

**INFORME N° 0023-2020-MTPE/2/14.1**

PARA : **JUAN CARLOS GUTIERREZ AZABACHE**
Director General de Trabajo

DE : **VÍCTOR RENATO SARZO TAMAYO**
Director de la Dirección de Normativa de Trabajo (e)

REFERENCIA : H.R. E-43638-2020.

FECHA : 20 de mayo de 2020

I. ASUNTO

Opinión técnica sobre el ámbito de aplicación del Decreto Supremo N° 011-2020-TR.

II. BASE LEGAL

- Constitución Política del Perú.
- Decreto de Urgencia N° 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.
- Decreto Supremo N° 011-2020-TR, Decreto supremo que establece normas complementarias para la aplicación del Decreto de Urgencia N° 038-2020.

III. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Corporación FONAFE consulta sobre el ámbito de aplicación del Decreto Supremo N° 011-2020-TR, el cual establece normas complementarias para la aplicación del Decreto de Urgencia N° 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 lo previsto en el literal c) del artículo 64 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 308-2019-TR, la Dirección de Normativa de Trabajo cuenta con la función de emitir opinión técnica en materia de trabajo. Ello implica la posibilidad de pronunciarse emitiendo criterios generales sobre los alcances de la legislación laboral. No obstante, la opinión técnica contenida en el presente documento de ninguna manera resuelve casos concretos, ya que ello corresponde a las instancias administrativas o judiciales competentes de acuerdo al marco legal.

En atención a lo expuesto, esta Dirección procede a pronunciarse sobre los aspectos consultados en el marco de nuestras competencias.

IV. ANÁLISIS

1. El Decreto de Urgencia N° 038-2020 resulta aplicable al sector privado; siendo posible su aplicación también a una parte del sector público, en cuanto corresponda.



En efecto, conforme a su artículo 2, el Decreto de Urgencia N° 038-2020 se aplica a “todos los empleadores y trabajadores del sector privado”. Asimismo, en cuanto a la posibilidad de su aplicación al sector público, la Quinta Disposición Complementaria Final de la citada norma señala lo siguiente:

Quinta. Aplicación de disposiciones al sector público

Lo dispuesto en el presente Decreto de Urgencia puede ser aplicado por el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) y las empresas del Estado bajo su ámbito, así como sus trabajadores, en cuanto corresponda.

Como se aprecia, la norma distingue entre sector privado y sector público para establecer sus alcances. Así, el Decreto de Urgencia, a efectos de su aplicación, toma en cuenta al sector privado; y en relación al sector público, prevé la posibilidad de que sus disposiciones sean aplicadas por FONAFE y las empresas del Estado bajo su ámbito, en cuanto corresponda.

2. Es en este contexto de distinción entre sector privado y sector público que debe entenderse la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 038-2020, la cual señala que, mediante decreto supremo refrendado por la Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo, se pueden aprobar, de resultar necesario, **las disposiciones complementarias en el ámbito de competencia de la mencionada entidad**, para la mejor aplicación de lo establecido en dicha norma.

Atendiendo a la facultad prevista en dicha disposición complementaria, consistente en emitir disposiciones complementarias al Decreto de Urgencia N° 038-2020, sin excederse del ámbito de sus competencias, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo emitió el Decreto Supremo N° 011-2020-TR.

Así, en la línea de lo dispuesto por la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 038-2020, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 011-2020-TR señala que dicha norma se aplica al sector privado, sin hacer referencia alguna al sector público:

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

El presente decreto supremo es aplicable a todos los empleadores y trabajadores del sector privado bajo cualquier régimen laboral.

3. En este sentido, teniendo en cuenta i) la distinción entre sector privado y sector público que el Decreto de Urgencia N° 038-2020 realiza a efectos de configurar su aplicación; ii) los alcances de la facultad otorgada al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, consistente en emitir normas complementarias en el ámbito de su competencia; y iii) el propio ámbito de aplicación previsto en el Decreto Supremo N° 011-2020-TR; consideramos que el ámbito de aplicación del Decreto Supremo N° 011-2020-TR abarca únicamente a los empleadores y trabajadores del sector privado bajo cualquier régimen laboral, excluyendo, de este modo, a las entidades y empresas del Estado, como es el caso de FONAFE y las empresas estatales bajo su ámbito.



4. No obstante lo señalado, debemos recalcar que, si bien el Decreto Supremo N° 011-2020-TR no resulta aplicable a FONAFE y a las empresas del Estado bajo su ámbito, ello no excluye la imperatividad de que la suspensión perfecta de labores, regulada en el numeral 3.2 del artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 038-2020, sea aplicada de manera excepcional; esto es, cumpliendo el empleador las condiciones señaladas en el numeral 3.1 (no posibilidad de implementar trabajo remoto o aplicar la licencia con goce de haber, por la naturaleza de sus actividades o por el nivel de afectación económica), así como considerando la posibilidad de aplicar medidas menos gravosas que busquen mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, privilegiando el acuerdo con los trabajadores.

En tal sentido, de una lectura sistemática de los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 038-2020, queda claro que la suspensión perfecta de labores prevista en dicha norma no debe ser considerada como la primera alternativa para preservar el empleo en el marco del Estado de Emergencia Nacional y Emergencia Sanitaria.

V. CONCLUSIÓN

- a) El Decreto Supremo N° 011-2020-TR es aplicable a los empleadores y trabajadores del sector privado bajo cualquier régimen laboral, excluyendo, de este modo, a las entidades y empresas del Estado, entre las que se encuentran FONAFE y las empresas estatales bajo su ámbito.
- b) El Decreto de Urgencia N° 038-2020 regula la suspensión perfecta de labores como una medida excepcional y no, por tanto, como la primera alternativa para preservar el empleo en el marco del Estado de Emergencia Nacional y Emergencia Sanitaria.

VI. RECOMENDACIÓN

Sugerimos trasladar el presente informe a la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y a la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR para que emitan la opinión legal y técnica correspondiente, en el marco de sus competencias.

Atentamente,

H.R E-043638-2020