



RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de mayo de 2023, los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Domínguez Haro (con fundamento de voto) y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

Declarar **INFUNDADA** la demanda en todos sus extremos.

El magistrado Gutiérrez Ticse emitió un voto singular en el que declara fundada la demanda y, en consecuencia, inconstitucionales los artículos 3.2, 3.3 y 3.5 del Decreto de Urgencia 038-2020.

A su vez, el magistrado Monteagudo Valdez emitió un voto singular en el que declara fundada en parte la demanda y, en consecuencia, la inconstitucionalidad del artículo 10 del Decreto de Urgencia 038-2020. Asimismo, suscribe la sentencia en mayoría en cuanto desestima los demás extremos.

Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

MORALES SARAVIA
PACHECO ZERGA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso de la suspensión perfecta de labores | 2

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00011-2021-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

30 de mayo de 2023

Caso de la suspensión perfecta de labores

COLEGIO DE ABOGADOS DE CAJAMARCA C. PODER EJECUTIVO

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3.2, 3.3, 3.5, 7.1 y 10 del Decreto de Urgencia 038-2020, “Decreto de Urgencia que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el Covid-19 y otras medidas”

Magistrados firmantes:

SS.

**MORALES SARA VIA
PACHECO ZERGA
DOMÍNGUEZ HARO
OCHOA CARDICH**



TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

- A. PETITORIO CONSTITUCIONAL
- B. DEBATE CONSTITUCIONAL
 - B-1. DEMANDA
 - B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

II. FUNDAMENTOS

- §1. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS
- §2. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA
- §3. PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD APLICABLE AL PRESENTE CASO
- §3. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN QUE SE EXPRESA A TRAVÉS DEL “DIÁLOGO SOCIAL”
- §4. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DE DEFENSA
- §5. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL TRABAJO Y A LA REMUNERACIÓN
- §6. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN
- §7. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN

III. FALLO



SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de mayo de 2023, reunido el Tribunal Constitucional en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Morales Saravia (presidente), Pacheco Zerga (vicepresidente), Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Domínguez Haro y los votos singulares de los magistrados Gutiérrez Ticse y Monteagudo Valdez, que se agregan.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 22 de abril de 2021, el Colegio de Abogados de Cajamarca, representado por su decano, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3.2, 3.3, 3.5, 7.1 y 10 del Decreto de Urgencia 038-2020, “Decreto de Urgencia que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el Covid-19 y otras medidas”, norma emitida por el Poder Ejecutivo y publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 14 de abril de 2020.

Alega que los artículos cuestionados de la referida norma contienen un vicio de inconstitucionalidad por el fondo, toda vez que trasgreden los principios de libertad sindical y negociación colectiva, así como los derechos de participación política, de defensa, el derecho a la pensión, al trabajo y a la libertad de contratación. En esta línea, manifiesta que contravienen los artículos 2, inciso 17; 11; 22; 23; 28, incisos 1 y 2; 62; y 139, inciso 4, de la Constitución. Asimismo, afirma que vulneran los Convenios Internacionales de Trabajo 87, 98, 102 y 144, que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Por su parte, con fecha 24 de agosto de 2021, el procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

Las partes presentan una serie de argumentos en el presente proceso de inconstitucionalidad que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Cajamarca son los siguientes:

- Alega que el Decreto de Urgencia 038-2020 (D.U. 038-2020), que dispone, entre otras medidas, la suspensión perfecta de labores a solo criterio del empleador, fue promulgado durante la pandemia por Covid-19, a pesar de que diversos organismos



internacionales, tales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), recomendaron que los Estados parte otorguen adecuada protección a los trabajadores durante la misma, mantengan los salarios, y protejan los derechos a la libertad sindical y negociación colectiva, a la pensión y demás derechos sociales relacionados con el ámbito laboral y sindical.

- Señala que al inicio de la pandemia se promulgó el D.U. 026-2020, de fecha 15 de marzo de 2020, que facultó a los empleadores del sector público y privado a modificar el lugar de la prestación de servicios e implementar el trabajo remoto. Sin embargo, esta norma establecía que, en caso la naturaleza de las labores no fuera compatible con esta última modalidad, el empleador debía “otorgar una licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior”.
- Más tarde, el D.U. 029-2020, de fecha 20 de marzo de 2020, 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”.
- Argumenta que con tales disposiciones no se implementaba una contraprestación gratuita a favor del trabajador (es decir, sin la realización de trabajo efectivo), pues dicha licencia estaba sujeta a compensación posterior de horas a favor del empleador.
- Asevera que la posibilidad de aplicar la suspensión perfecta de labores por parte del empleador ya se encuentra regulada en el artículo 15 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR (TUO de la LPCL). Asegura que, conforme al artículo 22 de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 001-96-TR, la aplicación de la referida suspensión se encuentra sujeta a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.
- Por tal razón, advierte que la promulgación del D.U. 038-2020 no era necesaria, pues el marco legal vigente ya ofrecía diferentes alternativas a la suspensión perfecta de labores para enfrentar una crisis, tales como otorgar vacaciones vencidas o anticipadas, reducir la jornada laboral, reducir la remuneración, entre otras. La suspensión sería el último recurso a disposición del empleador, que debía tomar medidas que razonablemente evitaran agravar la situación de los trabajadores. Además, incide en que tales medidas debían ser acordadas entre las partes de la relación laboral.
- Manifiesta que, de esta manera, la carga para el empleador durante la crisis era la de financiar la licencia a favor de sus trabajadores, pero no se trataba de un costo hundido, sin posibilidad de recuperación. A pesar de ello, se emitió el D.U. 038-2020, que implicó un importante cambio en la política gubernamental en el ámbito laboral de los trabajadores formales.



- Manifiesta que, si bien el artículo 3.1 del D.U. 038-2020 establece que los empleadores deben “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”, se trata sólo de una apariencia, pues en caso de no llegarse a un acuerdo con los trabajadores, es el empleador el que impone la suspensión del pago de remuneraciones.
- El colegio demandante afirma que las normas impugnadas abren la posibilidad de que las empresas se acojan a la suspensión perfecta de labores sin distinción de tamaño o patrimonio, y sin considerar su historial económico, ni su capacidad financiera para afrontar la crisis. Así, alega que uno de los defectos de la norma es que se permite a empresas absolutamente solventes y con capacidad de adoptar medidas alternativas, a recurrir a este mecanismo.
- Sostiene que mediante el D.U. 033-2020, de fecha 27 de marzo de 2020, el gobierno dispuso un subsidio para el pago de la planilla de hasta 35 % de la suma de remuneraciones brutas mensuales de los trabajadores que percibían un máximo de S/ 1500.00. Afirma que, si el porcentaje hubiera sido del 50 %, y si la medida se hubiera dirigido a apoyar solo a las micro y pequeñas empresas (MYPES), que concentran el 60 % del empleo nacional, se habría podido garantizar el mantenimiento de ingresos de los trabajadores durante la pandemia.
- Aduce que no existen suficientes inspectores de trabajo para realizar la verificación que la norma cuestionada dispone respecto de las solicitudes de suspensión presentadas por los empleadores. Afirma que había 650 inspectores, pero que la OIT ha recomendado que deberían ser aproximadamente 2000, por lo que la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) quedaría desbordada. Al respecto, refiere que, a fines del mes de julio de 2020, la AAT habría verificado tan solo el 23 % de los cerca de 30 000 expedientes en trámite.
- Agrega que lo más grave de esto sería que, ante la inacción de las autoridades, las solicitudes de suspensión queden aprobadas por silencio administrativo positivo. Advierte que, de no expedirse la resolución de verificación posterior por la AAT dentro de los siete días hábiles siguientes de efectuada la verificación posterior de la comunicación del empleador sobre la suspensión perfecta de labores, se aplica el silencio administrativo positivo a dicha decisión.
- En tal sentido, manifiesta que la sola inacción de la AAT tiene como consecuencia la aceptación de una decisión que trasciende al interés del administrado empleador, y se vulnera la obligación constitucional del Estado de otorgar atención prioritaria a la protección del trabajo, establecida en el artículo 23 de la Constitución.
- Refiere que las normas cuestionadas vulneran los derechos al trabajo y a la remuneración, los cuales se encuentran protegidos por la Constitución, de manera que no pueden ser dejados sin efecto por una norma infraconstitucional. En cuanto al derecho al trabajo, alega que se ha vulnerado la norma contenida en el artículo 23 de



la Constitución, que establece que el trabajo “es objeto de atención prioritaria del Estado”. Respecto del derecho a la remuneración, puntualiza que se vulnera dicho derecho pues el trabajador se encuentra impedido de recibir su remuneración de manera indefinida.

- Por otro lado, manifiesta que los artículos 3.2, 3.3 y 3.5 vulneran los derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y de defensa. Expone que los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva son los instrumentos específicos en materia laboral para ejercer el diálogo social entre las organizaciones de trabajadores y las organizaciones de empleadores.
- Manifiesta que la adopción de estas medidas no ha sido consultada con los trabajadores perjudicados, ni se les ha otorgado la posibilidad de contradecirlas o defenderse de sus efectos. Esto es así porque la suspensión se encuentra regulada como una medida unilateral del empleador, pues no se requiere de un acuerdo con los trabajadores, ni se dispone un procedimiento de negociación colectiva previo al inicio del trámite de suspensión, sino que se otorga un poder desproporcionado al empleador para modificar los contratos de trabajo a su sola decisión.
- Argumenta que la vulneración consiste además en que no se acata la obligación constitucional contemplada en el artículo 28 de la Constitución -de fomentar la negociación colectiva-, al haberse dictado normas que no prevén las garantías y plazos que un procedimiento de esta naturaleza debe tener, ni aseguran el derecho de información de los trabajadores sobre tales medidas. Si bien se dispone que estas no pueden afectar la libertad sindical, no se establece ninguna protección en concreto para los representantes de los trabajadores, lo que se concreta en abusos contra estos, pues se deja a dirigentes sindicales que resultan incómodos para la empresa en suspensión de labores, y se prefiere a trabajadores no sindicalizados.
- Respecto al derecho de defensa, sostiene que este ha sido vulnerado, dado que ni siquiera se establece la obligación de que los trabajadores sean notificados con los actos que ocurran dentro del procedimiento de suspensión de labores. De esta manera, los trabajadores quedan en estado de indefensión, sin posibilidad de contradecir los actos administrativos que pueden repercutir negativamente en su situación laboral, ni de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos, y en la imposibilidad de presentar los hechos o pruebas para desmentir los fundamentos presentados por el empleador en su solicitud. Esto significa que no todos los intereses en juego se encuentran representados.
- En cuanto al derecho a la pensión, señala que se vulnera el primer párrafo del artículo 11 de la Constitución y el artículo 25 del Convenio 102 de la OIT, Convenio sobre la seguridad social, el cual establece la obligación estatal “de garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez”. Cuestiona también el artículo 10 del D.U. 038-2020, referido al retiro extraordinario de hasta S/. 2,000 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.

- Asimismo, equipara la disposición de los fondos de los depósitos por Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), contemplada en el D.U. 038-2020, con la disposición de los fondos de pensiones, pues alega que la CTS tiene un fin previsional contra el despido.
- Menciona que la adopción de la alternativa referida *supra* respecto al subsidio estatal para el pago de la planilla solo en favor de las MYPES hubiera permitido a los trabajadores afrontar la cuarentena sin necesidad de sacrificar su CTS, la cual tiene fines previsionales para cuando se pierde el empleo, o los fondos pensionarios del Sistema Privado de Pensiones (SPP), previstos para la invalidez, vejez o muerte del trabajador. Con esto se incumple el artículo 11 de la Constitución, que establece la obligación del Estado de garantizar el libre acceso a prestaciones de pensiones, al obligar al trabajador a disponer de su fondo de pensiones para atender su manutención durante la cuarentena.
- Por otro lado, aduce que el D.U. 038-2020 ha sido dictado sin haber sido fruto del diálogo social, pues fue emitido 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. En consecuencia, afirma que todas las normas impugnadas vulneran el artículo 2, inciso 17, de la Constitución.
- En opinión del colegio demandante, esto también vulnera los convenios 87, 98 y 144 de la OIT, así como su Recomendación 152, la cual establece que se deben celebrar consultas “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”. Entre estos últimos convenios se encontrarían el Convenio 87, Convenio sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación, y el Convenio 98, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.
- Refiere que estos convenios mencionados consolidan el diálogo social entre el gobierno, las organizaciones de trabajadores y las organizaciones de empleadores, y contribuyen 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.
- Señala que el D.U. 038-2020 permite limitar los derechos de los trabajadores a la sola petición del empleador y sin diálogo social alguno, puesto que basta presentar una comunicación por vía remota a la AAT para optar por la suspensión perfecta de labores (sin el consiguiente pago de remuneraciones a los trabajadores). Considera el colegio demandante que no se trata de una solicitud, sino de una comunicación unilateral, que opera de forma inmediata.



- Asimismo, agrega que 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 traduzcan en la aplicación de políticas concretas.
- Asevera 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 equilibrada y balanceada. Pero -enfatisa- para que las consultas tengan sentido no deben ser simplemente un gesto simbólico donde el gobierno sólo busque revestir de legitimidad sus propios planteamientos con el fin de aparentar un diálogo que en realidad no existe.
- Afirma que el gobierno debe otorgar la debida atención a los planteamientos de los trabajadores para que sea posible adoptar decisiones equilibradas. Agrega que esto resulta de particular relevancia, teniendo en cuenta el desbalanceado y antidemocrático sistema de relaciones laborales vigente en nuestro país desde hace 25 años.
- Precisa que el diálogo social no sustituye, sino que complementa la clásica democracia parlamentaria. Acota que la democracia no puede limitarse a votar en elecciones periódicas, sino que ésta debe consistir también en la participación cada vez mayor de los sectores sociales en la formulación de las políticas y decisiones vinculadas a los procesos económicos y sociales.
- Así, enfatiza que el diálogo social no es un fin en sí mismo, sino una útil herramienta de cambio para gestionar una diversidad de problemas económicos y sociales, en tanto se aseguren procedimientos de consulta efectivos sobre elaboración y puesta en práctica de medidas legislativas que tengan relación en el trabajo y el empleo.
- Por tanto, puntualiza que el gobierno incumplió con el artículo 2, inciso 17, de la Constitución, 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.
- Manifiesta también que las normas cuestionadas son contrarias al artículo 62 de la Constitución, que garantiza que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones. Afirma que las normas sobre suspensión perfecta de labores fueron cambiadas de forma intempestiva, sin consulta ni negociación con las partes involucradas, para imponerse vertical y antidemocráticamente.
- Finalmente, solicita que, en caso de declararse fundada la demanda, se declare la inconstitucionalidad “por extensión” de los artículos 3, 4, 5, 6, y 8 del Decreto Supremo 011-2020-TR, reglamento del D.U. 038-2020. Alega que esta norma, 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.



- Precisa que esta disposición reglamentaria regula los casos en que se entiende que existe la afectación económica necesaria para poder acogerse a la suspensión perfecta de labores, y distingue entre las empresas que realizan actividades permitidas durante la cuarentena y las que realizan actividades no permitidas. Sin embargo, cuestiona los criterios adoptados en la norma para ello; así: (i) el que establece que debe existir una relación entre el nivel de ventas y la planilla de remuneraciones, con un *ratio* de variación que va del 6 % al 26 % (según el demandante esta no es una variación realmente significativa para dejar a los trabajadores sin ingresos); y, (ii) el que establece que en caso que las ventas del mes previo a la adopción de la medida sean iguales a cero se podrá aplicar la misma (alega que todas las empresas estarán en este supuesto, y que no basta tener un mes sin ventas para suspender las remuneraciones, pues la norma no se refiere a resultados económicos o utilidades, sino solo a ventas).

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda por el procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo son los siguientes:

- Afirma que la suspensión perfecta de labores ya se encuentra regulada en el artículo 15 del TUO de la LPCL. En ese sentido, manifiesta que los numerales 2, 3 y 5 del artículo 3 del D.U. 38-2020, se encuentran relacionados con aspectos de la suspensión perfecta de labores previamente incorporados al ordenamiento jurídico por normas que no son objeto del presente proceso, que ya se encuentran vigentes en el ordenamiento, y respecto de las cuales ha vencido el plazo para impugnarlas mediante el proceso de inconstitucionalidad. Por tanto, señala que no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre los extremos referidos a la suspensión perfecta de labores.
- Respecto al artículo 10, advierte que, conforme a lo dispuesto en la Circular AFP 173-2020, emitida por la SBS, publicada el 18 de abril de 2020, el retiro de fondos a que se refiere dicha norma ya concluyó, por lo que se han agotado sus efectos, de manera que corresponde declarar la sustracción de la materia en este extremo.
- Sobre las cuestiones de fondo, refiere que el Covid-19 constituye un problema sanitario internacional que ha afectado a la economía global y que, conforme a la OIT y a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), también afecta los empleos e ingresos de los trabajadores, conforme se explica en la exposición de motivos de la norma impugnada.
- Así, afirma que el D.U. 038-2020 se implementó para que los trabajadores puedan conservar sus empleos, para garantizar la sostenibilidad de las empresas (empleadores) y para proveer de alivio financiero en el contexto del Covid-19.
- Sostiene que mediante D.U. 026-2020 se emitieron normas sobre trabajo remoto. Sin embargo, estas medidas no eran suficientes para ciertos empleadores, debido a la naturaleza de sus actividades o el nivel de afectación económica. Para continuar con

sus actividades (que es la fuente del empleo de los trabajadores), el empleador podía verse obligado a recurrir a otras alternativas previstas en el ordenamiento jurídico, tales como la suspensión perfecta de labores (suspensión temporal de la relación laboral) o los ceses colectivos (extinción de la relación laboral).

- Así, el ya citado TUO de la LPCL regula la suspensión del contrato de trabajo (artículo 11 y sucesivos) y la terminación colectiva de los contratos de trabajo por causas objetivas (artículo 46 y sucesivos), por lo que se trata de mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico con anterioridad a la aparición del Covid-19 y a la emisión del D.U. 38-2020. No obstante, acota que aun cuando existen distintas medidas válidas a las que puede recurrir el empleador, éstas implican diferentes grados de afectación al empleo.
- En ese orden de ideas, clasifica los niveles válidos de afectación del empleo, del menos al más gravoso, en el orden siguiente: (1) trabajo remoto (escenario óptimo, menor afectación); (2) licencia con goce de haber; (3) otras medidas que mantienen vínculo laboral y remuneración; (4) suspensión perfecta de labores; (5) extinción de la relación laboral (escenario de mayor afectación).
- Puntualiza que el caso fortuito y la fuerza mayor (artículo 12 del TUO de la LPCL), son causas para la extinción de la relación laboral mediante ceses colectivos y, pese a que esto implicaría una mayor afectación al empleo, refiere que el Tribunal Constitucional (TC) ha establecido en la Sentencia 01124-2001-AA/TC, que dicha medida (prevista en el artículo 46 del TUO de la LPCL) no es inconstitucional. En tal sentido, subraya que la suspensión perfecta de labores, comparada con la extinción de la relación laboral, deriva en una menor afectación al empleo.
- Dado que resultaba necesario adoptar medidas para evitar que el empleador se vea forzado a recurrir a la opción que genera la mayor afectación al empleo (la extinción de la relación laboral), indica que se optó por alternativas menos gravosas, entre las que se encuentra la suspensión perfecta de labores, la cual tiene un carácter residual, vale decir, que se implementa cuando no existen otras opciones.
- Hace hincapié en que la regulación de la suspensión perfecta de labores contemplada en el TUO de la LPCL permite al empleador actuar sin autorización previa para darle inicio, aunque debe dar aviso a la AAT. Si esta verifica que no se presentan las causas alegadas, puede revocar dicha decisión (artículo 15).
- Agrega que el artículo 21 del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, aprobado por Decreto Supremo 001-96-TR, preceptúa que el caso fortuito o la fuerza mayor se refieren a una circunstancia “inevitable, imprevisible e irresistible y que haga imposible la prosecución de las labores por un determinado tiempo”. Adicionalmente, menciona que la Directiva Nacional 006-94-TR, sobre suspensión temporal de labores, aprobada por la Resolución Ministerial 87-94-TR, precisa que una epidemia y las restricciones al comercio establecidas normativamente debido a una epidemia son, respectivamente, ejemplos de caso fortuito y de fuerza mayor.

- Manifiesta que, de las principales características de la suspensión perfecta de labores, establecidas en el TUO de la LPCL y demás normas conexas, se mantienen: (i) sus causas, (ii) su carácter residual, (iii) su carácter de facultad del empleador sujeta a verificación por la AAT, que, de ser el caso, puede dejarla sin efecto y disponer reanudar las labores. En tal sentido, pone de relieve que el procedimiento para la suspensión perfecta de labores se fundamenta en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor (las circunstancias generadas por el Covid-19), vinculados con el TUO de la LPCL.
- En consecuencia, aduce que las disposiciones impugnadas contienen medidas necesarias, excepcionales, transitorias y coherentes con la Constitución. Asimismo, mantiene que el Decreto Supremo 11-2020-TR, el cual establece normas complementarias para la aplicación del D.U. 038-2020, prevé medidas para la adecuada aplicación de la suspensión perfecta de labores; entre estas:
 - (i) Se señala el procedimiento y la información que será objeto de la verificación que realiza la AAT respecto a la suspensión perfecta de labores (artículo 7).
 - (ii) Se dispone que se podrá verificar si el empleador procuró la adopción de medidas alternativas a la suspensión laboral que mantuvieran la vigencia de la relación y el pago de remuneraciones, “privilegiando el acuerdo con sus trabajadores”, y, de ser el caso, los motivos que lo impidieron (artículo 7.2.g).
 - (iii) Se establece que se podrá solicitar la manifestación de la organización sindical, los trabajadores o sus representantes (artículo 7.2.h).
 - (iv) Se dispone que la información falsa o el fraude a la ley implicará la correspondiente sanción penal o administrativa para el empleador. Si existen indicios de hechos delictivos, se informa al Ministerio Público (artículos 9 y 11).
- Respecto a los derechos a la negociación colectiva y libertad sindical, alega que introducir una medida que demore o dilate la implementación de la suspensión perfecta de labores sería incompatible con el criterio de necesidad de los decretos de urgencia (artículo 135 de la Constitución), y con la necesidad de proteger el principio de continuidad laboral y el derecho al trabajo en el contexto del Covid-19.
- Señala también que el TC, en la Sentencia 03561-2009-PA/TC, ha reconocido que la negociación colectiva tiene un contenido amplio, que incluye “cualquier forma de discusión o diálogo, tanto formal como informal, destinada a lograr un acuerdo”, por lo que la norma impugnada no impide que el empleador y los trabajadores entablen un diálogo sobre las alternativas a la suspensión perfecta de labores. Efectivamente, el artículo 3.1 del D.U. 038-2020 (no impugnado) dispone expresamente que antes de implementar la suspensión perfecta de labores, el empleador dialoga con el trabajador para analizar la viabilidad de otras alternativas que permitan mantener la relación laboral y el pago de remuneraciones.

- En cuanto a la alegada vulneración al derecho al trabajo, manifiesta que no existe vulneración porque se ha buscado tutelar el principio de continuidad laboral, y proteger a los trabajadores ante el despido o cese colectivo. Respecto al derecho a la remuneración, anota que el artículo 23 de la Constitución únicamente prevé el acceso a la remuneración y la correspondencia entre trabajo y remuneración, por lo que la suspensión perfecta de labores no es inconstitucional, pues se suspende la obligación del trabajador de realizar su labor y la obligación del empleador de otorgarle la correspondiente remuneración. Asimismo, resalta que la suspensión perfecta de labores no es una privación arbitraria o “sin causa justificada” de la remuneración, pues se fundamenta en causas legalmente previstas para tal finalidad (ya explicadas *supra*).
- Sobre la alegada vulneración del derecho de defensa, contemplado en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución, precisa que este protege a la persona de quedar en indefensión en cualquier proceso o procedimiento. Dado que las disposiciones impugnadas no regulan aspectos relativos al trámite de una controversia jurídica que se investiga o juzga en el marco de un procedimiento administrativo, proceso judicial u otro proceso en que se ejerce la función jurisdiccional, concluye que las mismas no tienen relación con el contenido del derecho a la defensa o el debido proceso.
- Respecto a la alegada vulneración del derecho a la participación en los asuntos públicos, alega que el mismo no es ilimitado, pues debe ser sometido a ponderación para garantizar la vigencia de otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionales (como ocurre en este caso con el derecho al trabajo y el principio de continuidad laboral), y que su ejercicio no justifica la intervención de la ciudadanía en cualquier aspecto de los asuntos públicos.
- Asimismo, puntualiza que no se ha vulnerado el supuesto derecho al “diálogo social”, según el cual las normas legales en materia laboral deberían ser materia de consulta a los trabajadores, razón por la que (se alega) las disposiciones impugnadas en este proceso serían inconstitucionales.
- Sobre el particular, señala que se debe distinguir entre la naturaleza de los convenios y las recomendaciones de la OIT, pues estas últimas no son tratados, sino resoluciones no vinculantes.
- Así, el Convenio 144 tiene como finalidad promover la consulta de los representantes de los trabajadores, empleadores y el gobierno respecto a la sumisión de los convenios y recomendaciones de la OIT, el examen de los convenios no ratificados, entre otros, pero no menciona la consulta sobre la emisión de normas legales. Precisa que esto más bien está contemplado en la Recomendación 152, que no es vinculante.
- Expone que para el colegio demandante la materia regulada en las disposiciones impugnadas permitiría dar efecto a lo dispuesto por los Convenios 87 y 98 de la OIT,

por lo que debería haberse realizado una consulta a los trabajadores sobre su implementación.

- Sin embargo, precisa que no se ha sustentado: (i) si lo expresado en la Recomendación 152 –pero no en el Convenio 144- sería vinculante; (ii) cómo es que las disposiciones sobre la suspensión perfecta de labores y disposición de fondos de la CTS y del SPP, establecidas en las disposiciones impugnadas, se vinculan con los Convenios de la OIT citados; y, (iii) no se explica cómo lo anterior implicaría un vicio de inconstitucionalidad. En consecuencia, el demandado afirma que esto bastaría para desestimar este extremo de la demanda.
- En cuanto al retiro de la CTS contemplado en el artículo 7.1 de la norma impugnada, considera que los argumentos del colegio demandante apuntan a que la norma es inconveniente porque obliga al trabajador a sacrificar su CTS, pero precisa que en un control abstracto de constitucionalidad no corresponde analizar la conveniencia de una norma impugnada, ni evaluar alegatos sobre situaciones particulares o especulativas.
- Finalmente, respecto de la alegada vulneración de la libertad de contratar, aduce que la suspensión perfecta de labores ya se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico con anterioridad a la emisión del D.U. 038-2020, por lo que no se trata de normas que modifiquen arbitrariamente el contenido de la relación contractual, sino que son parte del marco legal sobre el cual se suscribió el respectivo contrato de trabajo.

II. FUNDAMENTOS

§1. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS

1. En el presente caso, el Colegio de Abogados de Cajamarca cuestiona la constitucionalidad de los artículos 3.2, 3.3, 3.5, 7.1 y 10 del D.U. 038-2020, pues considera que contravienen los artículos 2, inciso 17; 11; 22; 23; 28, incisos 1 y 2; 62; y 139, inciso 4, de la Constitución. Asimismo, afirma que vulneran los Convenios 87, 98, 102 y 144 de la OIT, que forman parte del bloque de constitucionalidad.
2. Cabe destacar que la demanda fue interpuesta con fecha 22 de abril de 2021, y fue admitida a trámite el 9 de julio del mismo año. Al respecto, este Tribunal advierte que uno de los artículos cuestionados fue modificado con posterioridad a la admisión. Efectivamente, el artículo 3.5 fue modificado por el artículo 2 del D.U. 087-2021, publicado el 16 septiembre de 2021.
3. En consecuencia, corresponde analizar la referida modificación a la luz de lo dispuesto en el artículo 106 del Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPCo), referido al control constitucional de normas derogadas. Dicho artículo expresa lo siguiente:



Si, durante la tramitación del proceso de inconstitucionalidad, las normas impugnadas fueran derogadas, el Tribunal Constitucional continuará con la tramitación del proceso en la medida en que estas continúen siendo aplicables a los hechos, situaciones o relaciones producidas durante su vigencia.

El pronunciamiento que emita el Tribunal no puede extenderse a las normas que sustituyeron a las cuestionadas en la demanda salvo que sean sustancialmente idénticas a aquellas.

4. El segundo párrafo de este artículo se encuentra en consonancia con lo establecido por este Tribunal en su jurisprudencia: si luego de la modificación normativa de la disposición cuestionada se mantiene el contenido presuntamente inconstitucional, cabe emitir un pronunciamiento de fondo sobre el particular (cfr. Sentencia 0003-2012-PI/TC, fundamento 6; Sentencia 0005-2013-PI/TC, fundamento 5). Si la nueva disposición reproduce el presunto vicio de inconstitucionalidad alegado por la parte demandante, resulta válido concluir que se trata de normas sustancialmente idénticas.
5. El texto original del artículo 3.5 regulaba el plazo de aplicación de las medidas contenidas en el artículo 3, en los siguientes términos:

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.

6. El vicio de inconstitucionalidad alegado respecto de esta disposición se refería a que el plazo de vigencia regulado permitía, en la práctica, suspender indefinidamente los contratos de trabajo, pues solo bastaba una prórroga de la emergencia sanitaria para que la suspensión perfecta de labores fuera extendida consecutivamente. El colegio demandante considera que esto resultaba manifiestamente inconstitucional, y vulneraba los derechos al trabajo y a la remuneración.
7. Es decir, el vicio que afectaba al artículo 3.5 consiste en permitir o habilitar en el tiempo los efectos presuntamente inconstitucionales de los artículos 3.2 y 3.3. El vicio de inconstitucionalidad, concretamente expuesto, radica en mantener a los trabajadores sin remuneración durante un periodo de tiempo prolongado.
8. El texto modificado es el siguiente:

Las medidas adoptadas al amparo del presente artículo rigen hasta el 2 de octubre de 2021.

9. Como puede apreciarse, la norma modifica el plazo y le da una fecha límite de manera explícita, pues las medidas contenidas en el artículo 3 solo se mantuvieron vigentes hasta el 2 de octubre de 2021. Es evidente, entonces, que la disposición contiene el presunto vicio de inconstitucionalidad, ya que permitió mantener a los trabajadores sin remuneración durante un periodo de tiempo prolongado, de



aproximadamente un año y seis meses, pues el D.U. 038-2020 fue publicado el 14 de abril de 2020.

10. De esta manera, al repetir el presunto vicio de inconstitucionalidad primigenio, el modificado artículo 3.5 resulta sustancialmente idéntico a la norma que reemplazó, de manera que su contenido puede ser controlado por este Tribunal.
11. Ahora bien, del texto modificado del artículo 3.5 se advierte una segunda cuestión que debe ser resuelta por este Tribunal, para determinar si es posible controlar las disposiciones impugnadas, y es lo referente a su periodo de vigencia. Esta cuestión también debe ser analizada respecto de todos los artículos impugnados del D.U. 038-2020.
12. Como ya ha precisado este Tribunal, una de las características de los decretos de urgencia es su transitoriedad, la cual deriva de la interpretación sistemática del inciso 19 del artículo 118 de la Constitución y el inciso c) del artículo 91 del Reglamento del Congreso: las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa que motiva su promulgación (cfr. Sentencia 00008-2003-AI/TC, fundamento 60; Sentencia 00047-2004-AI/TC, fundamento 27).
13. Así, corresponde determinar si en el presente caso existe sustracción de la materia como consecuencia de la pérdida de vigencia de las normas cuestionadas por el vencimiento del plazo, o si las mismas tienen efectos ultractivos que puedan ser controlados por este Tribunal (cfr. Sentencia 00004-2004-AI/TC, fundamento 2; Sentencia 00045-2004-AI/TC, fundamento 5).
14. Los artículos cuestionados se encuentran sujetos a diferentes plazos de vigencia. Como fue indicado *supra*, las disposiciones del artículo 3 se encuentran sujetas al plazo establecido en su numeral 5, de manera que las medidas cuestionadas contenidas en dicho artículo se encontraron vigentes hasta el 2 de octubre de 2021.
15. En el caso del artículo 7.1, este fue modificado de manera previa a la interposición de la demanda mediante la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto de Urgencia 056-2020, publicado el 15 de mayo de 2020.
16. Mediante este último decreto se dictan medidas para el pago de fondos otorgados o liberados por el gobierno a través de cuentas en empresas del sistema financiero y empresas emisoras de dinero electrónico ante la emergencia producida por el Covid-19, entre otras disposiciones.
17. Su artículo 8 establece que su periodo de vigencia vencía el 31 de diciembre de 2020 (salvo lo establecido en su artículo 5), de manera que este plazo también resulta aplicable a su Segunda Disposición Complementaria Modificatoria y, en consecuencia, al artículo 7.1 del Decreto de Urgencia 038-2020. Por tanto, esta norma ya no se encuentra vigente desde la fecha antes indicada.



18. Por último, el referido artículo 10 se encuentra sometido al plazo de vigencia general establecido en el artículo 12 del D.U. 038-2020. Dicho artículo establece lo siguiente:

El presente Decreto de Urgencia tiene vigencia en tanto dure la Emergencia Sanitaria a nivel nacional declarada mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA, así como el Estado de Emergencia Nacional establecido mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, y sus prórrogas; salvo lo establecido en el numeral 3.5 del artículo 3, el cual se encuentra sujeto al plazo previsto en dicho numeral.

19. En consecuencia, para poder determinar la vigencia del artículo 10 del D.U. 038-2020, es necesario considerar la vigencia de las emergencias declaradas en el contexto de la pandemia por Covid-19. Al respecto, cabe destacar que fueron implementados dos tipos de emergencias durante la misma:

- (i) La emergencia sanitaria decretada a nivel nacional como consecuencia del Covid-19, establecida mediante Decreto Supremo 008-2020-SA, publicado el 11 de marzo de 2020; fue prorrogada sucesivamente hasta que, finalmente, concluyó el 25 de mayo de 2023, por mandato del Decreto Supremo 003-2023-SA, publicado el 24 de febrero de 2023.
- (ii) El estado de emergencia nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del Covid-19, establecido mediante Decreto Supremo 044-2020-PCM, publicado el 15 de marzo de 2020; fue prorrogado sucesivamente y sustituido por otras normas similares; hasta que, finalmente, se dejó sin efecto, mediante Decreto Supremo 130-2022-PCM, publicado el 27 de octubre de 2022.

20. En consecuencia, los dos estados de emergencia a los que se refería el artículo 10 del D.U. 038-2020, ya no se encuentran vigentes a la fecha de la presente sentencia.

21. Ahora bien, el Tribunal ha dejado en claro que, si bien “el objeto del proceso de inconstitucionalidad es el examen de normas vigentes, las normas que carecen de vigencia o que ya no forman parte del ordenamiento jurídico pueden también serlo” (Sentencia 00045-2004-AI/TC, fundamento 10), de manera que “no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez” (Sentencia 00004-2004-AI/TC, fundamento 2).

22. Efectivamente, la jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido al menos dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad contra normas derogadas (Sentencia 00004-2004-AI/TC, fundamento 2, y 00005-2013-AI/TC, fundamento 8):

- (i) cuando la norma continúe desplegando sus efectos;



- (ii) cuando existan normas que sustituyeron a las normas cuestionadas que resulten sustancialmente idénticas a las primeras; y
 - (iii) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.
23. En el presente caso, este Tribunal advierte que las normas de los artículos 3.2, 3.3, 3.5, 7.1 y 10 se encontrarían en el primer supuesto, pues si bien estas disposiciones ya no se encuentran vigentes, continúan desplegando sus efectos respecto de hechos acaecidos durante su periodo de vigencia.
24. En consecuencia, este Tribunal mantiene su competencia para controlar la constitucionalidad de las normas cuestionadas, y emitir un pronunciamiento de fondo respecto a la controversia de autos.

§2. PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD APLICABLE AL PRESENTE CASO

25. El proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando a la Constitución, en su carácter de norma suprema del ordenamiento, como parámetro.
26. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución (cfr. Sentencia 00007-2002-AI/TC, fundamento 5). Al respecto, el Tribunal ha señalado que “se puede entender como bloque de constitucionalidad todo el conjunto de disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para apreciar los vicios de constitucionalidad de una ley sujeta a su control” (Sentencia 0002-2005-PI/TC, fundamento 10).
27. En virtud del artículo 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Por su parte la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma norma fundamental establece una regla especial para los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

28. Como puede apreciarse, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55 de la Constitución ya citado– sino que, además, por mandato de ella misma, son

incorporados a través de la integración o recepción interpretativa (Sentencia 00047-2004-AI/TC, fundamento 22).

29. En el presente caso, el colegio de abogados demandante alega la presunta vulneración de diferentes normas constitucionales, así como de los Convenios 87, 98, 102 y 144 de la OIT. Estos convenios versan sobre las siguientes materias:
- (i) Convenio 87, Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.
 - (ii) Convenio 98, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.
 - (iii) Convenio 102, Convenio sobre la seguridad social.
 - (iv) Convenio 144, Convenio sobre la consulta tripartita (es decir, entre representantes del gobierno, de los trabajadores sindicalizados, y de los empleadores).
30. El Perú ha ratificado todos los convenios mencionados¹, de manera que su contenido resulta vinculante conforme a lo dispuesto en las disposiciones glosadas *supra* de nuestra Constitución, con la siguiente salvedad: El Convenio 102 no ha sido ratificado en su totalidad, de manera que resulta vinculante solo en las partes que han sido efectivamente ratificadas.
31. Por otro lado, se aduce también la vulneración de la Recomendación 152 de la OIT, derivada del Convenio 144. Por tanto, corresponde determinar el estatus de las recomendaciones de la OIT en nuestro ordenamiento jurídico, lo que implica esclarecer si califican como instrumentos internacionales vinculantes o no.
32. Al respecto, la misma OIT ha declarado lo siguiente:
- Las recomendaciones son también instrumentos internacionales adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo pero no son vinculantes en el plano jurídico y sirven más bien como directivas tendientes a ayudar a los Estados Miembros a formular sus políticas nacionales. En general, completan un convenio pero pueden también ser adoptadas de forma autónoma².
33. De lo expuesto por la propia OIT se deriva claramente que las recomendaciones no son jurídicamente vinculantes. En consecuencia, la Recomendación 152 no puede formar parte del parámetro de constitucionalidad del presente caso, pues no se trata de un instrumento de cumplimiento obligatorio, sino que es, como su nombre justamente indica, una recomendación.

¹ Ver: www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::no:11200:p11200_country_id:102805

² Ver: www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:71:0:::q7



34. Pero esto no quiere que decir que las recomendaciones de la OIT no tengan ningún valor en nuestro ordenamiento jurídico, constituyen un criterio orientador para la actividad estatal a la hora de elaborar políticas públicas en las materias que desarrollan. Por tanto, deberían ser tomadas en cuenta por los poderes del Estado en la mayor medida posible.

§3. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN QUE SE EXPRESA A TRAVÉS DEL “DIÁLOGO SOCIAL”

35. El colegio demandante expone que las normas impugnadas vulneran el derecho de los trabajadores a participar en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Precisa que el Convenio 144 de la OIT da contenido a este derecho, el cual se expresa a través del “diálogo social”.
36. Alega que este diálogo es una herramienta de cambio social, en tanto se aseguren procedimientos de consulta efectivos sobre la elaboración y puesta en práctica de medidas legislativas que tengan relación con el trabajo y el empleo. Afirma que el Convenio 144 y la Recomendación 152 de la OIT son los instrumentos internacionales que consolidan el diálogo social tripartito, y contribuyen 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.
37. En ese orden de ideas, expresa que de ambos instrumentos se deriva la obligación de celebrar consultas efectivas tripartitas sobre la elaboración y puesta en práctica de medidas legislativas relacionadas con lo dispuesto en los convenios de la OIT.
38. El artículo 2, inciso 17, de la Constitución preceptúa que toda persona tiene derecho:

A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

39. Este Tribunal aprecia que, si bien se alega la vulneración de la referida disposición en su totalidad, el extremo realmente relevante para el presente caso es el referido a la participación política. Efectivamente, el demandante manifiesta que el D.U. 038-2020 fue emitido incumpliendo una supuesta obligación de consulta a los trabajadores respecto de la elaboración e implementación de dicha medida legislativa.
40. Este Tribunal considera que el proceso de elaboración de una norma jurídica se encuentra relacionado con el derecho a la participación política, pues en última instancia la decisión de su elaboración recae siempre en representantes políticos elegidos a través del proceso democrático, y esa decisión siempre tiene una naturaleza política, por más que se exprese en un lenguaje jurídico.



41. Así, la vulneración cuestionada en el presente extremo consistiría en la falta de diálogo político para la elaboración de las medidas cuestionadas con los actores sociales afectados por las mismas. En consecuencia, corresponde determinar si el derecho presuntamente vulnerado incluye como contenido constitucionalmente protegido la obligación de consulta a los trabajadores de manera previa a la elaboración de medidas legislativas que puedan afectar sus derechos.
42. El derecho de participación en la vida política de la Nación contempla entre sus manifestaciones el derecho a postular, ser elegido y ejercer un cargo de representación popular (Sentencia 00006-2017-PI/TC, fundamento 123), pero también incluye la posibilidad de formular propuestas, controlar el desarrollo del proceso legislativo y expresar posiciones en torno a la regulación legal de una materia.
43. Pero, en ese contexto, el derecho innegable de los sindicatos y de los trabajadores de proponer iniciativas por los cauces constitucionalmente previstos, o de oponerse a las evaluadas por el parlamento, no supone que tal posición deba ser necesariamente recogida en la ley.
44. Por otro lado, y tal como fue anotado *supra*, el Convenio 144 tiene como objeto poner en práctica procedimientos que aseguren consultas efectivas tripartitas sobre los asuntos relacionados con las actividades de la OIT a que se refiere el artículo 5, párrafo 1, del mismo.
45. Dicho numeral señala lo siguiente:

El objeto de los procedimientos previstos en el presente Convenio será el de celebrar consultas sobre:

- (a) las respuestas de los gobiernos a los cuestionarios relativos a los puntos incluidos en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo y los comentarios de los gobiernos sobre los proyectos de texto que deba discutir la Conferencia;
- (b) las propuestas que hayan de presentarse a la autoridad o autoridades competentes en relación con la sumisión de los convenios y recomendaciones, de conformidad con el artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo;
- (c) el reexamen a intervalos apropiados de convenios no ratificados y de recomendaciones a las que no se haya dado aún efecto para estudiar qué medidas podrían tomarse para promover su puesta en práctica y su ratificación eventual;
- (d) las cuestiones que puedan plantear las memorias que hayan de comunicarse a la Oficina Internacional del Trabajo en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo;
- (e) las propuestas de denuncia de convenios ratificados.

46. Como puede apreciarse de la lectura del contenido del derecho a la participación política reconocido por la Constitución, y de las normas pertinentes del Convenio 144, no se deriva una obligación de consultar la elaboración de medidas legislativas con los actores sociales.
47. No surge de ningún convenio de la OIT una obligación general de consultar con los sectores interesados ni, de manera específica, de consultar con los trabajadores en materia laboral. Únicamente la Recomendación 152 contiene una referencia expresa a esta cuestión, pero se limita a los asuntos relacionados con las actividades de la OIT.
48. Efectivamente, el párrafo 2(1) de la también llamada Recomendación sobre la consulta tripartita, declara que los Estados parte “deberían poner en práctica procedimientos que aseguren consultas efectivas entre representantes del gobierno, de los empleadores y de los trabajadores, *sobre los asuntos relacionados con las actividades de la Organización Internacional del Trabajo*, de acuerdo con lo dispuesto en los párrafos 5 a 7” (énfasis añadido).
49. Este Tribunal reitera que la recomendación 152 no tiene carácter vinculante como se desarrollara *supra*, y, además, advierte que la consulta a la que se refiere el texto antes citado se encuentra relacionada exclusivamente con las actividades de la OIT. Pero este no es el supuesto de la norma sometida a control, pues el D.U. 038-2020 no se refiere a las materias a las que hacen referencia los aludidos párrafos 5 a 7.
50. Con esa importante consideración es que debe interpretarse la parte pertinente de la citada Recomendación 152, referida a las medidas legislativas. Esta se encuentra regulada en el literal c) del párrafo 5, que establece lo siguiente:
 5. El objeto de los procedimientos previstos en la presente Recomendación debería ser el de celebrar consultas:
 - (c) habida cuenta de la práctica nacional, 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 (incluida la puesta en práctica de las disposiciones relativas a la consulta o la colaboración de los representantes de los empleadores y de los trabajadores) (...).
51. Al respecto, se aprecia que el demandante ha construido el argumento de una supuesta obligatoriedad de la consulta de medidas legislativas a los trabajadores a partir del texto de un instrumento que, desde la perspectiva material, se debe referir a los asuntos relacionados con las actividades de la OIT y que, además, no es vinculante.
52. En tal sentido, se busca determinar los alcances de un derecho constitucional a partir de una noción que no es parte de su contenido constitucionalmente protegido, lo que resulta a todas luces inviable. Por tanto, este extremo de la



demanda debe ser desestimado, pues la norma controlada no se refiere a la materia prevista en la recomendación y, además, no existe en nuestro ordenamiento una obligación de consultar con los actores sociales la elaboración de medidas legislativas.

53. Sin perjuicio de ello, este Tribunal considera que, aun cuando la Recomendación 152 no es un instrumento obligatorio para el Estado, es importante que su contenido también sea tomado en cuenta por los entes estatales, en la medida de lo posible, al momento de establecer políticas públicas y medidas legislativas que involucren derechos de los trabajadores.
54. Se debe notar que esta recomendación se refiere a la implementación de mecanismos que permitan que cuando las leyes se refieran a asuntos relacionados con las actividades de la OIT los trabajadores sean oídos, con el fin de que exista un verdadero diálogo social entre los actores sociales involucrados, aunque de ello no se deriva que su interpretación sobre el alcance de los derechos necesariamente acabe prevaleciendo.
55. La decisión de la elaboración de una medida legislativa (su contenido, pertinencia y oportunidad) recae en los órganos y representantes que la Constitución establece, y conforme a los procedimientos que ella habilita. Si bien se pueden implementar mecanismos de consulta previa con diferentes actores sociales, estos no constituyen requisitos para la validez formal de las normas jurídicas, cuyo incumplimiento acarree como consecuencia su inconstitucionalidad, pues tal exigencia no tiene sustento en la Constitución.
56. El debate parlamentario, como elemento esencial del proceso de elaboración de las leyes, es el principal reflejo del carácter democrático de las mismas, y donde se ven representados todos los intereses de la sociedad.
57. Por otro lado, no puede dejarse de lado que la pretensión de un debate previo a la emisión de medidas legislativas con diferentes actores sociales es aún menos pertinente en el caso de los decretos de urgencia. Es decir, este es el tipo de norma jurídica menos apropiado para tal exigencia, pues otro de sus elementos es su excepcionalidad (Sentencia 00047-2004-AI/TC, fundamento 27).
58. Conforme a esta característica, los decretos de urgencia están orientados a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, y cuya existencia no dependen de la voluntad de la norma, sino de la existencia de situaciones fácticas previas a ella. Por tal razón, tal norma tiene encomendada su elaboración al presidente de la República, dada la naturaleza jerárquica y no deliberativa del Poder Ejecutivo, que hace que pueda reaccionar con mayor celeridad ante una crisis.
59. En tal sentido, esta norma se encuentra excluida del debate parlamentario previo de manera absoluta, cosa que no ocurre, por ejemplo, con los decretos legislativos, pues, si bien estos también son emitidos por el Poder Ejecutivo, esto ocurre por



delegación de facultades conforme lo establece el artículo 104 de la Constitución. Esto implica la existencia de un debate previo por parte del Congreso respecto de la materia específica y el plazo determinado para legislar que serán delegados, lo que quedará plasmado con la emisión de una ley autoritativa, requisito esencial de validez para que el Poder Ejecutivo pueda emitir un Decreto Legislativo.

60. Así, los decretos de urgencia no se encuentran sujetos a mecanismos de deliberación o control previo de ningún tipo, pero sí se encuentran sujetos a diferentes mecanismos de control posterior. Conforme al artículo 118, inciso 19, de la Constitución, el Congreso puede modificar o derogar los decretos de urgencia, y de acuerdo con el artículo 91 del Reglamento del Congreso, este ejerce control sobre ellos. También se encuentran sujetos al control posterior de este Tribunal mediante el proceso de inconstitucionalidad, conforme lo dispone el artículo 200, inciso 4, de la Constitución.
61. Finalmente, respecto al control por parte del Congreso, se advierte que dicho Poder del Estado emitió el respectivo dictamen recaído en el D.U. 038-2020, el cual fue aprobado por unanimidad en la Segunda Sesión Extraordinaria de la Comisión de Constitución y Reglamento, de fecha 6 de octubre de 2021. En el mismo se concluye que dicha norma cumple con lo dispuesto en los artículos 123, inciso 3, 118, inciso 19; y 74 de la Constitución³.

§4. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DE DEFENSA

62. Se aduce en la demanda que los artículos 3.2, 3.3 y 3.5 vulneran los derechos a la libertad sindical, a la negociación colectiva, y de defensa.
63. En lo que respecta a la negociación colectiva, se afirma que este derecho es esencial para articular el diálogo entre las organizaciones de trabajadores y las de empleadores. Este argumento es diferente al analizado en el acápite previo, pues no se refiere al diálogo tripartito (que incluye al gobierno) respecto a la elaboración de medidas legislativas en materia laboral, sino a las relaciones sindicales ordinarias entre empleador y trabajador.
64. Manifiesta la parte demandante que la adopción de estas medidas por parte de los empleadores no ha sido consultada con los trabajadores perjudicados, ni se les ha otorgado la posibilidad de contradecirlas o defenderse de sus efectos. Esto sería así porque la suspensión perfecta de labores se encuentra regulada como una medida unilateral del empleador, que no requiere acuerdo con los trabajadores, ni dispone un procedimiento de negociación colectiva previo al inicio del trámite de suspensión.

³ Comisión de Constitución y Reglamento, Período Anual de Sesiones 2021-2022, Dictamen recaído en el Decreto de Urgencia 038-2020, que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el Covid-19 y otras medidas.



65. El Colegio de Abogados de Cajamarca sostiene que la norma impugnada no fomenta la negociación colectiva como dispone el artículo 28 de la Constitución, toda vez que no se incluyeron las garantías y plazos que un procedimiento de esta naturaleza debe tener, ni se asegura el derecho de información de los trabajadores sobre tales medidas.
66. Por otro lado, se manifiesta también que las normas cuestionadas vulneran la libertad sindical porque no establecen ninguna protección en concreto para los representantes de los trabajadores, lo que se concreta en abusos contra ellos. La medida permite que los dirigentes sindicales que resultan incómodos para la empresa sean mantenidos en suspensión de labores, y que se prefiera continuar el desarrollo de las actividades de la empresa con trabajadores no sindicalizados.
67. Respecto al derecho de defensa, se alega la vulneración del artículo 139, inciso 14 de la Constitución. Se sostiene que este ha sido vulnerado porque no se ha establecido la obligación de que los trabajadores sean notificados con los actos que ocurran dentro del procedimiento de suspensión de labores.
68. De esta manera, los trabajadores quedarían en estado de indefensión, sin posibilidad de contradecir los actos administrativos que pueden repercutir negativamente en su situación laboral, ni de argumentar en favor de sus derechos e intereses legítimos, mediante la presentación de los hechos o pruebas para desmentir los fundamentos presentados por el empleador en su solicitud.
69. El artículo 28 de la Constitución establece que el Estado reconoce los derechos de sindicalización y de negociación colectiva. En el numeral 1 de dicho artículo se incorpora la garantía de la libertad sindical, y en su numeral 2 se añade que el Estado fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.
70. Este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha dejado sentado que la negociación colectiva es un derecho fundamental que reconoce a los trabajadores un conjunto de facultades, a través de las que pueden regular conjuntamente sus intereses en el marco de una relación laboral; así pues, el empleador y las organizaciones o los representantes de los trabajadores cuando aquellas no existan, están facultados para 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 (cfr. Sentencia 00025-2013-PI/TC, fundamento 147).
71. De igual modo, en la Sentencia 00003-2013-PI/TC se puso énfasis en que:

La negociación colectiva es el principal instrumento para la armonización de los intereses contradictorios de las partes en el contexto de una relación laboral. En ese sentido, dentro del respeto del orden público constitucional, la Constitución impone al Estado el deber de fomentar la negociación colectiva y promover formas de solución pacífica de los

conflictos laborales. Al lado de estas tareas de fomento y estímulo, al Estado también le corresponde la obligación constitucional de asegurar y garantizar que los convenios aprobados tengan “fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado (...)” (fundamento 54).

72. Adicionalmente, este órgano de control de la Constitución tuvo oportunidad de precisar los alcances de la libertad sindical en armonía con los tratados internacionales sobre la materia. Sostuvo que este derecho fundamental supone la posibilidad de participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical, e incluye la potestad de constituir organizaciones sindicales, afiliarse a los sindicatos ya constituidos o desafiliarse de ellos, pero también garantiza la autonomía sindical, así como la protección del fuero sindical, entre otros.
73. En el ámbito internacional y en el terreno laboral, el Convenio 151 de la OIT, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública; y el Convenio 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, han incorporado disposiciones orientadas, precisamente, a brindar protección a los trabajadores en el ejercicio de su derecho a la libertad sindical, protegiéndolos ante posibles actos de discriminación o actos que los perjudiquen por causa precisamente de tener afiliación al sindicato (cfr. Sentencia 08330- 2006-PA/TC, fundamento 4).
74. Existe una relación directa entre el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la sindicalización, pues el contenido constitucionalmente protegido de este último derecho supone la incorporación de garantías que permitan un ejercicio real de aquellas actividades y que hagan factible la defensa y protección de los intereses de los miembros (cfr. Sentencia 00025-2013-PI/TC, fundamentos 144 y 146).
75. Ahora bien, este Tribunal advierte que el artículo 3.1 del D.U. 038-2020 (que no ha sido impugnado en el presente caso), establece que 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, pueden adoptar las medidas que resulten necesarias a fin de mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones. Pero se precisa que deben hacer esto privilegiando el acuerdo con los trabajadores. El artículo 3.2 establece a continuación la suspensión perfecta de labores como mecanismo excepcional para los empleadores que se encuentren en la situación antes descrita.
76. Por otro lado, el artículo 3.4 (que tampoco ha sido impugnado) señala que, en caso de que se compruebe 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 dejará sin efecto la suspensión de labores.
77. Se establece como consecuencia de esto último el abono de las remuneraciones por el tiempo de suspensión transcurrido y, cuando corresponda, la reanudación

inmediata de las labores. El periodo dejado de laborar será considerado como de trabajo efectivo para todo efecto legal.

78. Ahora bien, la medida legislativa cuestionada fue adoptada en el marco de un estado de emergencia nacional declarado conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 137 de la Constitución, el cual prevé que este procede “en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten a la vida de la Nación”.
79. La situación de excepcionalidad y la necesidad de adoptar medidas económicas de carácter extraordinario para enfrentar los efectos económicos de la referida pandemia fueron abordados por este Tribunal en la Sentencia 00020-2021-PI/TC, fundamentos 28-57.
80. En dicha sentencia, el Tribunal sostuvo que dadas las necesarias restricciones al libre desplazamiento y reunión de personas y, en concreto, a las medidas de confinamiento dispuestas desde el inicio de la declaratoria del estado de emergencia para detener el aumento de contagios por Covid-19, la ciudadanía estuvo prácticamente impedida, salvo excepciones, de continuar con el normal desarrollo de sus actividades laborales y profesionales (cfr. fundamento 38).
81. Asimismo, indicó que esa situación de excepcionalidad justifica que las autoridades tomen medidas céleres, oportunas e idóneas para aliviar la situación económica de los hogares y las empresas, en defensa de sus derechos y libertades económicas y, en general, en resguardo de la economía del país, dentro del marco de posibilidades que establecen la Constitución y las leyes (cfr. fundamento 40).
82. Del artículo 3 de la norma cuestionada se aprecia que la suspensión perfecta de labores se estableció como un mecanismo excepcional que debía respetar los derechos de los trabajadores y privilegiar el acuerdo con ellos. Es decir, se trata de un último recurso, solo habilitado para los empleadores que no pueden valerse del trabajo remoto y que se encuentran imposibilitados de aplicar otras medidas alternativas.
83. Esto resulta razonable, en la medida que no todas las actividades laborales pueden realizarse manera remota, sino que algunas requieren necesariamente de acciones presenciales. Asimismo, debido a la crisis económica ocasionada por la pandemia, no todos los empleadores se encontraban en posición de solventar remuneraciones durante un periodo prolongado de paralización económica en el cual no percibían ingresos. La quiebra masiva de los empleadores perjudica también los derechos de los trabajadores, pues no solo los deja en el desempleo (como consecuencia de los inevitables ceses colectivos), sino también sin posibilidades de acceder a un puesto de trabajo, como consecuencia de la escasez de oferta laboral.
84. Por otro lado, resulta indispensable anotar que las normas laborales sobre libertad sindical y la negociación colectiva no han sido derogadas ni han sido dejadas sin

efecto, ni tales derechos han sido suspendidos en los estados de emergencia declarados como consecuencia de la pandemia o como producto de la emisión del D.U. 038-2020.

85. Cabe destacar que el derecho a la negociación colectiva es un derecho de contenido amplio que puede adoptar cualquier modalidad formal o informal para llegar a un acuerdo (cfr. Sentencia 03561-2009-PA/TC, fundamento 9). De esta manera, no era necesario o indispensable que se hubiera establecido un mecanismo adicional expreso o específico para implementarla. Esto también podría deberse a un criterio de pertinencia, pues en el contexto de la pandemia era necesario actuar de manera celerante ante la crisis.
86. Por tanto, los empleadores se encontraban plenamente vinculados por la normativa vigente sobre la materia, y debían respetar ambos derechos, por lo que estaban habilitadas todas las vías disponibles para denunciar y/o buscar reparar, corregir o sancionar todas las trasgresiones que los empleadores hubieran cometido, tanto en la vía administrativa como en la judicial (ordinaria y constitucional).
87. Asimismo, los trabajadores gozaban del pleno ejercicio de sus derechos de libertad sindical y negociación colectiva, y no necesitaban autorización gubernamental para establecer canales de comunicación formales e informales con su empleador respecto de las medidas que este adoptaría en el marco de la pandemia, incluyendo la posibilidad de acogerse a la suspensión perfecta de labores contemplada en el D.U. 038-2020.
88. La única limitación práctica estaba determinada por las circunstancias mismas de la pandemia, pues el ejercicio de estos derechos debía ocurrir respetando las medidas de aislamiento social obligatorio decretadas en el marco de las emergencias nacional y sanitaria.
89. Cabe destacar, además, que la regulación de la suspensión perfecta de labores en el artículo 15 del TUO de la LPCL, tampoco contempla un mecanismo de negociación previa a la adopción de la medida, sino que la misma se encuentra sujeta a fiscalización posterior. Su texto prescribe lo siguiente:

El caso fortuito y la fuerza mayor facultan al empleador, sin necesidad de autorización previa, a la suspensión temporal perfecta de las labores hasta por un máximo de noventa días, con comunicación inmediata a la Autoridad Administrativa de Trabajo. Deberá, sin embargo, de ser posible, otorgar vacaciones vencidas o anticipadas y, en general, adoptar medidas que razonablemente eviten agravar la situación de los trabajadores.

La Autoridad Administrativa de Trabajo bajo responsabilidad verificará dentro del sexto día la existencia y procedencia de la causa invocada. De no proceder la suspensión ordenará la inmediata reanudación de las labores y el pago de las remuneraciones por el tiempo de suspensión transcurrido.



90. Así las cosas, el mecanismo implementado por el D.U. 038-2020 no aparece como irrazonable, arbitrario o unilateral, sobre todo si se consideran las circunstancias en que fue emitido, y las situaciones para las cuales fue previsto. La suspensión perfecta de labores, a fin de cuentas, sí se encontraba sujeta a control administrativo y, si bien existía el silencio administrativo positivo como consecuencia de la inacción de la administración pública, esto no implica que las decisiones de los empleadores carezcan de todo tipo de control posterior, como fue mencionado *supra*.
91. Por otro lado, este Tribunal considera que las normas cuestionadas no contienen medidas discriminatorias que limiten los derechos de los trabajadores sindicalizados, o que supongan una preferencia de los no sindicalizados. Nuevamente, conviene reiterar que cualquier tipo de abuso en los hechos es pasible de ser denunciado en las vías correspondientes.
92. Finalmente, en cuanto a la supuesta vulneración del derecho de defensa, cabe destacar que el procedimiento de suspensión perfecta de labores no es un proceso judicial, ni un procedimiento administrativo en el que empleadores y trabajadores se confronten y presenten argumentos ante un tribunal administrativo.
93. La regulación de este mecanismo, similar a la ya contemplada en el artículo 15 del TUO de la LPCL, se encuentra justificada por las circunstancias en las cuales se aplica: caso fortuito y fuerza mayor. Este tipo de situaciones requieren de celeridad para ser enfrentadas eficientemente, de ahí que resulta razonable que el control de la aplicación de la suspensión perfecta de labores sea posterior, y no previo.
94. El control posterior de un acto no es inconstitucional, ni implica ausencia de este. La decisión de que exista un control de tipo previo o posterior respecto de un determinado acto se encuentra vinculada con la pertinencia de la oportunidad del mismo, pero tal elección (que puede estar plasmada en la Constitución o en la ley) de ningún modo implica el ejercicio de una potestad arbitraria.
95. Por estas consideraciones, corresponde declarar infundada la demanda en los extremos referidos a la supuesta vulneración de los derechos a la libertad sindical, a la negociación colectiva, y de defensa.

§5. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL TRABAJO Y A LA REMUNERACIÓN

96. El colegio demandante alega también que los artículos 3.2, 3.3 y 3.5, que regulan la suspensión perfecta de labores, vulneran los derechos al trabajo y a la remuneración. Respecto del primero asevera que se ha vulnerado la norma contenida en el artículo 23 de la Constitución, que establece que el trabajo “es objeto de atención prioritaria del Estado”, mientras que respecto del segundo



afirma que se vulnera dicho derecho pues el trabajador se encuentra impedido de percibir su remuneración.

97. El artículo 22 de la Constitución establece que: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”. El artículo 23, por su parte, prescribe que “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado”.
98. El Tribunal ha precisado que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población se encuentre en condiciones de acceder a puestos de trabajo, fomentando el desarrollo del mercado laboral. El segundo aspecto se refiere a la proscripción del despido arbitrario, lo que implica que uno solo pueda ser despedido por causa justa.
99. Al respecto, este Tribunal considera que la suspensión perfecta de labores no vulnera el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, pues no afecta el acceso a un puesto de trabajo, ni tampoco habilita los despidos sin causa justa. Al contrario, se trata de una institución que más bien sirve para evitar que los empleadores recurran a los ceses colectivos, incluso si se encuentran justificados, cuando se enfrentan a situaciones de caso fortuito y fuerza mayor.
100. En tal sentido, el fin de esta institución es la de preservar la continuidad del vínculo laboral de los trabajadores en situaciones extremas, como último recurso. Sin la existencia de esta figura, en tales circunstancias, el empleador solo podría optar por los ceses colectivos.
101. La situación de los trabajadores como consecuencia de una suspensión perfecta de labores es negativa, pero ello se debe a circunstancias fuera del control del empleador, que igualmente se ve afectado por la crisis. Además, debe tomarse en cuenta que dichas circunstancias excepcionales serán verificadas por la autoridad competente, que también tiene competencia para aplicar los correctivos que pudieran corresponder.
102. En tal situación, la preservación de los puestos de trabajo resulta vital, pues de esa manera, cuando la situación de crisis termina y la economía se reactiva, los trabajadores pueden reinsertarse directa o paulatinamente a sus trabajos, en lugar de encontrarse en el desempleo.
103. Por ese mismo motivo no es posible considerar que la medida vulnera la cláusula constitucional referida a que el trabajo es objeto de atención prioritaria del Estado, pues su pronta implementación como medida de urgencia en el contexto de la pandemia por el Covid-19, teniendo en cuenta su utilidad para preservar los



vínculos labores, es una clara manifestación de esa atención prioritaria. Por tales razones, este extremo de la demanda resulta manifiestamente infundado.

104. Respecto al derecho a la remuneración, el artículo 23 de la Constitución dispone que “Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”, mientras que su artículo 24 prescribe que “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”.

105. En el fundamento 16 de la Sentencia 00020-2012-PI/TC, este Tribunal precisó que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración, tal y como está reconocido en nuestro marco constitucional, abarca los siguientes elementos:

- (i) Acceso, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución).
- (ii) No privación arbitraria, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada.
- (iii) Prioritario, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución).
- (iv) Equidad, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).
- (v) Suficiencia, por constituir el *quantum* mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su bienestar (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).

106. En lo que se refiere al primer elemento, resulta evidente que no se ha trasgredido su contenido, pues se han suspendido las prestaciones a cargo de ambas partes; la de realizar la jornada laboral por parte del trabajador, y la de realizar el abono de la correspondiente remuneración por parte del empleador.

107. De esta manera, se mantiene vigente la premisa de que nadie puede ser obligado a prestar trabajo sin retribución, pues la suspensión perfecta de labores implica la suspensión de ambas prestaciones recíprocas.

108. En cuanto a la no privación arbitraria, se advierte que en el presente caso existe una causa plenamente justificada, pues, como ya fue analizado *supra* y en la Sentencia 00020-2021-PI/TC, la emergencia ocasionada por la pandemia justifica la adopción de medidas celeres para mitigar sus afectos adversos en la sociedad y la economía.

109. De otro lado, se aprecia que la suspensión perfecta es una medida de última *ratio*, pues el artículo 3.1 del D.U. 038-2020 (que no ha sido impugnado en el presente caso), establece lo siguiente:

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.

110. Como puede apreciarse, esta norma prioriza la aplicación de mecanismos alternativos a la suspensión perfecta de labores, la cual está prevista como medida excepcional en el artículo 3.2. De esta manera, la regulación de esta figura se encuentra plenamente justificada por las circunstancias, y por su carácter de medida excepcional, aplicable solo cuando no es posible recurrir a otras medidas para mantener los vínculos labores y las remuneraciones.

111. En relación con el carácter prioritario de la remuneración, cabe destacar que este aspecto hace referencia a su lugar en el orden de prelación de las deudas del empleador. Pero este orden no ha sido modificado ni dejado sin efecto por el D.U. 038-2020, de manera que el mismo se encuentra plenamente vigente. En cuanto al criterio de equidad en el pago de la remuneración, se advierte que las normas impugnadas no han establecido ningún tipo de diferenciación en el pago de esta. En consecuencia, ninguno de estos extremos ha sido vulnerado.

112. Finalmente, respecto del aspecto de suficiencia, se tiene que se permite la suspensión temporal del pago de remuneración. Sin embargo, ya se indicó *supra* que esto ocurre en circunstancias excepcionales y justificadas, mantiene el vínculo laboral del trabajador y no lo obliga a trabajar sin remuneración, sino que ambas contraprestaciones se suspenden simultáneamente.

113. Por las razones expuestas, este Tribunal concluye que la norma impugnada no vulnera ningún elemento del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración.

§6. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

114. Se alega que los artículos 3.2, 3.3 y 3.5 de la norma impugnada vulneran el derecho a la libertad de contratación, pues la suspensión perfecta de labores fue modificada de forma imprevista y constituye una alteración de los términos contractuales existentes entre empleadores y trabajadores.

115. El artículo 2, inciso 14, de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de contratación en los términos siguientes: “Artículo 2. Toda persona tiene derecho:



(...) 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

116. Del mismo modo, el primer párrafo del artículo 62 del texto constitucional precisa que:

La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

117. Como puede apreciarse, la Constitución garantiza que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (cfr. Sentencia 00005-2003-AI/TC).

118. En el presente caso, este Tribunal considera que las normas cuestionadas no han modificado los términos de los contratos laborales, pues estos siguen vigentes en los mismos términos en que fueron suscritos. Las normas impugnadas lo que hacen es ampliar la regulación de un mecanismo (i.e. la suspensión perfecta de labores) ya existente en el ordenamiento jurídico, y que en sí mismo no forma parte de manera directa de los contratos laborales, sino que resulta aplicable a los mismos por remisión a las leyes de la materia.

119. Efectivamente, la figura de la suspensión perfecta de labores ya se encontraba prevista en el ordenamiento jurídico para el sector privado, pues, como ha sido expuesto *supra*, se encuentra regulada en el artículo 15 del TUO de la LPCL.

120. Por otro lado, los contratos de trabajo remiten al marco jurídico aplicable en todo lo no previsto en ellos, pero este tipo de cláusulas son generales. La modificación de dicho marco jurídico no es una modificación del contrato en sí mismo, sino que se encuentra regido por la ley de la materia. Al respecto, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución respecto de la aplicación de las leyes, según el cual, desde su entrada en vigencia, estas se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

121. Naturalmente, esto no implica que mediante modificaciones legislativas se puedan suprimir derechos laborales de los trabajadores con la excusa de que el marco jurídico no es en sí mismo una parte del contrato y, por tanto, no se vulnera la inviolabilidad de los contratos. La razón de ello es que la supresión de derechos constitucionales no se encuentra permitida por nuestra Constitución, por lo que resulta completamente ilegítima.

122. Por estas razones, corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

§7. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN

123. El colegio demandante alega que los artículos 7.1 y 10 vulneran el derecho a la pensión, reconocido en el primer párrafo del artículo 11 de la Constitución y en el artículo 25 del Convenio 102 de la OIT.
124. El primero de los artículos cuestionados permite la libre disposición de la CTS hasta por una remuneración bruta mensual por cada mes calendario vencido de duración de la suspensión perfecta de labores, para los trabajadores que se encuentren sujetos a la medida.
125. El segundo establece el retiro extraordinario de hasta S/ 2000 de la Cuenta Individual de Capitalización (CIC) de los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP). Esta medida solo alcanza a las personas que se encuentran en suspensión perfecta de labores aprobada por la AAT.
126. Este Tribunal aprecia que el colegio demandante equipara la disposición de los fondos de los depósitos por CTS, contemplada en el D.U. 038-2020, con la disposición de los fondos de pensiones, pues alega que la CTS tiene un fin previsional contra el despido.
127. El artículo 11 de la Constitución establece que: “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”. De otro lado, el artículo 25 del Convenio 102, preceptúa la obligación estatal “de garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez”.
128. Respecto del artículo 7.1, resulta evidente que el mismo no vulnera ninguna de las disposiciones mencionadas, pues el objeto de la CTS es la protección contra el despido, no contra la vejez. Efectivamente, la CTS es un beneficio social de previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo.
129. Como ha sido mencionado *supra*, este Tribunal analizó el contexto en que ocurrió la adopción de medidas económicas extraordinarias para hacer frente a la pandemia del Covid-19 en la Sentencia 00020-2021-PI/TC.
130. Dicho contexto obligó a la sociedad en su conjunto a adoptar medidas extraordinarias para enfrentar la crisis, pues la economía se encontraba virtualmente paralizada. En un contexto de crisis que justificaba la implementación de la suspensión perfecta de labores para evitar el cese masivo de los trabajadores, resultaba razonable permitir que estos pudieran acceder a los fondos de la CTS, por su carácter de fondos de emergencia.
131. Si bien el supuesto no es idéntico, pues la suspensión perfecta no implica un despido, lo cierto es que en ambas situaciones el trabajador ha dejado de percibir su remuneración, de manera que la necesidad que puede tener de disponer de la

CTS es similar en ambas situaciones. Esto, sumado a la situación de excepcionalidad como consecuencia de la pandemia, justificaría, a criterio de este Tribunal, la adopción de la medida contenida en el artículo 7.1 del D.U. 038-2020.

132. Por otro lado, respecto a la presunta inconstitucionalidad del artículo 10 del referido decreto de urgencia, este Tribunal considera que las medidas dispuestas en dicho artículo son esencialmente idénticas a las contempladas en el artículo 1 de la Ley 31192, Ley que faculta a los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones el retiro de sus fondos.
133. Esta norma autorizaba de manera extraordinaria a todos los afiliados al SPP a retirar de manera facultativa hasta cuatro (4) unidades impositivas tributarias (UIT), del total de sus fondos acumulados en su CIC, a fin de aliviar la economía familiar afectada por las consecuencias de la pandemia por Covid-19.
134. Como puede apreciarse, se trata de una norma de mayor alcance que la contenida en el artículo 10 del D.U. 038-2020, que solo permite un retiro de S/ 2000 a quienes se encuentran en suspensión perfecta de labores, por oposición a todas las personas sujetas al régimen del SPP por un monto mucho mayor.
135. Pero las normas son similares en lo esencial, en tanto ambas permiten el retiro de fondos con fin previsional por un monto limitado (es decir, no habilitan al retiro total de los fondos), como consecuencia de la pandemia.
136. En la Sentencia 00020-2021-PI/TC, este Tribunal concluyó por mayoría que la medida contenida en el artículo 1 de la Ley 31192 superaba el *test* de proporcionalidad, por lo que declaró infundada la demanda.
137. De esta manera, en tanto que este Tribunal ya ha determinado que una disposición similar y más severa que la contenida en el artículo 10 del D.U. 038-2020 resulta conforme con la Constitución, se debe concluir que esta disposición también es constitucional.
138. En consecuencia, corresponde declarar infundada la demanda, en el extremo referido a la presunta vulneración del derecho a la pensión.
139. Sin embargo, no puede dejar de advertirse que normas como la cuestionada ponen en riesgo la intangibilidad de los fondos previsionales, contemplada en el artículo 12 de la Constitución. Y esto ocurre porque tales disposiciones permiten que estos fondos sean destinados a un fin distinto al pago de pensiones, siendo la justificación para ello el aliviar la economía familiar perjudicada por la pandemia. El Estado debe encontrar mecanismos alternativos que eviten que esta situación vuelva a ocurrir en el futuro.



III. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda en todos sus extremos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MORALES SARA VIA
PACHECO ZERGA
DOMÍNGUEZ HARO
OCHOA CARDICH**

PONENTE PACHECO ZERGA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOMÍNGUEZ HARO

Con el debido respeto por la opinión de mis honorables colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto con el objeto de puntualizar lo siguiente:

1. A diferencia de lo señalado por ellos, opino que el artículo 3.2. del Decreto de Urgencia 038-2020 constituye una *intervención* en el ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad contractual que objetivamente conlleva una ***modificación transitoria*** —y por eso mismo **razonable y proporcional**— en los términos contractuales, porque conllevó que, muy excepcionalmente, los empleadores se encuentren en la necesidad de utilizar —incluso contra su voluntad— la figura de la suspensión perfecta —para preservar, a largo plazo, la continuidad de las relaciones laborales—, en aquellos escenarios en los que era fácticamente inviable implementar el trabajo remoto, puesto que, la inmovilización social obligatoria trajo consigo, entre otras medidas, que la gran mayoría permanezca en sus domicilios para aminorar, en la medida de lo posible, la propagación de casos de Covid-19, salvo en casos excepcionales en los que se autorizó la continuidad de la realización de actividades económicas por constituir servicios esenciales. De modo que, incluso contra la voluntad de los empleadores empresarios —quienes tenían la intención de proseguir con sus actividades—, algunos tuvieron que suspender sus negocios.
2. Ciertamente, la inmovilización social obligatoria era una medida extrema, pero enteramente justificada en la incertidumbre y la falta de preparación estatal para afrontar el previsible desborde de pacientes que requerirían atención médica para salvaguardar su salud y vida. Muy probablemente, de no haberse adoptado aquella medida, las consecuencias de la pandemia hubieran sido aún más catastróficas, al menos cuando no se tenía suficiente información sobre cómo contener los contagios de Covid-19 ni cómo tratar esa enfermedad ni existían vacunas para evitar el contagio o síntomas graves.
3. Pues bien, a mi modo de ver las cosas, la inmovilización social obligatoria no solamente afectó a los trabajadores a los que se les aplicó la suspensión perfecta; también afectó a muchos emprendimientos que, de alguna u otra manera, tuvieron que suspender la realización de sus actividades económicas, lo que, desde luego, supuso que dejen de tener ingresos para afrontar sus obligaciones pecuniarias. Es más, algunos incluso no pudieron resistir la falta de ingresos, pues la inmovilización social obligatoria acarreó una crisis económica que, entre otras cosas, disminuyó el consumo, perjudicándolos.
4. No puede perderse de vista, entonces, que, de alguna u otra manera, la pandemia perjudicó a todos. Lastimosamente, algunos perecieron o perdieron familiares y amigos —lo que inobjetablemente ya es una tragedia—; otros, en cambio, perdieron la totalidad o gran parte de lo que invirtieron; o, la totalidad o gran parte de sus ahorros; o, sus puestos de trabajos. Algunos mucho más afortunados, solamente padecieron limitaciones temporales al ejercicio de su derecho



fundamental al libre tránsito.

5. Sin ese contexto, en mi opinión, no se justifica del todo la constitucionalidad de esa intensa *intervención* en el derecho fundamental a la libertad contractual de la población que soportó una suspensión perfecta de labores, dejándolos temporalmente sin sus haberes, en tanto se encontraban impedidos de continuar realizando su trabajo bajo dirección de sus empleadores. De modo que, por imperio del marco jurídico sometido a escrutinio constitucional, las obligaciones de carácter laboral que vinculan a empleadores y trabajadores quedaron temporalmente congeladas. Así, mientras los trabajadores se encontraron relevados de acudir a trabajar a sus centros de labores, los empleadores se encontraron eximidos de pagar los salarios de aquellos trabajadores que se encontraron impedidos de laborar, mientras no se levante la inmovilización social obligatoria o razonablemente se flexibilice la misma.
6. Aunque ese perjuicio a los trabajadores sometidos a suspensión perfecta fue, de alguna u otra manera, aminorado por los subsidios estatales y con paliativos que les permitieron liberar parte de sus fondos de pensiones y de lo ahorrado forzosamente como Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) —esto es, con su propio peculio—, lo cierto es que esa *intensa intervención* en la libertad contractual solamente encuentra justificación en el especial deber de protección de los derechos fundamentales a la vida y a la salud, que deriva de la dimensión objetiva de los mismos, pues, bajo ningún concepto, el Estado podía permanecer indiferente ante las sucesivas e imprevisibles oleadas de contagios. Muy por el contrario, el Estado se encontró en la obligación de *intervenir* en el derecho fundamental a la libertad de contratación de empleadores y trabajadores, al suspender los contratos laborales.
7. No haberlo hecho hubiera sido una omisión constitucional inaceptable, dado que la generación de riqueza no puede impedir que el Estado cumpla con el especial deber de protección de los derechos fundamentales a la vida y a la salud, ni que limite, de modo razonable y proporcional, todas aquellas conductas que, aunque son absolutamente lícitas en la normalidad, en una situación de grave conmoción social dejan de serlo.

S.

DOMÍNGUEZ HARO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Con el debido respeto a lo expresado en el voto en mayoría, el suscrito considera que la demanda de inconstitucionalidad debió ser declarada **FUNDADA** respecto de los artículos 3.2, 3.3 y 3.5 del Decreto de Urgencia 038-2020 “Decreto de Urgencia que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el Covid-19 y otras medidas”, conforme a los fundamentos que paso a exponer:

La excepcionalidad de la mal denominada “suspensión perfecta de labores”

1. En términos generales, el Decreto de Urgencia 038-2020 (D.U. 038-2020) autoriza, dispone, entre otras medidas, que en base al solo criterio del empleador se defina la suspensión perfecta de labores durante la pandemia por Covid-19; a pesar de que diversos organismos internacionales, tales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), recomendaron que los Estados parte otorgasen adecuada protección a los trabajadores, mantengan los salarios, y protejan los derechos a la libertad sindical y negociación colectiva, a la pensión y demás derechos sociales relacionados con el ámbito laboral y sindical.
2. El marco vigente hasta antes de la dación de la aludida norma, ya ofrecía diferentes alternativas a la suspensión perfecta de labores para enfrentar una crisis, tales como: otorgar vacaciones vencidas o anticipadas, reducir la jornada laboral, reducir la remuneración, entre otras; en una lógica donde la suspensión perfecta de labores sería el último recurso a disposición del empleador que debía tomar medidas que razonablemente evitaran agravar la situación de los trabajadores, razón por la que éstas debían ser acordadas en común entre las partes de la relación laboral.
3. Siendo innecesaria la regulación aludida, es claro que las normas impugnadas abren la posibilidad de que las empresas se acojan a la suspensión perfecta de labores sin una justificación más allá del contexto de pandemia, sin distinción de tamaño o patrimonio, y sin considerar su historial económico, ni su capacidad financiera para afrontar la crisis sanitaria que se vivió; por lo que es perfectamente posible que empresas absolutamente solventes y con capacidad de adoptar medidas alternativas, decidan recurrir a este mecanismo de suspensión perfecta de labores para eludir sus obligaciones económicas y laborales con los trabajadores, lo cual resulta más probable aún cuando el Estado renuncia a toda acción fiscalizadora sobre el particular.

La afectación a los derechos colectivos: una herramienta del diálogo social

4. Por otro lado, existe una afectación clara de los derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y de defensa. No es baladí para este Despacho que estos derechos fundamentales constituyen instrumentos específicos en materia laboral para ejercer el denominado “*diálogo social*” entre el Estado, las organizaciones de

empleadores y las organizaciones de trabajadores, a fin de que a estos últimos se les otorgue la posibilidad de contradecirlas o defenderse de sus efectos, lo cual resulta un aspecto sustantivo atendiendo a que la suspensión laboral se encuentra regulada como una medida unilateral del empleador y que, por ende, no requiere de un acuerdo con los trabajadores, y menos aún se dispone de un procedimiento de negociación colectiva previo al inicio del trámite de suspensión.

5. A nuestro modo de ver las cosas, esta opción legislativa no se encuentra acorde con los Convenios 87 (Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación), 98 (Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva), 102 (Convenio sobre la seguridad social) (no ratificado en su totalidad) y 144 (Convenio sobre la consulta tripartita -entre representantes del gobierno, de los trabajadores sindicalizados y de los empleadores-) de la OIT, todos ellos ratificados por el Estado peruano y, por ende, conformantes de nuestro ordenamiento jurídico.
6. En dichos instrumentos internacionales se establece que el diálogo social es un mecanismo deliberativo que contribuye 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, dejando claro que no sustituye a la democracia parlamentaria, sino que la complementa al permitir la participación cada vez mayor de los sectores sociales en la formulación de todas las políticas y decisiones vinculadas a los procesos económicos y sociales.

En una economía social de mercado, son los trabajadores la piedra angular de toda política pública

7. La Constitución Política de 1993 consagra una *economía social de mercado* como modelo económico intermedio en el que convergen la acción de la iniciativa privada y una óptima presencia pública -según el axioma “*tanta libertad como sea posible, y tanto Estado como sea necesario*”-; creemos que ello no puede llevar a asumir en forma automática, como lo hace la sentencia en mayoría, que siempre hay que preferir priorizar a las empresas por encima de las personas (trabajadores), en una lógica según la cual “*la quiebra masiva de los empleadores perjudica también los derechos de los trabajadores, pues no solo los deja en el desempleo (como consecuencia de los inevitables ceses colectivos), sino también sin posibilidades de acceder a un puesto de trabajo como consecuencia de la escasez de oferta laboral*” (f. 83); esto porque el régimen económico y todas las disposiciones constitucionales -en virtud del principio hermenéutico de unidad y sistematicidad- deben ser analizadas en forma concordante con el trascendental Artículo 1 de nuestro Texto Fundamental de 1993, que consagra la *cláusula del personalismo constitucional* conforme al cual “*la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”.
8. En virtud de esta cláusula, nos parece absolutamente suficiente, por razonable, la regulación establecida por el legislador ordinario en el Artículo 15 del T.U.O. del



Decreto Legislativo 728 (Ley de Productividad y Competitividad Laboral), concordante con el Artículo 22 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 001-96-TR, en el que se señala que la aplicación de la referida suspensión perfecta de labores se encuentra sujeta a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, de donde se colige que la suspensión sería el último recurso a disposición del empleador, quien debe tomar las medidas que razonablemente eviten agravar la situación de los trabajadores.

Por estas razones, considero que debe declararse **FUNDADA** la demanda, y en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de los artículos 3.2, 3.3 y 3.5 del Decreto de urgencia 038-2020.

S.

GUTIÉRREZ TICSE

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MONTEAGUDO VALDEZ

Emito el presente voto singular porque no comparto, en parte, lo resuelto por mis colegas en el presente caso. En tal sentido, expresaré a continuación las razones que sustentan mi voto respecto al cuestionamiento formulado por el Colegio profesional demandante en torno al artículo 10 del Decreto de Urgencia 038-2020, el mismo que, a su juicio, vulnera el derecho a la pensión.

§1. Sobre la alegada vulneración del derecho a la pensión

1. El Colegio de Abogados de Cajamarca alega que el artículo 10 del cuestionado Decreto de Urgencia 038-2020 vulnera el derecho a la pensión reconocido por el artículo 11 de nuestra Constitución y el artículo 25 del Convenio 102 de la OIT. Como se sabe, esta norma autoriza a los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPrP), que se encuentran en suspensión perfecta de labores aprobada por la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT), para que realicen el retiro extraordinario de hasta S/. 2,000 de la Cuenta Individual de Capitalización (CIC). Al respecto, el Colegio demandante considera que dicha medida vulnera el derecho a la pensión dado que impide garantizar el libre acceso a las prestaciones de pensiones, toda vez que faculta al trabajador a disponer de sus fondos previsionales para atender su manutención durante la cuarentena y el estado de emergencia sanitaria decretados a consecuencia de la pandemia ocasionada por el Covid-19.

§2. Sobre la intangibilidad de los fondos previsionales y la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones

2. El artículo 12 de la Constitución Política de 1993 establece que:

“Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley”.
3. Para el Tribunal Constitucional dicha intangibilidad a la que alude la citada disposición tiene como propósito asegurar que los fondos y las reservas de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y la garantía del pago de una pensión (artículo 11 de la Constitución) acorde con el principio-derecho de dignidad, reconocido por el artículo 1 de la Norma Fundamental (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00014-2007-AI/TC, fundamento 31).
4. En tal sentido, la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social opera como una garantía institucional del derecho fundamental a la pensión, en la medida que representa para quien los administra la prohibición de redireccionar, afectar o gastar los aportes y recursos allí depositados. Como garantía institucional reconocida constitucionalmente, la intangibilidad de los fondos de la seguridad social queda blindada frente a reformas legislativas –incluso constitucionales– que la anulen o vacíen de contenido.

5. Al respecto, cabe precisar que a los fondos previsionales administrados en el SPPr también les asiste la garantía institucional de la intangibilidad. Así lo ha dejado expuesto en su oportunidad el Tribunal Constitucional al precisar que:

“[...] la pensión es parte del patrimonio de la persona, pero no es una forma de propiedad (STC 0050-2004-AI/TC y otros). Ahora bien, se ha establecido normativamente que existe “(...) la propiedad sobre los fondos acumulados en su Cuenta Individual de Capitalización (...)” (artículo 45 del Decreto Supremo 054-97-EF). El fondo manejado por las AFP definitivamente es parte del patrimonio del afiliado, pero no goza de los atributos de la propiedad como derecho, sino por el contrario es salvaguardado por el derecho a la pensión (artículo 11 de la Constitución), y por lo tanto, su posible vulneración debe ser examinada a partir de la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios (artículo 12 de la Constitución).” (sentencia recaída en el Expediente 00013-2012-PI/TC, fundamento 91).

6. Es que en efecto, si bien es cierto la pensión forma parte del patrimonio de la persona que goza de ese derecho, no se les puede equiparar porque, como ya lo ha sostenido el Tribunal Constitucional (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00050-2004-AI/TC acumulados, fundamento 97), entre ellas existen notables diferencias que se manifiestan en su naturaleza jurídica (la pensión no es un derecho real), en los actos que pueden realizarse (la pensión no puede ser objeto de determinados actos de libre disposición como la compra-venta, la donación, entre otros), en el modo de transferencia (la pensión no se transmite por la sola autonomía de la voluntad del causante) y en su titularidad (no siempre coincide el titular de la pensión con la persona beneficiaria de esta). En tal sentido, reconocer que los fondos acumulados en la CIC forman parte del patrimonio de un afiliado a las AFPs, no representa una habilitación estatal para autorizar su libre disposición, por el contrario, representa una garantía de exigibilidad frente al Estado para que vele por su adecuada administración a fin de que el ejercicio futuro del derecho a la pensión esté asegurado.
7. Como se sabe, en los últimos años el Congreso de la República ha venido aprobando distintas medidas legislativas que autorizan el uso de los fondos de las AFPs para fines de naturaleza distinta a la pensionaria:
- **Ley 30425**, publicada el 21 de abril de 2016. Prorroga el régimen especial de jubilación anticipada para desempleados en el SPPr⁴; dispone que el afiliado a partir de los 65 años de edad pueda elegir entre percibir la pensión que le corresponda en cualquier modalidad de retiro o solicitar a la AFP la entrega hasta el 95.5% del total del fondo disponible en su CIC en las armadas que considere necesarias; establece que los afiliados podrán hacer uso del 25% del fondo acumulado en su CIC como garantía para la cuota inicial de un crédito hipotecario para la compra de una primera vivienda; y dispone la procedencia de la jubilación anticipada también para aquellos casos en que el

⁴ Mediante Ley 29426, publicada el 27 de octubre de 2009, se creó el Régimen Especial de Jubilación Anticipada para Desempleados (REJA) en el SPPr cuya vigencia estaba prevista hasta el 31 de diciembre de 2012.

afiliado padezca de enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer pudiendo solicitar la devolución del 50% de sus aportes incluyendo su rentabilidad.

Como puede observarse, esta ley amplió los supuestos de procedencia para la jubilación anticipada ordinaria (JAO) regulada por el artículo 42 del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (Decreto Supremo 054-97-EF). Cabe recordar que de acuerdo a este régimen jubilatorio, un afiliado a la AFP mayor de 50 años puede jubilarse siempre que obtenga una pensión igual o superior al 40% del promedio de sus remuneraciones durante los últimos 120 meses. Si bien es cierto el régimen JAO ha sido objeto de varias modificaciones hasta la actualidad, en su oportunidad el legislador permitió que cualquier afiliado a la AFP, sin el requisito de la edad que hoy sí es exigible, pueda acogerse a la JAO e, incluso, pueda solicitar el 95.5% del total del fondo disponible en su CIC.

- **Ley 30478**, publicada el 29 de junio de 2016. Ordenó que los afiliados al SPPrP puedan disponer de hasta el 25% del fondo acumulado en su CIC para pagar la cuota inicial para la compra de un primer inmueble o amortizar un crédito hipotecario utilizado para la compra de un primer inmueble. Y, de otro lado, en la misma ley, se dispuso que el afiliado a partir de los 65 años de edad pueda elegir entre percibir la pensión que le corresponda en cualquier modalidad de retiro y/o solicitar a la AFP la entrega hasta el 95.5% del total del fondo disponible en su CIC, perdiendo el derecho frente a cualquier beneficio de garantía estatal. Asimismo, se precisó que el monto equivalente al 4.5% restante de la CIC sea retenido y transferido por la AFP directamente a EsSalud.
 - **Ley 31017**, publicada el 1 de mayo de 2020. Autorizó que los afiliados al SPPrP, de forma voluntaria y extraordinaria, podan retirar hasta el 25% del total de sus fondos acumulados en su CIC, estableciéndose como montos mínimo y máximo de retiro, los equivalentes a 1 U.I.T. y 3 U.I.T, respectivamente.
 - **Ley 31068**, publicada el 18 de noviembre de 2020. Autorizó al aportante del SPP a retirar hasta 4 U.I.T. de su CIC, a condición de encontrarse en situación de desempleo y no registrar aportes previsionales obligatorios en los últimos doce meses.
8. Y a este listado de medidas normativas se suman las Leyes 31192 y 31478 (sometidas a control de constitucionalidad en el Exp. 00020-2021-PI/TC) que autorizan a los afiliados del SPPrP para que retiren hasta 4 U.I.T. del total de los fondos acumulados en su CIC, a fin de aliviar la economía familiar afectada por las consecuencias de la pandemia del Covid-19.
9. De igual forma, durante el año 2020, como consecuencia de la emergencia sanitaria, el Poder Ejecutivo también autorizó la libre disposición de los fondos previsionales administrados en el SPPrP. Así, adoptó las siguientes medidas:



- **Decreto de Urgencia 034-2020**, publicado el 2 de abril de 2020. Autorizó al aportante a retirar S/. 2,000.00 del total de fondos acumulados en su CIC, a condición de no haber registrado aportes previsionales obligatorios en los últimos seis meses.
 - **Decreto de Urgencia 038-2020**, publicado el 14 de abril de 2020 y objeto de control constitucional en el presente caso. Autorizó al aportante en situación de suspensión perfecta de labores al retiro de S/. 2,000.00 de su CIC, en caso cumplierse con los requisitos del Decreto de Urgencia 034-2020 mencionado.
10. No cabe duda, entonces, que al ordenar la libre disposición de los fondos previsionales administrados en el SPPrP, tanto el legislador como el gobierno han partido de la premisa errada de haber asimilado, sin más, a la pensión con la propiedad privada, poniendo en serio riesgo a sus afiliados de empobrecimiento durante la vejez por tratarse de una población cuya pensión solo depende del ahorro forzoso. Pero, además, han sentado un precedente negativo en el sentido de que frente a situaciones de emergencia el Estado podrá autorizar la disposición de los fondos previsionales, en lugar de aplicar mecanismos de apoyo económico que provengan del propio gobierno en cumplimiento de su deber constitucional de promover el bienestar general (artículo 44 de la Constitución).
11. Ahora bien, la garantía de la intangibilidad de los fondos previsionales también contribuye a la sostenibilidad de la seguridad social. En esa línea, en el penúltimo párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución se ordena que:
- “Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.”
12. En términos técnicos, la sostenibilidad está referida a la viabilidad financiera en el largo plazo de medidas económicas, es decir, a la existencia de fuentes de financiamiento que garanticen el cumplimiento de compromisos de gasto presentes y futuros (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00016-2020-PI/TC, fundamento 12). En materia previsional, la sostenibilidad financiera como criterio constitucionalmente establecido alude al aseguramiento de los fondos necesarios para que el sistema de pensiones se encuentre en la capacidad de responder debida y oportunamente frente a la contingencia de la vejez que afectará a los afiliados.
13. Sin embargo, leyes como la cuestionada en el presente caso, así como las demás reseñadas, promueven la descapitalización del SPPrP e impiden a las AFPs realizar las inversiones necesarias y estratégicas con los fondos de los afiliados para generar una buena rentabilidad, poniendo en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema previsional.

14. Así también lo entiende la SBS cuando advierte que el retiro prematuro de los fondos de pensiones deteriora la cobertura previsional, en la medida que (i) deja a más personas sin los recursos suficientes para su vejez (los retiros que se efectúen hoy reducen la futura pensión a percibirse en el momento de la jubilación); (ii) distorsiona el objetivo de largo plazo de los fondos de pensiones, ya que obliga a priorizar el hecho de contar con efectivo el día de hoy para solventar los retiros anticipados en detrimento de la rentabilidad futura que se puede obtener si se respetara el horizonte de largo plazo de los fondos previsionales; y (iii) genera pérdidas en los recursos de los afiliados, especialmente, cuando el tiempo en el que se ha realizado aportes con fin previsional es muy corto, pues el afiliado no ha generado una rentabilidad suficiente que permita amortiguar el impacto del retiro anticipado; y cuando el retiro se efectúa en periodos de crisis financieras, pues el valor cuota de los fondos de pensiones, a raíz de la caída generalizada de los mercados, disminuye su valor, situación que incluso podría afectar a los aportes efectuados por los afiliados, especialmente si estos han permanecido un corto tiempo en el SPPrP o hayan efectuado pocos aportes (baja densidad de cotización).⁵

§3. Análisis de constitucionalidad de la autorización a los afiliados del SPPrP para retirar parte del fondo acumulado en su CIC

15. Atendiendo a las razones expuestas precedentemente, considero que la decisión legislativa de autorizar a los afiliados del SPPrP a disponer voluntariamente el retiro de hasta S/. 2,000 de los fondos acumulados en su CIC contraviene la Constitución; ello, por cuanto, vulnera el contenido esencial del derecho a la pensión, así como la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos de la seguridad social, y, contribuye al debilitamiento de la sostenibilidad económica en el tiempo del sistema de capitalización individual.
16. De una interpretación sistemática de los artículos 10 y 11 de la Constitución, en concordancia con el principio de dignidad humana y con valores superiores como la igualdad y solidaridad, además de los derechos fundamentales a la vida y al bienestar, se puede inferir que nuestra *ley fundamental* reconoce el derecho fundamental a la pensión. En tanto que forma parte del contenido esencial de este derecho, el acceso a una pensión, el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y el derecho a una pensión mínima vital (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00050-2004-AI/TC acumulados, fundamento 107).
17. Uno de los principales objetivos perseguidos por los sistemas previsionales es el de asegurar que las prestaciones percibidas por los pensionistas sean suficientes para cubrir sus necesidades básicas. Sin embargo, la libre disposición de los fondos jubilatorios, como la autoriza el decreto de urgencia bajo análisis en el presente caso, en la medida que contribuye a reducir el monto de la pensión al momento de la

⁵ Cfr. Informe Conjunto N° 00012-2021-SBS. Disponible en el sitio web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Recuperado de: https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/opinion_proy_leg/2021/INFORME-CONJUNTO-012-2021-SBS.pdf Consulta realizada el 6 de junio de 2023.

jubilación, impide el acceso a una pensión que garantice la calidad de vida de los afiliados y contraviene, por tanto, el contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión.

18. En su oportunidad, el Banco Central de Reserva del Perú (BCR) ha señalado que el retiro temprano de la CIC reduce el número de aportes efectivos a lo largo del ciclo de vida laboral de los afiliados y, por ende, la pensión esperada. En esa línea ha advertido que:

“El retiro a edades muy tempranas tiene implicancias más severas de largo plazo para el bienestar de los afiliados, dada la menor posibilidad de capitalizar su fondo de pensiones. La SBS estima que, por cada mil soles que un afiliado retire a los 30 años, perdería un monto equivalente de S/. 4 516 a la edad de 65 años.

El efecto en las pensiones del retiro temprano de los fondos de pensiones es mucho más elevado para el grupo etario de 30 a 50 años, que debido a los retiros realizados perderán en valor presente hasta el 60% de sus fondos previsionales. Este efecto es aún más severo para los 2,1 millones de afiliados que no registran fondo alguno en sus CIC, luego de los retiros efectuados durante el confinamiento social. Estos afiliados enfrentan un riesgo elevado de caer en situación de pobreza en la etapa de vejez y perder el acceso a las coberturas de Essalud.”⁶

19. Queda expuesto entonces que con la aprobación y aplicación del decreto de urgencia cuestionado la probabilidad de que se produzca una reducción considerable en el monto de las prestaciones jubilatorias es cierta, así como lo es el hecho de que los afiliados al SPrP enfrentarán una situación de pobreza que el Estado no podrá dejar de atender. Es decir, como afirma la SBS, se terminará trasladando una carga financiera a la sociedad y tendrá que ser esta la que provea los recursos (vía impuestos u otros medios de recaudación) para financiar la protección a aquellos afiliados que decidieron retirar anticipadamente sus fondos y, con ello, quedaron desprotegidos al momento de su jubilación; afectándose también la capacidad de gasto público en otros sectores como salud y educación.⁷
20. Considero también que el Decreto de Urgencia 038-2020 vulnera la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos de la seguridad social. A fin de enfrentar las consecuencias de la pandemia del Covid-19, en lugar de apelar a mecanismos económicos para promover el bienestar general, el gobierno, en sentido contrario a lo dispuesto por el artículo 12 de la Constitución, adoptó medidas que incidieron en el fondo previsional de los afiliados al SPrP avalando que dichos recursos sean destinados al consumo inmediato, desnaturalizando así la finalidad constitucional del ahorro previsional en las CIC que no es otra que el aseguramiento y garantía del pago debido y oportuno de una pensión.

⁶ Banco Central de Reserva (2020) Reporte de estabilidad financiera. Noviembre 2020. Lima: Banco Central de Reserva del Perú, p. 57.

⁷ Cfr. Informe Conjunto N° 00012-2021-SBS. Disponible en el sitio web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Recuperado de: https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/opinion_proy_leg/2021/INFORME-CONJUNTO-012-2021-SBS.pdf Consulta realizada el 6 de junio de 2023.



21. Finalmente, soy de la opinión que la aprobación del Decreto de Urgencia 038-2020 también contribuye al debilitamiento de la sostenibilidad en el tiempo del sistema de capitalización individual, contraviniendo, por tanto, la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución que ordena que cualquier modificación a los regímenes pensionarios debe regirse por el criterio de sostenibilidad financiera.
22. En materia previsional, dicha sostenibilidad financiera está referida al aseguramiento de los fondos necesarios para que el sistema de pensiones se encuentre en la capacidad de responder debida y oportunamente frente a la contingencia de la vejez que afectará a los afiliados. No obstante, el decreto de urgencia cuestionado, así como las otras disposiciones legales referidas que autorizan el retiro prematuro de los fondos previsionales, abonan a la descapitalización del SPPr. Y así lo corrobora el BCR cuando afirma que los retiros tempranos de los fondos del SPPr han implicado una reducción de hasta S/. 53 mil millones desde el año 2016.⁸
23. Tal descapitalización, en consecuencia, le resta capacidad a las AFPs para garantizar el pago de las pensiones a los afiliados; pero, además, pone en riesgo la eficiencia en la administración que realizan, así como la permanencia del funcionamiento en el tiempo del SPPr.
24. Finalmente, y sobre esta materia, no quiero dejar de recordar la necesidad para nuestro país de que los poderes públicos asuman la responsabilidad de reformar y fortalecer los sistemas previsionales existentes, a fin de que se asegure una vejez digna para todos los ciudadanos, conforme lo exige nuestra Constitución así como también los diversos instrumentos internacionales que regulan la seguridad social y que son parte de nuestro ordenamiento jurídico.

§4. Parte resolutive

25. Por las razones expuestas, mi voto es por declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad del artículo 10 del Decreto de Urgencia 038-2020. Asimismo, suscribo la ponencia en mayoría en cuanto desestima los demás extremos.

S.

MONTEAGUDO VALDEZ

⁸ Banco Central de Reserva (2020) Reporte de estabilidad financiera. Noviembre 2020. Lima: Banco Central de Reserva del Perú, p. 60.