



El artículo 138 de la Constitución Política del Perú establece que: *“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”*, esto es, la judicatura puede realizar control difuso en los casos en concreto respecto de incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, una norma constitucional y una norma infralegal o una norma legal y una norma infralegal.

Resolución **OCHO**

Trujillo, once de mayo

Del año dos mil veintidós. –

-SENTENCIA DE VISTA-

En el proceso constitucional de amparo, interpuesto por Lourdes Agustina Vejarano Miñano contra Laboratorios DROPAKSA SRLTDA.; **la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad**, integrada por los Jueces Superiores: **Carlos Natividad Cruz Lezcano** (Presidente y Juez Superior Titular); **Juan Virgilio Chunga Bernal** (Ponente y Juez Superior Titular) y **Hugo Francisco Escalante Peralta** (Juez Superior Provisional); con intervención de **Nelly Key Munayco Castillo** (Secretaria de Sala); en audiencia pública de vista de la causa, previa deliberación y votación, emiten la siguiente decisión:

I. ASUNTO:

Apelación¹ interpuesta por la demandante Lourdes Agustina Vejarano Miñano, contra la sentencia inserta en la Resolución número CUATRO, de fecha treinta de marzo del año dos mil veintidós, obrante de fojas ciento diez

¹ Folios 122-129.



a ciento dieciséis, que declara infundada la demanda.

II. ANTECEDENTES PROCESALES:

- 2.1.** La demandante en su escrito postulatorio² pretende la inaplicación del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y sus posteriores modificatorias, y se ordene que se cesen los actos de discriminación y violación de derechos constitucionales consistente en exigir vacunación obligatoria contra COVID-19 y portar carnet de vacunación como requisito para continuar con la actividad laboral; asimismo, fundamenta fácticamente lo siguiente: **i)** Se está vulnerando su derecho a la defensa y respeto de dignidad, derecho a la salud y a la vida, derecho a la integridad moral, psíquica y física, derecho al libre desarrollo y bienestar de la persona humana, derecho a la libertad y seguridad personal, derecho a no ser víctima de violencia moral, psíquica y física, derecho a trabajar libremente y derecho a no ser discriminado en el trabajo; **ii)** Es trabajadora de la demandada desde el 01 de setiembre del 2017 y debe tenerse en cuenta que según el artículo 1 de la Ley N° 31091 se ha regulado el acceso libre y voluntario para vacunarse, por lo que, comunicó a su empleador que no tiene voluntad de vacunarse; **iii)** A finales de noviembre del 2021 la gerente general de la demandada le consultó si estaba vacunada y le respondió que había decidido que no en mérito a la Ley N° 31091, siendo que, sorpresivamente con fecha 11 de diciembre del 2021 recibió una carta firmada por la gerente general en la que según el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM el gobierno restringe el trabajo presencial de personas que no cuenten con su esquema de vacunación completo; y, **iv)** Ha enviado cartas notariales a su empleadora y también se apersonó a sus instalaciones, siendo que, no la dejaron ingresar (lo que consta en acta policial), por lo que, la medida de suspensión de labores sin goce de haber por motivo de no vacunarse es una medida desproporcional que ha vulnerado sus derechos fundamentales, debiendo realizarse un análisis constitucional de la norma (mediante un test de proporcionalidad) y reestablecerse en el centro laboral.

² Folios 21-31.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

- 2.2.** La demandada en su escrito contestatorio³ solicita que se declare improcedente la demanda por existir sustracción de la materia, debido a que, el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM se encuentra derogado por Decreto Supremo N° 016-2022-PCM; asimismo, solicita que se declare improcedente la demanda porque existe una vía igualmente satisfactoria como lo es el proceso laboral donde se puede discutir la suspensión perfecta de la actora y la constitucionalidad de las normas; también, deduce excepción de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda porque no se entiende si la actora pretende el cuestionamiento de la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM o la carta de fecha 11 de diciembre del 2021, pues de ser el primer caso debería haber recurrido ante un proceso de acción popular; y, solicita que la demanda sea declarada infundada por los siguientes motivos: **i)** No existe finalización del vínculo laboral sino solo suspensión, ya que, el puesto de trabajo de la actora (Jefe de Control de Calidad) sólo puede ejercerse de manera presencial, lo que no constituye un acto discriminación ni vulnerador de derecho fundamental alguno, además, la suspensión perfecta de labores se encuentra regulada en el Decreto Supremo N° 003-97-TR; y, **ii)** Las normas emitidas en pandemia son proporcionales y razonables, además, no existe divergencia entre la Ley N° 31091 y el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM porque la primera únicamente otorga libertad plena al ciudadano a someterse a tratamiento preventivo y curativo del COVID-19, y la segunda no obliga a vacunarse, sino que busca la protección de los planes de salud pública a través de una minimización del riesgo sanitario.
- 2.3.** En la Audiencia Única llevada a cabo el día 25 de marzo del 2022 (según consta en Acta⁴ y CD-ROM⁵) se contó con la presencia de ambas partes debidamente representadas por sus abogados patrocinantes, no se permitió la intervención al abogado Joy Millones Sánchez Santos por encontrarse inhabilitado para el ejercicio profesional, la abogada del demandante expuso sus alegatos, el juzgador declaró infundada la excepción de oscuridad o

³ Folios 68-81.

⁴ Folios 87-90.

⁵ Folios 86.



ambigüedad en el modo de proponer la demanda, y se dejaron los autos expeditos para sentenciar. El juzgador de primera instancia declaró infundada la demanda a través de la sentencia contenida en la resolución judicial N° 04 de fecha 30 de marzo del 2022⁶ por los siguientes motivos: **i)** La frontera del derecho al trabajo debe analizarse bajo los límites y alcances de los demás derechos, siendo uno de ellos, el de integridad física y salud de las personas; **ii)** El gobierno ha reiterado el despliegamiento de los límites que debe tener el derecho al trabajo, implementando acciones para procurar salvaguardar como derecho fundamental el derecho a la vida; **iii)** La discusión del presente proceso versa sobre la afectación o no de derechos fundamentales, por lo que, el proceso de amparo sí resulta ser la vía idónea; **iv)** La demandada ha dado cumplimiento al Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y no está obligando a su trabajador a vacunarse, siendo que, la demandante no ha acreditado tener su esquema de vacunación completa; y, **v)** Si bien la demandante solicita la inaplicación de la norma antes mencionada, sin embargo, al no haber acreditado sujetarse al Decreto Supremo N° 179-2021-PCM, la demanda deviene en infundada.

III. PRETENSIÓN, AGRAVIOS Y FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

La demandante Lourdes Agustina Vejarano Miñano, pretende la nulidad de la apelada, invocando como agravios y fundamentos impugnatorios los que se resumen a continuación: **i)** Nos encontramos frente a la medida de suspensión de labores sin goce de haber por motivo de que la demandante no se ha vacunado, siendo una medida desproporcional que ha vulnerado sus derechos fundamentales además de su derecho a trabajar de manera digna, por tanto el Ad quo en la sentencia ha omitido pronunciarse sobre el análisis de constitucionalidad frente al conflicto de normas entre la Ley N° 31091 y el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM; y, **ii)** No se ha realizado un test de proporcionalidad de la norma ni control difuso, pues el Ad quo ha aplicado indebidamente el artículo 2 inciso 15 de la Constitución Política del Perú, motivando la sentencia con el argumento de los límites

⁶ Folios 110-116.



constitucionales del derecho al trabajo, sin embargo, se ha solicitado hacer análisis de constitucionalidad frente al conflicto de normas entre la Ley N° 31091 y el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM, lo que no ha sido realizado por el Ad quo.

IV. ESTABLECIMIENTO DE LA CONTROVERSIA DEL CASO:

Este Tribunal absolverá el grado respetando el principio *tantum appellatum quantum devolutum*, que garantiza que el órgano jurisdiccional, al absolver la impugnación, solo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el recurso de apelación⁷; sin embargo, este principio encuentra una excepción⁸ en las genéricas facultades⁹ nulificantes del Tribunal¹⁰, pero sólo cuando esté en controversia o en disputa la aplicación de normas de orden público o que tengan relación con la protección de derechos fundamentales y respecto de las cuales se aprecien afectaciones que revistan una especial gravedad y flagrancia¹¹. En consecuencia, en esta instancia corresponderá determinar si corresponde declarar la nulidad de la sentencia impugnada de acuerdo a los argumentos esbozados por la recurrente en su escrito de apelación.

V. RESOLUCIÓN DEL CASO:

Extremos que han adquirido la autoridad de cosa juzgada y no pueden ser materia de revisión por este Colegiado.

- 5.1. Como punto de partida, cabe mencionar que el artículo IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional aprobado por Ley N° 31307, establece lo siguiente: “*Sólo en caso de vacío o defecto del presente código*

⁷ STC N° 05901 - 2008 - PA/TC.

⁸ Esta excepción se fundamenta en la potestad nulificante del juez y es recogida en la parte final del artículo 176° del Código Procesal Civil que prescribe: “Los Jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda”.

⁹ Esta potestad es entendida como aquella “facultad conferida a los jueces en forma excepcional para declarar la nulidad aun cuando no haya sido invocada, si se tiene en consideración que el acto viciado puede alterar sustancialmente los fines del proceso o ha alterado la decisión recaída en él (STC N° 6348-2008-PA/TC)”.

¹⁰ La doctrina uniformemente está de acuerdo que la nulidad procesal declarada de oficio presupone que el acto procesal viciado no sea posible de convalidación y que su procedencia solo se justifica en la protección de las garantías constitucionales del proceso, siendo una de las más importantes el respeto al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (STC N° 6348-2008-PA/TC)

¹¹ STC 3151 - 2006 - AA/TC.



son de aplicación supletoria la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los códigos procesales afines a la materia discutida son de aplicación subsidiaria siempre y cuando no perjudiquen a las partes ni a los fines del proceso constitucional y solo ante la ausencia de otros criterios”, por lo que, aplicando subsidiariamente el artículo 123 del Código Procesal Civil (que regula a la cosa juzgada), son extremos que han adquirido la autoridad de cosa juzgada los siguientes:

- 5.1.1.** En la Audiencia Única de fecha 25 de marzo del 2022 se emitió el auto contenido en la resolución judicial N° 03¹² que declaró infundada la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda propuesta por la demandada, siendo que, dicha decisión fue notificada a la emplazada con fecha 25 de marzo del 2022¹³ y no ha sido impugnada dentro del plazo establecido por ley, por lo que, ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.
- 5.1.2.** En el considerando CUARTO¹⁴ de la apelada el Ad quo estableció que: *“(...) debe tenerse presente que, el fondo de la controversia en el presente proceso, es la discusión sobre la afectación o no de derechos fundamentales, por lo que, el proceso de amparo sí resulta ser la vía idónea, teniendo en cuenta que la parte demandante manifiesta actos de discriminación para el ejercicio de su derecho al trabajo (...)”,* aspecto éste que no ha sido expresamente impugnado por ninguna de las partes (no lo ha cuestionado la demandante apelante y la demandada no ha impugnado); por lo que, al haber adquirido la autoridad de cosa juzgada, se descarta cualquier argumento relacionado con la existencia de otra vía igualmente satisfactoria, y se precisa que este Colegiado está *exonerado* de realizar análisis relacionado con ello.

¹² Folios 89-90.

¹³ Folios 91.

¹⁴ Folios 114-116.



Los hechos y la teoría del caso de la presente controversia.

- 5.2.** Conforme se verifica de la Carta de fecha 11 de diciembre del 2021¹⁵ remitida a la actora por parte de la demandada, ésta última le comunicó que aplicaría la suspensión sin goce de haber de la relación laboral porque no había cumplido con presentar su certificado de vacunación con dosis completas (esquema completo), lo que se encuentra sustentado en el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y porque la actora se desempeña como Jefe de Control de Calidad, cargo que no es compatible con el trabajo remoto; luego, la recurrente remitió Carta Notarial con fecha 13 de diciembre del 2021¹⁶ refiriendo que la decisión tomada (suspensión perfecta) es discriminatoria, afecta su derecho a trabajar y se está contraviniendo lo dispuesto en la Ley N° 31091 respecto del acceso libre y voluntario para el COVID-19; y finalmente, con fecha 16 de diciembre del 2021 la recurrente asistió a laborar acompañada de un efectivo policial, quien constató que no se le dejó ingresar a la misma porque existía orden de ello por parte de la administradora Rosario Pacheco Barrera, la Directora Técnica Estela Pacheco de Barrera y el Jefe de Recursos Humanos Omar Rojas, hasta que la recurrente se coloque la vacuna¹⁷.
- 5.3.** Acto seguido, conforme mencionamos anteriormente en los antecedentes del caso, la recurrente ha interpuesto demanda¹⁸ de amparo solicitando que cesen los actos de discriminación y violación de derechos constitucionales consistente en exigir vacunación obligatoria contra COVID 19 y portar carnet de vacunación como requisito para continuar con la actividad laboral, y que se inaplique el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y sus posteriores modificatorias; dicho de otro modo, aplicando el principio de *suplencia de queja deficiente*¹⁹ aplicable a los procesos constitucionales, lo que pretende la actora es que en el caso concreto se aplique control difuso

¹⁵ Folios 20.

¹⁶ Folios 15-17.

¹⁷ Folios 18.

¹⁸ Folios 21-31.

¹⁹ "(...) Tal facultad es otorgada a los jueces constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico, para adecuar su pretensión a fin de otorgar protección constitucional al quejoso, en aquellos casos en los que se advierta un error o una omisión en el petitorio (...)" [Sentencia emitida en el Expediente N° 250-2008-PHD/TC con fecha 31 de enero del 2008, fundamento 5]



respecto de la regulación normativa de la exigencia de vacunas para realizar trabajo presencial y como consecuencia de ello se disponga que pueda retornar a laborar dejándose sin efecto la suspensión sin goce de haber (suspensión perfecta) aplicada. Entonces, nótese que la accionante no niega su cargo ejercido (Jefe de Control de Calidad) ni que el mismo sólo sea compatible con el trabajo presencial, sino que, únicamente trae a colación un problema a resolver de carácter jurídico: el aparente conflicto ente la Ley N° 31091 y aquellas que regulan la obligatoriedad de vacunación para realizar trabajo presencial, y la constitucionalidad de éstas últimas alegando afectación a sus derechos fundamentales.

Respuesta a los argumentos nulificantes de la actora.

- 5.4.** La demandante refiere que la sentencia venida en grado es nula porque el Ad quo no ha dado respuesta a sus articulaciones consistentes en el conflicto de normas entre la Ley N° 31091 y el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM (hoy vigente a través del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM), así como, en la solicitud de análisis de la constitucionalidad de los Decretos Supremos antes citados; en ese talante, este Colegiado decide **desestimar** dichos argumentos por las siguientes razones: **i)** Si bien el Ad quo no ha realizado un expreso análisis del conflicto de normas y de la constitucionalidad de los Decretos Supremos N° 179-2021-PCM y N° 016-2022-PCM, sin embargo, ha señalado que existen límites al derecho al trabajo respecto de los demás derechos y que ello se encuentra plasmado en las normas emitidas a raíz de la pandemia del COVID-19 y la reactivación económica, así como, que la actora no ha acreditado no encontrarse bajo los alcances del Decretos Supremo N° 016-2022-PCM ni sujetarse a la misma (léase considerando CUARTO²⁰), lo que significa que sí ha sopesado a la citada norma con un derecho fundamental (análisis constitucional) y ha preferido aplicar el Decretos Supremo N° 016-2022-PCM (lo que significa que no consideró que exista conflicto normativo); y, **ii)** De emitirse un pronunciamiento nulificante por considerar que no ha existido una debida

²⁰ Folios 114-116.



motivación o que se ha afectado el principio de congruencia procesal (aspectos descartados anteriormente), se regresarían los autos al Ad quo para que emita nuevo pronunciamiento que probablemente pueda ser impugnado por cualquiera de las partes, lo que afectaría los fines del proceso constitucional y la tutela urgente de éste, que incluso ha sido invocada por la recurrente, quien desea volver a trabajar (al pedir que se deje sin efecto la suspensión perfecta), así como, se afectaría el principio de *maximización de actos procesales* (por el cual debe preferirse conservar los mismos y la nulidad es última ratio) y la facultad de la judicatura superior para subsanar actos inválidos o llenar cabos sueltos dejados en primera instancia que no han afectado derechos fundamentales, tal y como sucede en el caso de autos, pues el derecho a la doble instancia está siendo asegurado a través de la presente sentencia de vista, donde este Colegiado emitirá pronunciamiento de mérito a fin de lograr el fin de todo proceso: resolver un conflicto y/o eliminar un estado de incertidumbre jurídica.

¿Existe sustracción de la materia?

- 5.5.** Estando a que una de las peticiones de la demandada es que se declare improcedente la demanda porque existiría sustracción de la materia al haberse derogado el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM a través de la dación del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM²¹, sobre lo cual el Ad quo ha referido que la segunda norma es aplicable al caso de autos por encontrarse vigente y regular también la medida de suspensión perfecta por falta de vacunación en trabajadores que realicen labor presencial²², extremo que dicho sea de paso, no ha sido impugnado; no obstante, aunado a ello, este Colegiado hace la precisión -a efectos de despejar cualquier duda- que asume el criterio que en este caso no ha operado la sustracción de la materia por las siguientes razones:

- 5.5.1.** El artículo 321 numeral 1 del Código Procesal Civil -aplicable subsidiariamente al proceso constitucional- establece que concluye

²¹ Folios 68-70.

²² Folios 115.



el proceso sin declaración sobre el fondo cuando se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional, sobre lo cual, el Tribunal Constitucional ha referido en la Sentencia emitida en el expediente N° 2503-2013-PA/TC con fecha 12 de agosto del 2014, lo siguiente: *“(...) la sustracción de la materia puede configurarse tanto en los casos de cese de la afectación como en los de irreparabilidad de los derechos. Mientras que en el primer supuesto la conducta violatoria ha quedado superada por voluntad de la propia autoridad, funcionario o persona empleada; en el segundo, los derechos invocados se han visto irreversiblemente afectados, lo cual imposibilita reponerlos a su estado primigenio. (...) la sustracción de materia puede, sin embargo, implicar dos tipos de regímenes procesales: uno ordinario y otro excepcional. En el régimen procesal que calificamos como ordinario se hace innecesario emitir pronunciamiento de fondo, y, más bien, se declara improcedente la demanda. Dicho esquema puede darse en escenarios temporales distintos: cuando el cese de la afectación o el estado de irreparabilidad se produce antes de promoverse la demanda (...) o cuando el cese de la afectación o el estado de irreparabilidad se produce después de interponerse la demanda (...) Por el contrario, el régimen procesal que calificamos como excepcional opera cuando, sin perjuicio de declararse la sustracción de materia, se hace pertinente emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, habida cuenta de la magnitud del agravio producido (...)”.*

- 5.5.2.** Así pues, nótese que en este caso la pretensión de la actora radica en que se cesen los presuntos actos violatorios de derechos constitucionales materializados a través del accionar de su empleador que se habría dado en mérito de normas (no alude solo sólo el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM sino también sus posteriores modificatorias) que regulan la obligatoriedad de vacunación para realizar trabajo presencial, esto es, nos encontramos ante un caso de cese de afectación que no ha quedado superado por las siguientes razones: primero, porque cuando se encontraba vigente el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM se materializó la suspensión perfecta de la actora, aspecto que es materia de análisis en este proceso, y requiere de pronunciamiento



por parte de la judicatura por aplicación temporal de las normas y debido a que si se ampara la demanda, entonces, la consecuencia jurídica que podría efectuar la actora luego en vía ordinaria sería solicitar el pago de sus haberes por el periodo que no los percibió; y segundo, porque tal aspecto (suspensión perfecta) sigue materializándose hasta la fecha porque el vigente Decreto Supremo N° 016-2022-PCM también lo regula, esto es, la recurrente sigue sometida a la suspensión sin goce de haberes y justamente por ello es que solicita no sólo la inaplicación de la norma invocada para someterla a la suspensión perfecta, sino también de sus posteriores modificatorias.

¿Existe conflicto normativo entre la Ley N° 31091, y el Decreto Supremo N° 171-2021-PCM y sus modificatorias?

- 5.6.** El artículo 1 de la Ley N° 31091, “Ley que garantiza el acceso al tratamiento preventivo y curativo de la enfermedad por coronavirus SARS-CoV-2 y de otras enfermedades que dan origen a emergencias sanitarias nacionales y otras pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud, establece lo siguiente: *“La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso libre y voluntario a la población en general al tratamiento preventivo y curativo de la enfermedad generada por el coronavirus SARS-CoV-2, así como de otras enfermedades que dan origen a emergencias sanitarias nacionales y otras pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud.”*; por su parte, el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM refiere que: *“A partir del 10 de diciembre de 2021, toda persona que realice actividad laboral presencial, deberá acreditar su esquema completo de vacunación contra la COVID-19, siendo válidas las vacunas administradas tanto en el Perú como en el extranjero. En el caso de los prestadores de servicios de la actividad privada que no cuenten con el esquema completo de vacunación, deberán prestar servicios a través de la modalidad de trabajo remoto. Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto, se entenderá producido el supuesto de suspensión del contrato de trabajo, sin goce de haberes, de conformidad con el primer párrafo del artículo 11 y el literal II) del artículo 12 del Texto Único Ordenado de Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, salvo que las*



partes acuerden la suspensión imperfecta del vínculo laboral (...); y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (que derogó al Decreto Supremo N° 179-2021-PCM según su primera disposición complementaria derogatoria) prescribe que: “Toda persona que realice actividad laboral presencial, debe acreditar su esquema completo de vacunación contra la COVID-19, siendo válidas las vacunas administradas tanto en el Perú como en el extranjero. En el caso de los prestadores de servicios de la actividad privada que no cuenten con el esquema completo de vacunación, deben prestar servicios a través de la modalidad de trabajo remoto. Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto, se entenderá producido el supuesto de suspensión del contrato de trabajo, sin goce de haberes, de conformidad con el primer párrafo del artículo 11 y el literal ll) del artículo 12 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, salvo que las partes acuerden la suspensión imperfecta del vínculo laboral (...).”

5.7. Así pues, estando a que el primer problema de carácter jurídico que trae la demandante es que existiría un conflicto normativo de contradicción entre la Ley N° 31091, y el Decreto Supremo N° 171-2021-PCM y sus modificatorias, pues considera que la primera establece que ninguna persona puede ser obligada a vacunarse y la segunda sí obliga a hacerlo; entonces, corresponderá responderse a las siguientes interrogantes: ¿Las normas citadas regulan iguales supuestos de hecho? y ¿Cuál norma es aplicable al caso en concreto?, lo que se realiza a continuación:

5.7.1. Respecto a la **primera interrogante**, este Colegiado verifica que el artículo 1 de la Ley N° 31091 es una norma de carácter general para toda la población y en mérito a la relación jurídica ciudadano-Estado, emitida en mérito a la obligación jurídica del Gobierno de preservar la salud²³ pública de la colectividad (disponibilidad,

²³ El Tribunal Constitucional ha establecido que: “(...) el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener el estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones cuyo cumplimiento corresponde al Estado, el cual debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para tal efecto, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. Los servicios de salud, por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes (...)” [Expediente N° 3208-2004-AA/TC, fundamento 6]



accesibilidad, calidad y aceptabilidad²⁴) y la salud²⁵ individual de los ciudadanos (como derecho subjetivo), ello, a raíz de la pandemia ocasionada por el COVID-19, para lo cual, dispone que todo ciudadano puede acceder libre y voluntariamente al tratamiento preventivo y curativo de la citada enfermedad [supuesto de hecho], siendo uno de éstos la vacunación; mientras que, el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (que derogó al primero) regulan la obligatoriedad de contar con esquema completo de vacunación contra la COVID-19 a los prestadores de servicios de la actividad privada que realizan trabajo presencial y no sea factible el trabajo remoto [supuesto de hecho], esto es, se trata de una norma específica dirigida a los trabajadores de la actividad privada y en mérito a la relación jurídica trabajador-empleador, no existiendo una obligación a acceder a la vacunación como tratamiento y preventivo de la citada enfermedad, sino una obligación incorporada al contrato de trabajo como requisito para realizar labor presencial. En consecuencia, este Colegiado asume el criterio que las presuntas normas en conflicto no regulan supuestos de hecho aplicables a un mismo caso, por lo que, se descarta la existencia de contradicción entre éstas.

5.7.2. Respecto a la **segunda interrogante**, al haberse descartado que las presuntas normas en conflicto regulen iguales supuestos de hecho, requisito primigenio para analizar una presunta contradicción, entonces, este Colegiado asume el criterio que las normas jurídicas aplicables al caso en concreto (y por la cual justamente la recurrente solicita su inaplicación) son el artículo 14.7 del Decreto Supremo N°

²⁴ Así lo ha establecido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) en la Observación General N° 14 – párrafos 43 y 44.

²⁵ “(...) La Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; en tales términos, la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de ese valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos (...)” [Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 2016-2004-AA/TC con fecha 05 de octubre del 2004, fundamento 26]



179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (como modificatoria de la primera), por las razones que se exponen a continuación: **i)** El presente proceso surge de la relación jurídica trabajador-empleador y en mérito a la suspensión perfecta aplicada a la recurrente como laborante en aplicación de las normas antes citadas, por lo que, el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM son aplicables en mérito al principio de especialidad normativa; **ii)** Las normas antes mencionadas han sido emitidas con posterioridad a la Ley N° 31091 (publicada el 18 de diciembre del 2020), pues el Decreto Supremo N° 179-2021-PCM ha sido emitido con fecha 09 de diciembre del 2021 y el Decreto Supremo N° 016-2022-PCM ha sido emitido con fecha 25 de febrero del año 2022, por lo que, resultan aplicables en mérito al principio de temporalidad; y, **iii)** Si bien la Ley N° 31091 es una norma con rango legal y los Decretos Supremos N° 179-2021-PCM y 016-2022-PCM son normas con rango infralegal, sin embargo, éstas últimas son normas complementarias a lo dispuesto en el artículo 12 literal II) del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR) que establece: “*Son causas de suspensión del contrato de trabajo: (...) II) Otros establecidos por norma expresa. La suspensión del contrato de trabajo se regula por las normas que corresponden a cada causa y por lo dispuesto en esta Ley (...)*”, lo que significa que tampoco existe conflicto por jerarquía normativa, pues la LPCL dota de rango de ley a la causal de suspensión perfecta desarrollada por los citados Decretos Supremos consistente en: la falta de esquema de vacunación en trabajadores de la actividad privada que realicen labor presencial.

El control difuso.

- 5.8.** El artículo 138 de la Constitución Política del Perú establece que: “*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo*



proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”, esto es, la judicatura puede realizar control difuso en los casos en concreto respecto de incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, una norma constitucional y una norma infralegal o una norma legal y una norma infralegal. El Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente N° 1383-2001-AA/TC de fecha 15 de agosto del 2002, refirió en su fundamento 16 lo siguiente: “La facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138°, segundo párrafo de la Constitución (...) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas enunciado en el artículo 51 de nuestra norma fundamental. El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos: a. Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (...) b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia (...) c. Que la norma a inaplicarse resulta evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse interpretado de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (...).”

- 5.9.** Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución en las sentencias emitidas en los expedientes N° 1680-2005-PA/TC y N° 1679-2005-PA/TC, ambas con fecha 11 de mayo del 2005 (fundamentos 2 al 8), estableció lo siguiente:

“Este Tribunal tiene dicho que el control difuso de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos



en los que la ley resulta manifiestamente incompatible con la Constitución. El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado democrático y social de Derecho. Conviene siempre recalcar que la Constitución es una auténtica norma jurídica, la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, y un derecho directamente aplicable (...) Dadas las consecuencias que su ejercicio puede tener sobre la ley, que es expresión de la voluntad general representada en el Parlamento, el Tribunal ha recordado que la declaración de inconstitucionalidad debe considerarse como la última ratio a la que un Juez debe apelar (...) Así, la necesidad de interpretar la ley conforme con la Constitución no sólo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera exige que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio mismo del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de todos los jueces (y de este mismo Tribunal, tanto cuando actúa como Juez de casos, como cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad) buscar, hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado. Un límite por cierto, al que se suman otros, de no menor importancia: A) Por un lado, que el control de constitucionalidad se realice en el seno de un caso judicial, esto es, tras el planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado para entender el sentido y los alcances de las leyes (...) B) En segundo lugar, el control de constitucionalidad sólo podrá practicarse siempre que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez sólo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentre directamente relacionada con la solución del caso, término éste último que no puede entenderse como circunscrito sólo a la pretensión principal, sino que comprende incluso a las pretensiones accesorias y también a las que se promuevan en vía incidental. El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no sólo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también se



establece como un límite a su ejercicio, puesto que como antes se ha recordado, está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes (...) C) En tercer lugar y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le haya causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio. A su vez, para que un planteamiento de esta naturaleza pueda realizarse en el seno del proceso constitucional de amparo contra resoluciones judiciales, es preciso que su aplicación (real o futura) repercuta en el ámbito constitucionalmente protegido de algún derecho sometido a este proceso y que el afectado lo haya cuestionado oportunamente en el proceso ordinario, ya que de otro modo no sería posible atribuir al juez la lesión de alguno de los contenidos del derecho a la tutela procesal (...) D) Finalmente, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su 'cuidado' es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, sin embargo, es en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia 'especializada' (...)"

- 5.10.** La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de La República en la consulta emitida en el Expediente N° 1618-2016 LIMA NORTE con fecha 16 de agosto del 2016, dispuso que su considerando SEGUNDO constituye doctrina jurisprudencial vinculante, el cual relata lo siguiente:

"2.1 En un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, prevalece la norma constitucional cuya supremacía y jerarquía (reconocida en el artículo 51 de la Constitución Política), debe ser preservada por todos los jueces al momento de resolver los casos de su competencia, habiendo sido habilitados por mandato constitucional para tales fines, ejercer la revisión judicial de las leyes esto es, el control difuso, conforme al segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política del Perú (...) 2.2 La autorización constitucional a los jueces para el ejercicio del control difuso, tiene límites bajo responsabilidad, no pudiendo ser



ejercida en forma irrestricta ni vulnerando el ordenamiento jurídico y constitucional que justamente les corresponde preservar. 2.2.1. En ese sentido, el control difuso se ejerce en estricto para los fines constitucionales preservando la supremacía de las normas del bloque de constitucionalidad, es de carácter excepcional y de última ratio, sólo procede cuando no se puede salvar vía interpretativa la constitucionalidad de las normas. 2.2.2. Los jueces deben tener presente que las normas legales gozan de presunción de constitucionalidad y son obligatorias para todos sin excepción, como lo ordena el artículo 109 de la Constitución Política, asimismo, que, se encuentra reconocido el derecho fundamental de igualdad ante la ley, y que corresponde a los jueces cautelar la seguridad jurídica; en ese sentido, el control difuso resulta muy gravoso al afectar la obligatoriedad de las leyes, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, al permitir que las normas del ordenamiento jurídico que son obligatorias y vinculantes para todos sin excepciones, sean inaplicadas en algunos casos particulares a diferencia de la generalidad y sólo para los fines constitucionales, por lo que el ejercicio del control difuso debe ser realizado conforme parámetros de compatibilidad constitucional. 2.2.3. En ese contexto, el control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando en contra del ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos. 2.2.4. Es ineludible reiterar que la facultad de los jueces para ejercer el control difuso está limitado al caso particular, constituye un control en concreto con efecto inter partes, en ese orden el análisis, la identificación de los derechos involucrados, la intervención y su intensidad, la aplicación del test de ponderación, están inescindible y obligatoriamente vinculado a los datos y particularidades del caso; no está permitido un control en abstracto de las leyes, el cual compete al Tribunal Constitucional en acción de inconstitucionalidad decidiendo con efecto erga omnes, tribunal que ha señalado en relación al control difuso, que está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes (...) 2.5 Enfatizando las siguientes reglas para el ejercicio del control difuso judicial: i) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución Política, gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas



conforme al procedimiento previsto en la Constitución; debiendo suponer a priori que la norma no viene viciada de ilegitimidad, en ese orden, quien enjuicie la norma esgrimiendo la infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada (...) ii) Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, debiendo los jueces ineludiblemente verificar si la norma cuestionada es la aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto; en tanto la inaplicación permitida es sólo respecto de la norma del caso en un proceso particular (...) iii) Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma, siendo el primero el texto o enunciado legal sin interpretar, y la norma es el resultado de la interpretación, por lo que siendo el control difuso la ultima ratio, que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución, es obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal; por el contrario el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo (...) iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, por lo que es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (de medio a fin), el examen de necesidad (de medio a medio), y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional).”

¿Corresponde aplicar control difuso del artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM, o nos encontramos ante normas que no contraviene a la Constitución Política del Perú?

- 5.11.** A fin de absolver la interrogante planteada que ha sido generada a raíz de la teoría del caso de la demandante, la cual está referida a que las normas



citadas vulnerarían su derecho a la defensa y respeto de dignidad, derecho a la salud y vida, derecho a la integridad moral, psíquica y física, derecho al libre desarrollo y bienestar de la persona humana, derecho a la libertad y seguridad personal, derecho a no ser víctima de violencia moral, psíquica y física, derecho a trabajar libremente y derecho a no ser discriminada; en consecuencia, corresponde analizar los requisitos y reglas para la aplicación del control difuso judicial desarrollados por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de La República, que han sido detallados en extenso *ut supra*.

5.12. EN PRIMER LUGAR, nos encontramos ante normas infralegales como lo son el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM sobre las cuales la demandante ha referido que contravendrían a la Ley N° 31091 y que serían inconstitucionales por vulnerar sus derechos contenidos en la Carta Magna (citados anteriormente), así, sobre lo primero ya se ha referido anteriormente que no existe contradicción entre la Ley N° 31091 y los Decretos Supremos materia de análisis (son supuestos de hecho abstractos distintos, resultando aplicables al caso en concreto éstos últimos), y, sobre lo segundo corresponde que este Colegiado realice el control judicial constitucional concreto de los Decretos Supremos señalados anteriormente; en consecuencia, se precisa que sí nos encontramos ante un análisis de normas consideradas inconstitucionales de acuerdo a la teoría del caso de la demandante.

5.13. EN SEGUNDO LUGAR, el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM están dotados de presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad porque han sido emitidos por la Presidencia del Consejo de Ministros y el Presidente de la República, y a la fecha no existe pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a la constitucionalidad o no de dichas normas, encontrándose habilitado este Colegiado para realizar un control judicial constitucional concreto de las mismas. Por otro lado, el artículo 14.7 del



Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM también resultan ser aplicables al caso en concreto y superan el *test o juicio de relevancia* del control judicial constitucional, porque anteriormente se ha referido que la demandada -en aplicación del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM- ha aplicado la suspensión perfecta de labores (sin goce de haber) a la demandante, debido a que ésta última no ha acreditado tener el esquema de vacunación completa, por lo que, se descarta que se vaya a realizar un análisis abstracto de constitucionalidad de las normas antes citadas, pues las mismas han sido aplicadas a la situación concreta de la accionante.

5.14. EN TERCER LUGAR, tanto el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM como el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (que derogó a la primera) establecen que *toda persona que realice actividad laboral presencial, debe acreditar su esquema completo de vacunación contra la COVID-19, siendo válidas las vacunas administradas tanto en el Perú como en el extranjero. En el caso de los prestadores de servicios de la actividad privada que no cuenten con el esquema completo de vacunación, deben prestar servicios a través de la modalidad de trabajo remoto. Cuando la naturaleza de las labores no sea compatible con el trabajo remoto, se entenderá producido el supuesto de suspensión del contrato de trabajo, sin goce de haberes, de conformidad con el primer párrafo del artículo 11 y el literal II) del artículo 12 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, salvo que las partes acuerden la suspensión imperfecta del vínculo laboral;* por lo que, habiendo agotado las vías interpretativas, este Colegiado concluye que dichas normas no contienen interpretaciones ambiguas o que resulten contrarias a la Constitución, por las siguientes razones:

5.14.1. INTERPRETACIÓN LITERAL, GRAMÁTICA O TECNICISTA: Tenemos que las normas antes citadas regulan la suspensión perfecta de labores para aquellos trabajadores que realicen labor presencial (y no se factible el trabajo remoto) y no hayan acreditado el esquema completo de vacunación, pudiendo las partes (de la relación laboral) convenir la suspensión imperfecta de labores, esto es, si no hay el



acuerdo antes mencionado y se cumplen los presupuestos de la norma (labor presencial, no posibilidad de trabajo remoto y falta de esquema completo de vacunación), entonces, la consecuencia jurídica aplicable será la suspensión sin goce de haberes o suspensión perfecta de labores.

5.14.2. INTERPRETACIÓN FINALISTA, TELEOLÓGICA O RATIO LEGIS:

Tenemos que las normas antes citadas, al regular que los trabajadores del sector privado deben acreditar el esquema de vacunación para realizar labor presencial (y no es posible el trabajo remoto) pasarán a la suspensión perfecta, tiene como fines: primero, proteger al propio trabajador, pues de disponer que éste acuda a laborar sin esquema de vacunación, podría generar que se contagie de COVID-19, enfermedad que según es de conocimiento público: resulta ser mortal (salvo colocación de la vacuna en algunos casos), esto es, busca evitar que el laborante contraiga la enfermedad y que no se afecte sus derechos a la vida, salud e integridad; segundo, proteger al empleador, pues si el trabajador llega a contagiarse con ocasión del trabajo y/o en ejercicio de sus labores, el patrono podría llegar a ser responsable de los daños y perjuicios que se le generen, evitando así conflictos futuros, asimismo, si el trabajador contrae la enfermedad COVID-19, tal aspecto generaría que tenga derecho a una licencia médica sin labores y con goce de haber, dejando a su patrono con una persona menos en el centro de trabajo, afectando claramente la productividad de la empresa; y tercero, para proteger a la población, porque si bien, como es de conocimiento público, vacunarse no evita que las personas puedan contagiarse de COVID-19, sin embargo, las normas materia de análisis no buscan evitar los contagios (para ello existen normas de distanciamiento, uso de mascarillas, etc.), sino que, busca que aquellos trabajadores que se contagien se encuentren vacunados para generar que los efectos del COVID-19 no sean nocivos, evitando así la aglomeración en los



nosocomios y generando que el Estado pueda brindar una atención oportuna y de calidad a los pacientes, que es justamente lo que se ha visto afectado a raíz de la pandemia, dicho de otro modo, al evitar que el trabajador labore presencialmente, entonces, se evita que se contagie de COVID-19 y no se aglomeren los centros de salud.

5.14.3. INTEPRETACIÓN CONSTITUCIONAL O SISTEMÁTICA CON LA

CONSTITUCIÓN: Tenemos que las normas antes citadas resultan ser acordes a la Carta Magna, por las siguientes razones: primero, porque si bien la demandante alega que se está afectando su derecho al trabajo al suspenderse la relación laboral sin goce de haber (lo que afectaría su derecho a la remuneración), sin embargo, soslaya que un requisito para percibir la remuneración es la prestación efectiva de servicios (salvo casos excepcionales como las vacaciones, supuestos de licencia con goce, entre otros) y que el artículo 2 numeral 15 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley, siendo, en este caso es justamente norma con rango legal (artículo 12 literal “II” del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral) aquella que regula el supuesto de suspensión del contrato de trabajo según otras normas -como aquellas por las cuales se solicita el control difuso-, por lo que, el trabajo de la actora está condicionado a lo regulado en dicha norma; segundo, porque si bien la demandante alega que se está afectando su derecho a la vida e integridad, sin embargo, tal y como mencionamos anteriormente, justamente la norma lo que evita es que pueda contagiarse de COVID-19 (al no realizar trabajo presencial) y así no tenga consecuencias negativas en su salud, integridad e incluso su vida; y tercero, porque si bien la demandante alega que se está afectando su derecho a la igualdad y no discriminación, debe precisarse que en efecto, este Colegiado no niega que nos encontramos ante un trato desigual, pues aquellos



trabajadores que ostenten esquema de vacunación completo podrán realizar trabajo presencial percibiendo sus remuneraciones y aquellos que no cuenten con el citado esquema no podrán realizar trabajo presencial sometiéndose a la suspensión perfecta de labores, sin embargo, no debe perderse de vista que conforme lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional en el expediente N° 008-2005-PI/TC (fundamento 23), no existe vulneración a la igualdad de trato cuando exista una justificación objetiva y razonable, siendo que, en este caso, nos encontramos ante un *trato igual a los iguales y desigual a los desiguales* justificado, porque conforme mencionamos anteriormente, se encuentra en juego también el derecho a la vida de la demandante (la norma evita que realice trabajo presencial y se contagie de COVID-19), el derecho a la salud pública de la población (evitar que existan contagios de COVID-19 de personas no vacunadas genera que no exista aglomeración en los centros de salud) e incluso el derecho a producir de las empresas empleadoras (el contagio de trabajadores genera que el patrono pierda su fuerza de producción: el trabajador).

5.15. EN CUARTO Y ÚLTIMO LUGAR, habiendo realizado una labor interpretativa exhaustiva de las normas materia de análisis, no encontrando sustento para inaplicarla en este caso en concreto por encontrarse arregladas a la Carta Magna, corresponde finalmente identificar los derechos fundamentales involucrados, el medio utilizado, el fin perseguido y el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención; todo lo cual se traduce en el test de proporcionalidad en sentido lato, lo que se desarrolla a continuación:

5.15.1. TEST DE IDONEIDAD: Este Colegiado verifica que el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (que derogó a la primera), esto es, aquellas normas que regulan la suspensión perfecta para aquellos trabajadores que realicen labor presencial (y no sea posible el



trabajo remoto) y no cuenten con su esquema de vacunación completo de COVID-19, resultan ser un medio utilizado idóneo para evitar que los trabajadores no vacunados se contagien de la citada enfermedad, así como, evitar la aglomeración en nosocomios (centros de salud) y que el empleador pueda verse afectado ante posibles contagios de sus trabajadores (en la producción e incluso conflictos futuros).

- 5.15.2.** TEST DE NECESIDAD: Este Colegiado verifica que el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM (que derogó a la primera), esto es, aquellas normas que regulan la suspensión perfecta para aquellos trabajadores que realicen labor presencial (y no sea posible el trabajo remoto) y no cuenten con su esquema de vacunación completo de COVID-19, no sólo es un medio idóneo, sino también necesario, pues no existe otra *salida* para evitar los fines de ésta norma antes detallados (si no es posible el trabajo remoto y no se puede realizar trabajo presencial por falta de vacunación, entonces la salida es la suspensión perfecta de labores, incluso, hay opción de convenir la suspensión imperfecta buscando una salida menos gravosa); además, la Presidencia del Consejo de Ministros al emitir las normas materia de análisis ha optado por la consecuencia jurídica de la suspensión perfecta de labores y no por la extinción de la relación laboral, lo que resultaría más gravoso para el trabajador; por otro lado, existe justificación en que no se haya regulado que la consecuencia jurídica sea la suspensión imperfecta (lo que sería una salida menos gravosa que la suspensión perfecta), ya que, la misma significaría que el empleador cancele haberes sin prestación efectiva del trabajador e incluso tenga que contratar a otra persona para cubrir la función de aquel, lo que generaría un mayor gasto para el patrono traducido en mayores costos de transacción en el mercado o incluso salida de las empresas del mismo.



5.15.3. TEST DE PONDERACIÓN O PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO

ESTRICTO: Este Colegiado descarta que se esté afectando el derecho al trabajo de la actora, pues conforme mencionamos anteriormente, la libertad de trabajo justamente encuentra un límite: la ley, que es justamente aquella que regula las causales de suspensión del contrato de trabajo, dentro de las cuales está regulada aquella aplicada por la demandada; por otro lado, se descarta que se esté afectando el derecho a la igualdad y no discriminación de la actora, porque si bien hay un trato desigual entre trabajadores que sí cuentan con esquema de vacunación y aquellos que no, sin embargo, ello encuentra una causa de justificación objetiva y razonable que es justamente la protección del trabajador que no se ha vacunado, la protección del empleador frente a futuros conflictos generados por las consecuencias de la enfermedad que pueda contraer el trabajador, y, la protección a la población no enfocada en el no contagio (pues la vacuna no evita ello), sino en evitar la aglomeración en los centros de salud por personas contagiadas de COVID-19 que no se han vacunado y por ende tengan efectos fuertes que requieran un internamiento; también, se descarta afectación del derecho a percibir remuneraciones de la actora, porque en principio no existe derecho a la misma habiéndose aplicado la suspensión perfecta de labores y también porque si bien no descartamos que la remuneración es un medio de subsistencia para los laburantes, empero, el grado de intervención en dicho derecho fundamental es correcto porque sopesa con otros derechos fundamentales de la propia recurrente (si se contagia de COVID-19 yendo a realizar trabajo presencial podría perder la vida, afectándose tal derecho e incluso de no fallecer, igual se afectaría su propio derecho a la salud e integridad), de la población (porque existe un deber del Estado de prevalecer la salud pública, lo que no sólo se traduce en el acceso a la misma, sino en un acceso oportuno y de calidad, lo que no se ha logrado anteriormente por la aglomeración en los centros de salud a



raíz de la multitud de contagiados graves de COVID-19, que es lo que justamente se pretende evitar no sólo con la vacunación, sino con la no realización de trabajo presencial en trabajadores que no se han vacunado) y del empleador (quien si se contagia la recurrente y se generan daños y perjuicios podría terminar siendo responsable, e incluso si se contagia sin generarse daños y perjuicios, el tiempo que no laboró por descanso médico pierde fuerza de producción en su rubro diario). Entonces, aplicando la *balanza de la justicia*, el derecho fundamental intervenido de la actora y su grado de intervención es correcto, pues el grado de satisfacción u optimización del propio derecho de la actora (a la vida, salud e integridad), de la población (salud pública) y empleador (a evitar conflictos y contar con trabajadores para su producción), resulta ser mayor.

- 5.16.** Así las cosas, se ha logrado verificar que el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 179-2021-PCM y el artículo 4.9 del Decreto Supremo N° 016-2022-PCM sí resultan estar acordes a la Constitución Política del Perú y no existe contravención alguna a ésta que dé mérito para su inaplicación (máxime si se trata de una medida de última ratio), lo que se ha logrado determinar tras verificar su validez y legitimidad, así como, agotar los criterios interpretativos y el test de proporcionalidad en sentido lato o amplio, conforme a los criterios establecidos por la Corte Suprema de La República y el Tribunal Constitucional.

Decisión del Colegiado.

- 5.17.** En consecuencia, teniendo en cuenta el pronunciamiento de mérito anteriormente expuesto, y habiéndose descartado los argumentos impugnativos de la actora y desestimado su pretensión nulificante; este Colegiado decide **confirmar** la sentencia venida en grado que declara **infundada** la demanda constitucional de amparo.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

VI. DECISIÓN:

Por estos fundamentos, los Jueces Superiores de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, **DECIDEN:**

- 6.1. CONFIRMAR** la sentencia inserta en la Resolución número CUATRO, de fecha treinta de marzo del año dos mil veintidós, obrante de fojas ciento diez a ciento dieciséis; que declara **INFUNDADA** la demanda interpuesta por **LOURDES AGUSTINA VEJARANO MIÑANO** contra **LABORATORIOS DROPAKSA S. R. Ltda.**, sobre acción de amparo.
- 6.2. NOTIFÍQUESE** a las partes. **PONENTE** Señor Juez Superior Titular **Doctor Juan Virgilio Chunga Bernal. –**

S. S.

CRUZ LEZCANO, C.

CHUNGA BERNAL, J.

ESCALANTE PERALTA, H.