suspensión de labores dispuesta por el D.U. 038.
63. No obstante, el referido D.U. 038 flexibiliza aún más esta institución pues el plazo de suspensión no queda definido, sino que éste puede superar largamente los 90 días de suspensión perfecta dispuesta por la referida LPCL, pues el art. 3.5 señala que las medidas adoptadas rigen hasta 30 días calendario luego de terminada la vigencia de la emergencia sanitaria. Ahora mismo, con la última prórroga del estado de emergencia sanitaria dispuesta por el D.S. 020-2020-SA, la suspensión perfecta duraría casi seis meses, esto es, el doble del plazo que fija el D. Leg. 728,

³⁰ Bobbio, Norberto, **El problema de la guerra y las vías de la paz**, Gedeisa, Madrid, 1982.

Ley de Competitividad y Productividad Laboral. Y puede seguirse prolongando mientras dure la emergencia sanitaria.

64. En el momento, tal como van las cosas la emergencia sanitaria puede durar tranquilamente hasta principios del año siguiente, con lo que el plazo de suspensión perfecta se ampliaría en cuatro veces de aquel establecido durante la reforma de 1992, que ya fue denominada como una de “flexibilización salvaje”. Como se comprenderá esta es una situación insostenible para los trabajadores que verán agotados sus fondos de CTS o de AFP, con lo que todo el costo de la crisis no es asumido en forma proporcional por empleadores y trabajadores, sino que sólo recae sobre los hombros de los trabajadores.
65. Si bien el artículo 3.1 del D.U. 038 pide al empleador agote todas las posibilidades para mantener el vínculo laboral y la remuneración del trabajador, a través del adelanto de vacaciones, reducción de jornadas, reducción de remuneraciones, etc., se trata sólo de una apariencia pues en caso de no llegarse a un acuerdo es el empleador el que impone la suspensión sin pago de remuneraciones, o suspensión perfecta. La magnitud de la amenaza de la suspensión perfecta es tal que permite que el empleador haga prevalecer su voluntad tras la mera apariencia de un acuerdo. Con esta normativa será el empleador quien decida en forma exclusiva si el trabajador queda suspendido o disminuido en sus condiciones remunerativas.
66. Además, el D.U. 038 introduce nuevos supuestos, nuevos procedimientos, nuevas variables, antes inexistentes, para suspender sin pago los contratos de trabajo, disposiciones que no estaban establecidas al momento de ocurrir los hechos relativos a la pandemia. Y en lugar de propiciar un diálogo y entendimiento entre el gobierno y las organizaciones de empleadores y las organizaciones de trabajadores, para encontrar una solución que sea aceptable para las partes, se optó por dictar en forma vertical y unilateral una nueva legislación a solicitud de los empleadores.
67. Esta situación resulta contraria al artículo 62 de la Constitución Política que garantiza que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones. En efecto, las normas sobre suspensión perfecta de labores fueron cambiadas en forma imprevista, de la noche a la mañana, sin consulta ni negociación con las partes involucradas, para imponerse vertical y antidemocráticamente unas normas que perjudican gravemente los intereses de los trabajadores y benefician exclusivamente a los empleadores.

68. Finalmente, debe tenerse en cuenta que el Poder Ejecutivo se ha extralimitado en las facultades que le confiere el art. 137, numeral 1 de la Constitución Política, en la medida que el derecho al trabajo, el derecho a percibir una remuneración, el derecho al diálogo social, el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva, el deber del Estado de ofrecer una atención prioritaria al trabajo, así como la obligación de políticas de fomento del empleo productivo, no están previstas en la eventualidad de la declaratoria del Estado de Emergencia. Esta disposición constitucional sólo le autoriza al Poder Ejecutivo a restringir o suspender derechos sumamente acotados como son la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio y la libertad de reunión y de tránsito. Por consiguiente, el Poder Ejecutivo no se encuentra facultado para legislar en contra de los derechos laborales y sociales que hemos indicado.

VI. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LAS NORMAS INTERNACIONALES DE TRABAJO

69. En la presente causa, como ha quedado señalado precedentemente, no se han aplicado los Convenios Internacionales de Trabajo núms. 87, 98, 102 y 144, los mismos que desarrollan el contenido de las disposiciones constitucionales que en cada caso se han precisado. Estos convenios forman parte del bloque de constitucionalidad por lo que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico que el Decreto de Urgencia 038-2020 ha incumplido, incurriendo en inconstitucionalidad insalvable.
70. Sobre este particular, debe tenerse presente que cada país tiene su propio sistema de incorporación de las normas internacionales en el derecho nacional, lo que determina su aplicabilidad judicial, en el sentido que permite definir en qué medida y de qué manera es posible para los tribunales nacionales utilizar el derecho internacional en la resolución de un litigio. Debemos recordar que las posibilidades de utilización judicial del derecho internacional dependen en parte del sistema nacional de incorporación del derecho internacional en el derecho interno. A este respecto, generalmente se distinguen los países denominados monistas de los llamados dualistas.
71. A grandes rasgos, se consideran monistas los países en los cuales el derecho interno y el derecho internacional se tienen como integrantes de la misma esfera jurídica, y donde, como consecuencia, los tratados ratificados son parte integrante del derecho nacional. Este es el sistema adoptado por el Estado peruano a tenor de lo dispuesto en el artículo 55º de la Constitución Política que señala que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

72. No obstante, nuestro sistema jurídico concede un valor constitucional a determinados derechos y libertades. En efecto, el artículo 3º de la Constitución Política señala que:

“**Artículo 3º.-** La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo **no excluye los demás que la Constitución garantiza**, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.” (el resaltado es nuestro)

73. El Tribunal Constitucional ha precisado los alcances de esta norma en la sentencia recaída en los Expedientes acumulados 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC en los siguientes términos:

“29. Conforme a esta disposición el catálogo de derechos constitucionales **no excluye “otros de naturaleza análoga”** o que se fundan en determinados principios fundamentales del ordenamiento constitucional. Es decir, existe otro conjunto de derechos constitucionales que está comprendido tanto por “derechos de naturaleza análoga” como por los que se infieren de los principios fundamentales.

30. Los “derechos de naturaleza análoga” pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudiera identificarse como tal no cabe duda que se encuentran los **tratados internacionales sobre derechos humanos** de los que el Estado peruano es parte. [...] En consecuencia, dichos tratados, todos de consuno, enuncian derechos de naturaleza “constitucional”. (el resaltado es nuestro)

74. Así, se afirma que las normas internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, según afirma Villavicencio citando a Uprimmy, “las normas materialmente constitucionales -esto es con fuerza constitucional- son más numerosos que aquellas formalmente constitucionales -esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional-.” Continúa señalando Villavicencio que se trata de una técnica constitucional de remisión o reenvío que permite la

ampliación del contenido normativo de la norma suprema (derechos, principios y reglas) para facilitarle una permanente adecuación histórica.³¹

75. Por otra parte, por mandato de la Disposición Final Cuarta de la Constitución, los derechos y libertades protegidos con jerarquía constitucional, deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Perú. Esto implica la obligación de interpretar el contenido de los artículos 2, inciso 17, artículo 11 y el artículo 28, conforme a los tratados internacionales ratificados por Perú que regulan la materia, esto es, los Convenios Internacionales de Trabajo núms. 87, 98, 102 y 144.

76. La Disposición Final Cuarta señala:

“**Cuarta.-** Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce **se interpretan de conformidad** con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los **tratados** y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”
(el resaltado es nuestro)

77. El propio Tribunal Constitucional ha señalado a los convenios de la OIT como parte del bloque de constitucionalidad en los siguientes términos:

“18. Teniendo presente que los Convenios núms. **98, 151 y 154** desarrollan y complementan el derecho de negociación colectiva para que su ejercicio sea real y efectivo, este Tribunal considera que **dichos convenios forman parte del bloque de constitucionalidad** del artículo 28 de la Constitución, razón por la cual pueden ser entendidos como normas interpuestas al momento de evaluar los supuestos vicios de constitucionalidad de una ley sometida a control concreto y abstracto.”³² (el resaltado es nuestro)

78. Muy interesante resulta también los fundamentos de otra sentencia del Tribunal Constitucional donde se afirma que los tratados internacionales están dotados de fuerza activa incorporándolos al derecho vigente, así como de fuerza pasiva, en el

³¹ Villavicencio Ríos, Alfredo, **La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación**, PLADES, abril de 2010, pág. 53.

³² Expediente 03561-2009-AA.

sentido de resistir la modificación por fuentes infraconstitucionales, y ni siquiera, por una reforma constitucional:

“Si conforme a lo anterior, los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, debe concluirse que dichos tratados detentan rango constitucional. El rango constitucional que detentan trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, **fuerza activa**, conforme a la cual **estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional**. Su **fuerza pasiva** trae consigo su aptitud **de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución** que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución. En lo que concierne al caso, importa resaltar su fuerza de resistencia frente a las normas de rango legal. Éstas no pueden ser contrarias a los derechos enunciados en los tratados de derechos humanos. Si estos derechos detentan rango constitucional, el legislador está vedado de establecer estipulaciones contrarias a los mismos.”³³ (el resaltado es nuestro)

79. Por otro lado, por ejemplo, el artículo 4º del Convenio 98 de la OIT, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, adoptado en 1949, y ratificado por Perú el 2 de marzo de 1960, se refiere a la obligación de las autoridades públicas de los países que lo han ratificado, no sólo de respetar o garantizar el derecho de negociación colectiva, sino que impone la obligación de estimular y fomentar la misma. En efecto, la citada norma señala:

“Artículo 4.- Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para **estimular y fomentar**

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los expedientes acumulados 0015-2005-PI/TC y 0026-005-PI/TC. El resaltado es nuestro.

entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.” (el resaltado es nuestro)

80. En consecuencia, queda entendido que el enjuiciamiento de las normas del D.U. 038-2020 lo haremos desde los convenios internacionales de trabajo de la OIT, que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional, y en tal virtud, llenan de contenido el artículo 28 de nuestra Constitución Política. Por esto, las normas del citado D.U. deberán ser examinadas desde los Convenios Internacionales de trabajo 87, 98, 102 y 144, que forman parte del bloque de constitucionalidad. Así lo disponen el artículo 3º de la Constitución que contiene una cláusula de derechos implícitos o no enumerados que permiten una incorporación directa de derechos contenidos en los tratados internacionales, con una intensidad mucho mayor, en la medida que ingresan como norma y no como interpretación. Adicionalmente, la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución tiene también mucha importancia en la medida que contiene una cláusula interpretativa de conformidad con las normas internacionales. En ambos casos, la doctrina y los principios desarrollados por los órganos de control de la OIT, cumple un papel de inestimable importancia para desentrañar e interpretar el contenido de las normas internacionales de trabajo.

POR TANTO:

A usted, Señor presidente del Tribunal Constitucional, por todas estas consideraciones y fundamentos, solicitamos admitir la presente demanda y, en su momento, declarar la inconstitucionalidad de los artículos 3.2, 3.3, 3.5, 7.1, 7.2, y 10 del Decreto de Urgencia N° 038-2020, publicado en el Diario Oficial el 14 de abril de 2020, así como declare la inconstitucionalidad, por extensión, de los artículos 3, 4, 5, 6, y 8 del Decreto Supremo N° 011-2020-TR.

PRIMER OTROSI DECIMOS: Que hacemos presente que los abogados recurrentes obramos por delegación de representación procesal del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca para la presentación de la presente demanda, en virtud del artículo Tercero de la Resolución de Junta Directiva N° 124-2020-D-JD-ICAC, de fecha 26 de octubre de 2020, que obra como Anexo 2 de la presente demanda.

SEGUNDO OTRO SI DECIMOS: Que adjuntamos como anexos los siguientes documentos:

1. **Anexo N° 1:** Copia del Documento Nacional de Identidad del Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca, Dr. Hugo Miguel Muñoz Peralta, con DNI 40593893, que suscribe la Resolución N° 124-2020-D-JD-ICAC, a que se refiere el Anexo N° 2.
2. **Anexo N° 2:** Copia de la Resolución N° 124-2020-D-JD-ICAC, de fecha 26 de octubre de 2020, emitida en la Sesión de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Cajamarca, que concede autorización al señor Decano para la firma de la demanda de inconstitucionalidad y que delega la representación procesal en los abogados que autorizan.
3. **Anexo N° 3:** Copia de la Resolución N° 001-2018-CE-ICAC, de fecha 25 de marzo de 2018, por la que se nombra a la Junta Directiva del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca, que acredita al Dr. Hugo Miguel Muñoz Peralta, como Decano de dicha institución.
4. **Anexo N° 4:** Copia del Decreto de Urgencia N° 038-2020, publicado en el Diario Oficial el 14 de abril de 2020.
5. **Anexo N° 5:** Copia del Decreto Supremo N° 011-2020-TR, publicado en el Diario Oficial el 21 de abril de 2020.
6. **Anexo N° 6:** Comunicado N° 10-2020 de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, de fecha 3 de junio de 2020.
7. **Anexo N° 7:** Copia del Decreto Supremo N° 058-2021-PCM, publicado en el Diario Oficial el 27 de marzo de 2021, que prorroga nuevamente el estado de emergencia nacional.

Lima, 20 de abril de 2021



Adolfo Ciudad Reynaud
Abogado
Reg. CAL 7344



Leopoldo Gamarra Vélchez
Abogado
Reg. CAL 11223

Lpderecho.pe