

INFORME N° 42 -2017-MTPE/2/14.1

Para : Juan Carlos Gutiérrez Azabache
Director General de Trabajo

De : Victor Renato Sarzo Tamayo
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)

Fecha : 22 de mayo de 2017

Asunto : Proyecto de Ley N° 472/2016-CR

Referencia : Oficio N° 301-2016-2017/CTSS-CR-op
H.R. 148861-2016-EXT

1. ASUNTO

Opinión técnica respecto del Proyecto de Ley N° 472/2016-CR, Ley que restituye protección contra el despido arbitrario, compensación por tiempo de servicios y vacaciones a trabajadores a tiempo parcial (en adelante, el Proyecto de Ley).

2. BASE LEGAL

- Constitución Política del Perú
- Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral
- Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo
- Decreto Legislativo N° 650, Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios
- Decreto Legislativo N° 713, que consolida los descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen general de la actividad privada

3. ANTECEDENTES

Mediante el oficio de la Referencia, el Presidente de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República, Hernando Cevallos Flores, solicita una opinión técnica sobre el Proyecto de Ley.

Atendiendo al literal c) del artículo 49° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2014-TR, esta Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo procede a emitir la opinión técnica solicitada.

4. ANÁLISIS

4.1. Del ámbito de aplicación del Proyecto de Ley

En el Proyecto de Ley se prevé que el contenido de dicha propuesta será de aplicación a los contratos a tiempo parcial suscritos a su entrada en vigor, mientras que para el caso de los contratos a tiempo parcial vigentes, el Proyecto de Ley operaría únicamente tras las renovaciones posteriores correspondientes.





Al respecto, consideramos que esta propuesta adolece de un problema de aplicación de normas en el tiempo, en tanto omite que nuestro ordenamiento constitucional acoge como regla general la teoría de los hechos cumplidos. En efecto, conforme al artículo 103 de la Constitución Política, la ley despliega sus efectos desde su entrada en vigencia, debiendo ser aplicada en todos los casos que se subsuman en el supuesto de hecho regulado, con lo cual no habría razón para que se aplique la ley antigua a situaciones nacidas con anterioridad y que se encontrasen aún operativas¹.

Así las cosas, el Proyecto de Ley al excluir de su aplicación a los contratos vigentes hasta que se produzcan sus renovaciones estaría inobservando lo precisado en el texto constitucional, situación que – en adición – traería segregación entre los trabajadores contratados bajo tiempo parcial. Es decir, a partir de la eventual aprobación del Proyecto de Ley, habrían trabajadores a tiempo parcial que gozarían de todos los beneficios que contempla el Proyecto de Ley, otros trabajadores a tiempo parcial que gozarían de dichos beneficios cuando ocurra su prórroga (la cual podría darse tras un periodo considerable de tiempo) y otros que finalmente nunca llegarían a ser beneficiarios del Proyecto de Ley, al no celebrarse ninguna prórroga de sus contratos.

Por lo expuesto, consideramos que la propuesta en este extremo es inviable, debido a que omite lo establecido en la Constitución, creando así la posibilidad de que haya un trato no igualitario entre los trabajadores contratados a tiempo parcial, al regular diferentes efectos para dicho grupo según sus circunstancias de contratación.

4.2. Sobre la regulación de los contratos a tiempo parcial

En el Proyecto de Ley se propone un marco general de regulación para la contratación a tiempo parcial. Así, prevé que se podrían celebrar por escrito contratos de tiempo parcial sin sobrepasar el límite de 20% de la planilla del empleador; asimismo, la remuneración solo podría cuantificarse en función de las horas y no por los resultados obtenidos. En la contratación a tiempo parcial, bajo el Proyecto de Ley, entrarían todos los trabajadores cuya actividad laboral tiene una jornada ordinaria inferior a la de tiempo completo.

Al respecto, consideramos que la propuesta sobre el establecimiento de un porcentaje límite de la planilla para la contratación de personal con jornada a tiempo parcial es inviable, en la medida que restringe la libertad de empresa, sin justificación ni motivación alguna.

En efecto, la libertad de empresa es un derecho constitucional establecido en el artículo 59 de la Constitución, que garantiza que todas las personas tengan libertad para: a) decidir la creación de empresas (libertad de fundación de empresa), b) para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), c) para establecer los objetivos de su empresa (libertad de organización) y d) para dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa)².

Así, la imposición de una disposición de tal naturaleza limitaría a la libertad de empresa en las dos últimas vertientes señaladas por el intérprete constitucional: la libertad de organización y la libertad de dirección de la empresa. Ello en atención a

¹ En el mismo sentido, véase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0316-2011-AA, fundamento jurídico 26.

² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1405-2010-AA, fundamento jurídico 15



"Año del buen servicio al ciudadano"

que las jornadas se establecen de acuerdo a la naturaleza de las actividades requeridas, en función a las necesidades de la entidad empleadora.

En ese sentido, para proponer una restricción como la descrita es necesario que el Proyecto de Ley cuente con un sustento suficiente que justifique la modificación señalada, lo cual no se aprecia en este caso.

Por otro lado, el hecho de que se proponga que la remuneración solo pueda ser pagada en función a las horas trabajadas, eliminándose la posibilidad de que se tome en cuenta los resultados alcanzados, constituye una segunda limitación injustificada no sólo a la libertad de empresa sino también a la libertad contractual garantizada por el artículo 62 de la Constitución Política.

Este extremo de la propuesta parece omitir que existen trabajadores que acuerdan con su empleador que la remuneración se calcule principalmente sobre la base de resultados, como son los comisionistas, vendedores o destajeros a tiempo parcial, así como trabajadores que cumplen este tipo de jornada y reciben pagos adicionales en función del cumplimiento de las metas establecidas por su empleador. De esta manera, este tipo de restricción afecta a la libertad contractual de aquellos que decidieron vincularse, cumplir este tipo de jornada y obtener su remuneración principal o adicional por el producto que efectúen.

Sobre la definición del trabajo a tiempo parcial propuesta, consideramos que ésta es imprecisa dado que establece que los trabajadores a tiempo parcial serán aquellos que tengan una jornada ordinaria inferior a la de tiempo completo, sin definir qué debe entenderse por jornada ordinaria, ni a qué se considera una jornada a tiempo completo. Es decir, la definición, más que llenar de contenido al trabajo a tiempo parcial, contiene vacíos que convierten en inoperativo al concepto.

Siendo ello así, consideramos que el marco general de regulación de la jornada a tiempo parcial que acaba de exponerse es inviable, en la medida que las modificaciones contempladas en el Proyecto de Ley no tienen ninguna motivación ni explicación, cuestión que debió ser de observancia obligatoria para establecer una restricción de derechos. Igualmente, la definición propuesta sobre el trabajo a tiempo parcial resulta poco clara.

4.3 Sobre los derechos contemplados en el Proyecto de Ley

En el Proyecto de Ley se observa que el trabajador a tiempo parcial gozaría de los mismos derechos que un trabajador a tiempo completo. Más allá de que –como se ha precisado con anterioridad– el término "tiempo completo" no se encuentre delimitado, tomaremos como presupuesto que esto haría referencia a los trabajadores que cumplen en promedio con laborar cuatro horas a más en su jornada diaria. Así, se propone que los trabajadores con jornada a tiempo parcial cuenten con derecho a vacaciones, Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) y protección contra el despido arbitrario.

A) Vacaciones

Sobre el derecho a vacaciones, el Proyecto de Ley dispone que los trabajadores a tiempo parcial contarían con descanso vacacional según cinco escalas, las cuales se observan en el siguiente cuadro:



"Año del buen servicio al ciudadano"

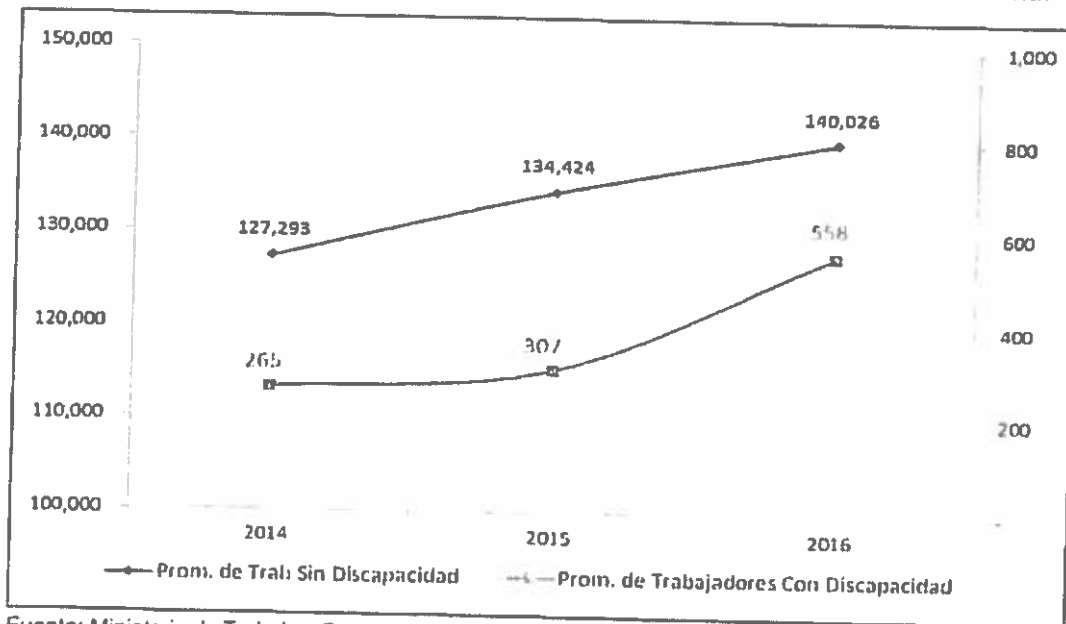
Horas trabajadas a la semana	Cantidad de vacaciones
23 horas y 59 minutos	18 días
Entre 15 horas y 20 horas	15 días
Entre 10 y 15 horas	12 días
Entre 5 horas y 10 horas	9 días
Menos de 5 horas	6 días

Asimismo, el Proyecto de Ley señala que aquellos trabajadores que sean contratados bajo un régimen laboral especial y que laboren 4 horas diarias o 24 horas semanales, y que cuenten con 15 días de descanso vacacional, se regirían por la misma escala expuesta de forma precedente.

Al respecto, consideramos que la escala propuesta resulta ser una regulación compleja y confusa, susceptible de tener problemas en su aplicación. Así, consideramos que la fórmula legal en materia de tiempo parcial debe ser clara y simple para su correcta aplicación; lo contrario podría suponer que se abran paso a incorrectas aplicaciones de la norma dada su complejidad y, por tanto, haya mayor conflictividad en el ámbito laboral o falta de aplicación de la normativa propuesta, lo que conlleva a que exista más informalidad en este campo.

Ello atentaría directamente con la inclusión de colectivos vulnerables, como son las personas con discapacidad y las mujeres, quienes presentan tasas considerables de contratación en el año 2016 bajo la jornada a tiempo parcial, teniendo una tendencia de crecimiento, tal como se verifica en el Cuadro N° 1 y Cuadro N° 2:

Cuadro N° 1: Evolución de la cantidad promedio de trabajadores de la actividad privada con/sin discapacidad bajo contrato a tiempo parcial a nivel nacional

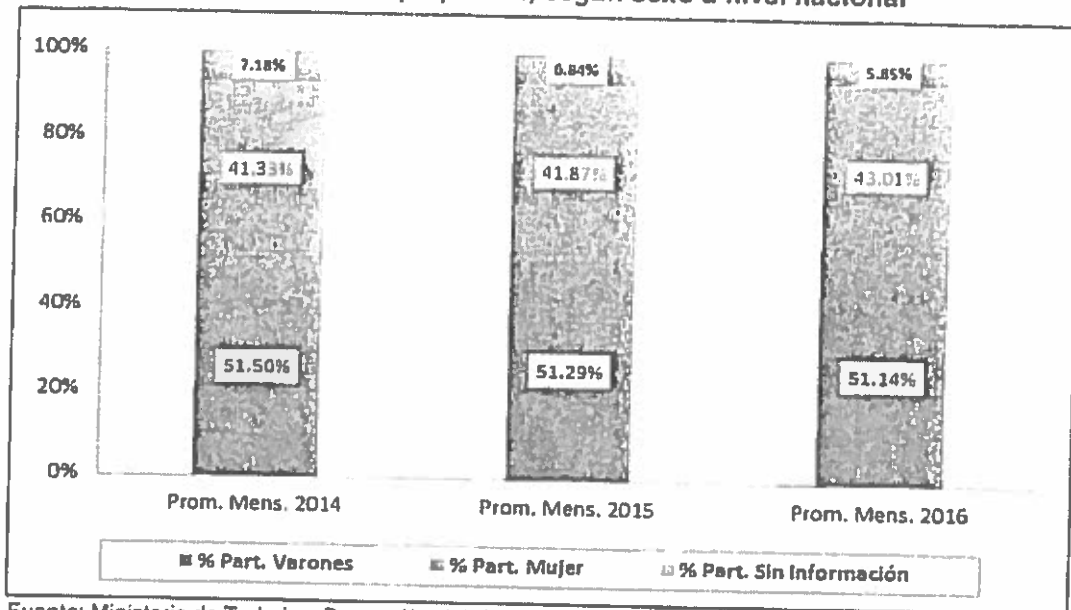


Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo/OGETIC/Oficina de Estadística
Elaboración: Dirección General de Trabajo, MTPE



"Año del buen servicio al ciudadano"

Cuadro N° 2: Participación de los trabajadores de la actividad privada bajo contrato a tiempo parcial, según sexo a nivel nacional



Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo/OGETIC/Oficina de Estadística
Elaboración: Dirección General de Trabajo



Por otro lado, se observa que el Proyecto de Ley tiene como principal sustento legislación comparada en materia de vacaciones para trabajadores a tiempo parcial; no obstante, consideramos que resulta más idóneo que se observe instrumentos que vinculan al Estado peruano, como es el Convenio 52 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre las vacaciones pagadas, así como las normas nacionales vigentes sobre la materia.

El mencionado instrumento internacional señala en su artículo 2 que toda persona, tras un año de servicio continuo, tiene derecho a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborales. De igual manera, a efectos de guardar coherencia con el ordenamiento interno, hubiera sido conveniente que se tenga presente también lo señalado en el artículo 18 del Decreto Legislativo N° 713, que establece como periodo de descanso vacacional mínimo siete días para el supuesto de acumulación de vacaciones.³

De una lectura conjunta de ambas disposiciones puede desprenderse como una alternativa razonable el reconocimiento de siete días de descanso vacacional para el trabajador a tiempo parcial, es decir, un día adicional al establecido en la normativa internacional. Igualmente, en caso el Proyecto de Ley quisiera contemplar un mayor número de días a los señalados para el goce de descanso vacacional, podría considerar proponer por ejemplo quince días de vacaciones a partir del segundo año de servicios. Por lo demás, ello se encuentra en la línea de lo señalado por el Convenio N° 175 de la OIT, Convenio sobre trabajo a tiempo parcial, el cual si bien no ha sido ratificado por el Perú, sirve como un marco de referencia para este caso. En efecto, dicho convenio internacional establece en su artículo 7 que deberán adoptarse medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial gocen de condiciones

³ El artículo 18 del Decreto Legislativo N° 713 señala que "el trabajador puede convenir por escrito con su empleador en acumular hasta dos descansos consecutivos, siempre que después de un año de servicios continuo disfrute por lo menos de un descanso de siete días naturales (-)."



equivalentes a las de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable en diversas esferas, siendo una de éstas las vacaciones anuales pagadas.⁴

Vale precisar que del Proyecto de Ley se desprende que el cumplimiento del récord vacacional para los trabajadores a tiempo parcial se mantendría tal cual se encuentra en la normativa vigente, conforme lo establece el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 713.

Jornada	Récord vacacional
Seis días a la semana	260 días de trabajo efectivo al año
Cinco días a la semana	210 días de trabajo efectivo al año
Tres a cuatro días a la semana	No más de 10 faltas en un año

Sobre el particular, resaltamos que el Proyecto de Ley no contempla un supuesto aplicable a aquellos trabajadores a tiempo parcial que efectúan sus labores por un periodo menor al de tres días, dejando así sin regulación a dicho grupo. En ese sentido, recomendamos que el Proyecto de Ley prevea que para dichos casos les sería de aplicación la misma regla contemplada para el caso de los trabajadores que tienen una jornada de tres a cuatro días a la semana.

B) Protección contra el despido arbitrario y CTS

Sobre la protección contra el despido arbitrario y el otorgamiento del beneficio de la CTS, el Proyecto de Ley no analiza los efectos positivos o negativos de dicha regulación en la generación o conservación de empleos formales. A la luz de la importancia de la materia que se discute, mínimamente el Proyecto de Ley debiera apoyarse en información complementaria que permita establecer los incentivos y desincentivos que produciría esta regulación en la contratación de personal. En tal sentido, instamos a que la propuesta sea acompañada de dichos datos a efectos de poder realizar una evaluación del cambio propuesto.

4.4 Sobre la derogación del inciso a) del artículo 12 del Decreto Legislativo N° 713

El Proyecto de Ley contiene una única disposición derogatoria, en la que se propone derogar el inciso a) del artículo 12 del Decreto Legislativo N° 713, inciso que prevé que para el récord vacacional se consideran como días efectivos de trabajo la jornada ordinaria de mínimo cuatro horas. Si bien una derogación en estos términos permite que los trabajadores a tiempo parcial puedan cumplir el record vacacional, ello también puede lograrse mediante una disposición especial en el Proyecto de Ley por la que se señale que, para el cumplimiento de dicho récord, los días efectivos de trabajo se computan con independencia del número de horas laboradas.

⁴ El artículo 7 del Convenio N° 175 de la OIT. Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, no ratificado por el Estado peruano, señala que "deberán adoptarse medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial gocen de condiciones equivalentes a las de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable, en las siguientes esferas: (a) protección de la maternidad; (b) terminación de la relación de trabajo; (c) vacaciones anuales pagadas y días feriados pagados; y (d) licencia de enfermedad; en el entendido de que las prestaciones pecuniarias podrán determinarse proporcionalmente a la duración del tiempo de trabajo o a los ingresos"



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del buen servicio al ciudadano"

V. CONCLUSIONES

- i) El Proyecto de Ley es inviable respecto del ámbito de aplicación propuesto, puesto que presenta un problema de aplicación de normas en el tiempo, que originaría la segregación de los trabajadores a tiempo parcial.
- ii) El marco normativo general propuesto para los contratos a tiempo parcial – porcentaje limitativo de contratación, forma de pago en función a horas trabajadas, y definición de trabajo a tiempo parcial– es inviable, dado que restringe la libertad de empresa y la libertad contractual sin esbozar alguna justificación, así como presenta imprecisiones que podrían afectar la aplicación de la norma.
- iii) La regulación del derecho a vacaciones del trabajador a tiempo parcial debiera ser clara y de sencillo cumplimiento. Recomendamos una reformulación a la luz del Convenio N° 52 de la OIT y las normas internas sobre la materia. En esa línea, el cumplimiento del récord vacacional para los trabajadores a tiempo parcial merece en nuestra opinión un tratamiento específico.
- iv) Dadas sus posibles implicancias en la generación o conservación de empleos formales, las propuestas sobre protección contra el despido arbitrario y el otorgamiento de la CTS debieran venir acompañadas de información complementaria que permita evaluar los incentivos y desincentivos que produciría esta regulación en la contratación de personal.

Atentamente,

RENATO SARZO TAMAYO
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)
Dirección General de Trabajo