

**INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO RECAÍDO EN EL
DECRETO DE URGENCIA 038-2020
PERIODO DE SESIONES 2020-2021**

Señor Congresista

Ha ingresado para informe del Grupo de Trabajo el Decreto de Urgencia N° 038-2020, que dicta medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras medidas.

El Decreto de Urgencia fue derivado al Grupo de Trabajo mediante Oficio N° 092-2020-2021-CCR-CR, del 14 de mayo del 2020, de la Comisión de Constitución y Reglamento.

El presente informe fue aprobado por mayoría, en la Décima Primera Sesión Ordinaria del grupo de trabajo del 06 de noviembre del 2020, con el voto a favor de los señores congresistas Isaías Pineda Santos, Carmen Omonte Durand, Carlos Mesía Ramírez y Gino Costa Santolalla, dos votos en abstención de los señores congresistas Robinson Gupioc Ríos y Jim Ali Mamani Barriga, presentes en la sesión virtual.

1.- Antecedentes

1.1.- Antecedentes Generales

Mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, el Poder Ejecutivo declaró Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a causa del brote del virus COVID-19, disponiendo, entre otros, el aislamiento obligatorio, restricciones en el campo laboral, la suspensión del transporte interprovincial de pasajeros, por medio terrestre, aéreo y fluvial.

1.2.- Aspectos procedimentales

El Poder Ejecutivo, con fecha 13 de abril 2020, promulgó el Decreto de Urgencia N° 038-2020, que fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el día 14 de abril 2020. Se dio cuenta al Congreso de la República, mediante Oficio N° 037-2020-PR del 27 de abril 2020 y recibido el 28 de abril 2020.

Por proveído de la Oficialía Mayor, fue derivado a la Comisión de Constitución y Reglamento, con fecha' 28 de abril del 2020.

1.3.- Cumplimiento de Requisitos Formales

El Decreto de Urgencia N° 038-2020, cuenta con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y ha sido publicado con cargo a dar cuenta al Congreso de la República, en congruencia con el numeral 2 del artículo 125 de la Constitución Política.

El Decreto de Urgencia ha sido refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, por la Ministra de Economía y Finanzas y la Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo en cumplimiento del numeral 3 del artículo 123 de la Constitución Política.

Por su parte el artículo 91 del Reglamento del Congreso señala lo siguiente:

“Artículo 91.- Procedimiento de Control sobre Decretos de Urgencia

El Congreso ejerce control sobre los decretos de urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de su facultad que le concede el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:

*a) Dentro de las **veinticuatro horas** posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto (...).”*

El expediente del Decreto de Urgencia N° 038-2020, fue publicado el día 14 de abril 2020 y se dio cuenta al Congreso de la República el 28 de abril de 2020, mediante Oficio N° 037-2020-PR. Por lo tanto si bien se ha verificado la rendición de cuentas, esta no se habría dado a las 24 horas posteriores a su publicación, como lo dispone el literal a) del artículo 91 del Reglamento del Congreso de la República.

1.4.- Marco Normativo del Decreto de Urgencia N° 038-2020

- Constitución Política del Perú, artículo 118° inciso 19, 123° numeral 3, artículo 125 numeral 2
- Reglamento del Congreso de la República, artículo 91.
- Decreto Supremo 001-96 TR, Reglamento de la Ley del Fomento al Empleo.
- Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR.
- Ley N° 26790, artículo 11, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.
- Artículo 32 del Reglamento de la Ley N° 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado.

2. Marco Constitucional y Reglamentario

2.1.- Decretos de urgencia artículo 118 inciso 19 de la Constitución Política:

Tal como se dispone en el artículo 118, inciso 19) de la Constitución, es una atribución del Presidente de la República:

"19. Dictar medidas extraordinarias mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional¹, con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede derogar o modificar los decretos de urgencia."

Hay amplio conocimiento en doctrina y jurisprudencia constitucional respecto de estos instrumentos normativos, por ello, a continuación, señalaremos sus caracteres principales.

De conformidad a lo establecido en los artículos 51 y 200 inciso 4, de la Constitución Política, los decretos de urgencia tienen rango de ley. Si bien no son leyes en sentido formal debido a que no emanan del Poder Legislativo, sí tienen efectos jurídicos de similar jerarquía a los de una ley, motivo por el cual están sujetos a los requisitos, procedimientos y controles determinados de conformidad con dicha naturaleza.

¹ El subrayado es nuestro.

En ese orden de ideas, los Decretos de Urgencia se encuentran sujetos a los siguientes requisitos formales: el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (numeral 3 del artículo 123 de la Constitución) y su aprobación por el Consejo de Ministros (numeral 2 del artículo 123 Constitución 1993). En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional:

*"58. En el caso de los decretos de urgencia, los requisitos formales son tanto previos como posteriores a su promulgación. Así, el requisito ex ante está constituido por el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (inciso 3 del artículo 123° de la Constitución), mientras que el requisito ex post lo constituye la obligación del Ejecutivo de dar cuenta al Congreso de la República, de acuerdo con lo previsto por el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, en concordancia con el procedimiento contralor a cargo del Parlamento, contemplado en la norma de desarrollo constitucional contenida en el artículo 91 del Reglamento del Congreso."*¹²

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC, de fecha 11 de noviembre de 2003, señala que el decreto de urgencia regulado en el artículo 118 de la Constitución, debe responder a los siguientes criterios³: de excepcionalidad⁴, necesidad⁵, transitoriedad⁶, generalidad⁷ y conexidad⁸.

Asimismo, un aspecto esencial es la materia que puede ser legislada mediante estos decretos de urgencia, la que debe ser sólo económica y financiera, como menciona el artículo 118 inciso 19 de la Constitución. Asimismo, no pueden contener materia tributaria por mandato expreso del artículo 74 de la Constitución. Por ello, a continuación, citamos el fundamento 59 de la STC 008-2003-AI/TC:

² Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC.

³ Sentencia recaída en el Expediente N° 008 – 2003-AI/TC, del 11 de noviembre del 2003, sobre Acción de Inconstitucionalidad en contra del artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 140-2011.

⁴ **Excepcionalidad.** "La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la "voluntad" de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables

⁵ **Necesidad.** Las circunstancias, deberán ser de naturaleza tal que la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación, y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, que su caso que los mismos devengan en irreparables

⁶ **Transitoriedad.** Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.

⁷ **Generalidad.** "El principio de generalidad de las leyes puede admitir excepciones, esto alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución, debe ser el "interés nacional" el que justifique la aplicación de la medida concreta.

⁸ **Conexidad.** "Debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes.

"59. En lo que respecta a los criterios sustanciales, la legitimidad de los decretos de urgencia debe ser determinada sobre la base de la evaluación de criterios endógenos y exógenos a la norma, es decir, del análisis de la materia que regula y de las circunstancias externas que justifiquen su dictado. En cuanto al primer tópico, el propio inciso 19 del artículo 118° de la Constitución establece que los decretos de urgencia deben versar sobre "materia económica y financiera". Este requisito, interpretado bajo el umbral del principio de separación de poderes, exige que dicha materia sea el contenido y no el continente de la disposición, pues, en sentido estricto, pocas son las cuestiones que, en última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico, quedando, en todo caso, proscrita, por imperativo del propio parámetro de control constitucional, la materia tributaria (párrafo tercero del artículo 74° de la Constitución). Empero, escaparía a los criterios de razonabilidad exigir que el tenor económico sea tanto el medio como el fin de la norma, pues en el común de los casos la adopción de medidas económicas no es sino la vía que auspicia la consecución de metas de otra índole, fundamentalmente sociales. (...)"⁹.

Como podemos precisar del texto normativo, de las diferentes intervenciones del máximo órgano de control constitucional, así como de la doctrina, se han desarrollado aspectos o criterios a tener en consideración al momento de ejercer el control político sobre las normas expedidas por el Presidente de la República.

A lo señalado corresponde agregar que el Poder Ejecutivo solo debería recurrir a la facultad legislativa extraordinaria ante la necesidad urgente e ineludible, pero siempre respetando los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de tal manera que no se afecte la gobernabilidad democrática.

2.2.- Decretos de urgencia artículo 91 del Reglamento del Congreso de la Republica

Por su parte el artículo 91 del Reglamento del Congreso señala lo siguiente:

“Artículo 91.- Procedimiento de Control sobre Decretos de Urgencia

9 Fundamento Jurídico 59 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°008-2003-AI/TC.

El Congreso ejerce control sobre los decretos de urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de su facultad que le concede el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo a las siguientes reglas:

(...)

c) La Comisión informante calificara si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias o imprevisibles cuyo riesgo inminente de que extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas¹⁰. (...)”

3. Contenido del Decreto de Urgencia N° 038-2020

El Decreto de Urgencia N° 038-2020, tiene por objeto dictar medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras medidas.

La mencionada norma del Poder Ejecutivo se compone de trece (13) artículos y cinco (5) disposiciones complementarias finales, en los cuales:

Se autoriza a los empleadores que no pueden implementar la modalidad de trabajo remoto y que se encuentren afectadas sus actividades a optar excepcionalmente por la suspensión perfecta de labores previa comunicación a la Autoridad Administrativa de Trabajo con carácter de declaración jurada.

Se autoriza a ESSALUD a seguir brindando servicios a los trabajadores que se encuentren en suspensión perfecta aun cuando no se encuentren al día en sus aportes.

Se autoriza la transferencia hasta S/. 92 962 601.00 (NOVENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEIS CIENTOS UNO 00/100 SOLES) a favor del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo con cargo a los recursos de la Reserva de Contingencia para financiar la continuidad de la prestación de servicios de ESSALUD.

Se autoriza excepcionalmente a los trabajadores en suspensión perfecta a retirar el equivalente a una remuneración bruta de su Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) por cada mes vencido en suspensión perfecta.

¹⁰ El subrayado es nuestro.

Se autoriza al pliego 011 Ministerio de Salud a través de su unidad ejecutora 001: Administración Central para la adquisición y distribución de mascarillas hasta por S/. 35 000 000.00 (TREINTA Y CINCO MILLONES Y 00/100 SOLES) con cargo a los recursos de la Reserva de Contingencia, a favor de la población en situación de vulnerabilidad.

Se autoriza las modificaciones presupuestarias a favor de ESSALUD por la suma de hasta S/. 652 510 920.00 (SEIS CIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS DIEZ MIL NOVECIENTOS VEINTE 00/100 SOLES) para financiar el BONO de S/. 760.00 (SETECIENTOS SESENTA 00/100 SOLES) para los trabajadores en suspensión perfecta.

Se autoriza de manera excepcional el retiro de S/. 2 000.00 (DOS MIL 00/100 SOLES) de su AFP a los afiliados al Sistema Privado de Pensiones.

Se autoriza al empleador a aplazar el depósito correspondiente a la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) correspondiente del mes de mayo a noviembre del año en curso.

4. Análisis del Decreto de Urgencia 038-2020

Acorde con el artículo 118, inciso 19, los decretos de urgencia regularán materias económicas o financieras cuando así lo requiere el interés nacional.

En lo que respecta al Decreto de Urgencia N° 038-2020, tiene por objeto dictar medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras medidas.

Ante las estrictas medidas de aislamiento para evitar la expansión de la pandemia se hace imprescindible tomar medidas a favor de la continuidad económica de las empresas, por lo que la suspensión perfecta de labores representa una forma excepcional de mantener en espera el aparato productivo nacional mientras se controle la emergencia.

Viéndose agotados los recursos de ESSALUD debido a la reducción de aportes por las empresas en suspensión perfecta, el estado contribuye en reemplazar el dinero de esos aportes para mantener la atención de los afiliados durante la emergencia sanitaria.

En cuanto a las liberaciones controladas de CTS, AFP y el bono a los trabajadores a suspensión perfecta se entienden como medidas que apoyen a los trabajadores a mantener su economía al verse reducidos o eliminados sus ingresos por las medidas de aislamiento, se establece como una inyección de liquidez para que los trabajadores en suspensión perfecta mantengan ciertos ingresos durante el periodo de suspensión.

Por cuanto las medidas dictadas por el Poder Ejecutivo a través del citado Decreto de Urgencia se enmarcan en una situación excepcional y transitoria en materia sanitaria, se trata entonces de medidas imprescindibles ante un hecho imprevisible y sin precedentes en la historia reciente, con lo que se cumple con la exigencia de atender una situación de emergencia y con efectos en la vida, ocasionadas por el COVID-19.

Los titulares de los pliegos serán los responsables del buen uso y posterior fiscalización según el artículo 10 por lo que no se eximen de responsabilidades posteriores

Las acciones descritas y que se encuentran contenidas en el Decreto de Urgencia N° 038-2020, son necesarias para implementar, organizar y financiar la lucha contra la pandemia así como de reducir el riesgo de su propagación.

En ese sentido, consideramos que el Decreto de Urgencia N° 038-2020 cumple con el requisito material establecido constitucionalmente.

Como se ha mencionado previamente, en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC, se señalaron los criterios que se deben tener en cuenta al analizar los Decretos de Urgencia, y son los que nos servirán de base para nuestro análisis:

a.- Excepcionalidad. - El Decreto de Urgencia N° 038-2020 autoriza disposiciones económicas en cuanto a la situación de las empresas de manera excepcional, en el marco de la emergencia nacional, por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote COVID- 19 estableciendo medidas extraordinarias.

b.- Necesidad.- La necesidad se sostiene en la urgencia de establecer medidas complementarias, que permitan al sector económico empresarial para mantener sus actividades luego de superada la emergencia sanitaria.

c.- Transitoriedad.- El todos los extremos el Decreto de Urgencia N° 038-2020 señala que su vigencia se proyecta al año fiscal 2020 y específicamente en el artículo 12.

d.- Generalidad.- El alcance general de la norma.

e.- Conexidad.- Existe conexión entre las disposiciones que dicta el Decreto de Urgencia N° 038-2020 y la situación actual de emergencia sanitaria que vivimos a nivel nacional.

5. CONCLUSIONES

Se concluye en relación con el Decreto de Urgencia N°038-2020, lo siguiente:

El Decreto de Urgencia N°038-2020, que dicta medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras medidas, **cumple con lo dispuesto en el artículo 118, inciso 19), 123° inciso 3) y 125° inciso 2 de la Constitución Política, así como con los criterios de excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad y conexidad**, establecidos jurisprudencia constitucional aplicable.

Dese cuenta

Sala Virtual

Lima, 06 de noviembre 2020



Congresista Gino Costa Santolalla
Coordinador del Grupo de Trabajo
Comisión de Constitución y Reglamento