



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

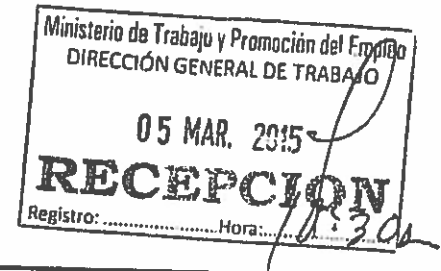
INFORME N° 13 -2015-MTPE/2/14.1

Para: Juan Carlos Gutiérrez Azabache
Director General de Trabajo

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

Fecha: 05 de marzo del 2015

Referencia: H.R. N° 19595-2015-EXT



Tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de alcanzarle una opinión técnica relativa al escrito de fecha 17 de febrero del 2015 presentado por la Dirección de Privilegios e Inmunidades del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del cual, traslada la consulta formulada por la Embajada de la India en Perú sobre las normas laborales y de seguridad social aplicables al personal que labora en dicha Embajada.

Conforme a lo previsto en el 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 cuenta con la función de emitir opinión técnica especializada en materia de trabajo, lo que implica la posibilidad de pronunciarse emitiendo criterios generales sobre materias comprendidas en la legislación laboral. No obstante, la opinión técnica contenida en el presente documento de ninguna manera produce efectos jurídicos sobre los administrados recurrentes, al no resolver casos concretos que corresponden a las instancias administrativas o judiciales competentes de acuerdo al marco legal.

En atención a lo indicado, en las líneas siguientes pasamos a desarrollar la opinión técnica de esta Dirección con relación a las materias consultadas por la Dirección, atendiendo al escrito presentado por la Embajada.

I. ANTECEDENTES

Según se indica en el escrito presentado, se requiere a la Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo informar sobre las normas laborales y de seguridad social aplicables al personal contratado como trabajadores en la Embajada de la India en Perú.

II. ANÁLISIS

Las embajadas, consulados y otras dependencias extranjeras, en aras de garantizar el eficaz cumplimiento de sus funciones en representación del Estado al que pertenecen, se





PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

rigen por la aplicación del beneficio de extraterritorialidad¹. Con ello, la embajada del Estado extranjero se halla bajo su propia normativa dentro del territorio que ocupe en el país receptor, tal como si dicho territorio fuese una extensión de su propio país.

Siendo ello así, la contratación de trabajadores en la Embajada de la India en Perú se rige conforme lo determinen las normas del Estado extranjero al que pertenece. En tal sentido, se debe verificar si la norma del Estado extranjero indica si los contratos laborales de los trabajadores de las sedes consulares se celebran con arreglo a la propia normativa de dicho Estado o a la del Estado receptor.

Sin perjuicio de lo anterior, y al encontrarnos en el ámbito contractual, consideramos que resulta posible que las partes pacten la legislación aplicable a la relación jurídica creada y opten por la aplicación de la ley material peruana² o extranjera, según lo determinen.

Caso diferente, por ejemplo, sucede en materia de seguridad social; en el que la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas señala en su artículo 33° lo siguiente:

"(...) 2. La exención prevista en el párrafo 1 de este artículo [respecto de la exención de los diplomáticos de las disposiciones sobre seguridad social vigentes en el país receptor] se aplicará también a los criados particulares que se hallen al servicio exclusivo del agente diplomático, a condición de que:

a. no sean nacionales del Estado receptor o no tengan en él residencia permanente; y b. estén protegidos por las disposiciones sobre seguridad social que estén vigentes en el Estado acreditante o en un tercer Estado.

3. El agente diplomático que emplee a personas a quienes no se aplique la exención prevista en el párrafo 2 de este artículo, habrá de cumplir las obligaciones que las disposiciones sobre seguridad social del Estado receptor impongan a los empleadores.

¹ El numeral 1 del artículo 22° de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares establece que: "Los locales de la misión son inviolables. Los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del jefe de la misión". Consulta: 11 de enero del 2015. <<<http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/conviaconsulares.htm>>>.

² Es necesario considerar que los servicios brindados por una persona pueden calificar como independientes o subordinados, dependiendo de las características que la prestación de servicios presente en los hechos. Así, calificarán como independientes cuando el prestador de servicios organice su propia actividad sin sujetarse a la dirección de la persona que lo contrata, ni insertarse en el ámbito de su organización. Por el contrario, serán subordinados en caso las actividades de la persona sean organizadas por quien se beneficia de los servicios. Es decir, es este último (empleador) quien dirige, fiscaliza y sanciona las actividades realizadas por el primero (trabajador). En el presente informe se considera que las contrataciones obedecen a la prestación de servicios personales, remunerados y subordinados.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

4. La exención prevista en los párrafos 1 y 2 de este Artículo no impedirá la participación voluntaria en el régimen de seguridad social del Estado receptor, a condición de que tal participación esté permitida por ese Estado.

5. Las disposiciones de este artículo se entenderán sin perjuicio de los acuerdos bilaterales o multilaterales sobre seguridad social ya concertados y no impedirán que se concluyan en lo sucesivo acuerdos de esa índole.

Como se puede notar, las disposiciones sobre seguridad social aplicables a la contratación de trabajadores ya se encuentran determinadas en un convenio internacional. De ahí que, dichas estipulaciones deban ser observadas sin que la autonomía de la voluntad de las partes pueda señalar algo distinto.

Ahora bien, en general, se considera recomendable aplicar la normativa laboral del Estado receptor cuando se realice un contrato laboral con un trabajador nacional de dicho Estado. Ello, dado que es probable que las normas dictadas en ese país respondan de forma más apropiada a las necesidades económicas y sociales del trabajador, pues aquellas son dictadas atendiendo al contexto donde éste habita.

Teniendo presente las consideraciones antes presentadas, y en caso se opte por la aplicación de la normativa peruana, se debería contratar bajo el régimen laboral general de la actividad privada. De ahí que, se deba tener en cuenta lo regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR y sus normas complementarias.

El régimen mencionado incluye una serie de beneficios que deben ser otorgados a favor del trabajador y, en tanto, todos los beneficios se calculan en función a la remuneración es preciso que, de forma previa, se precise qué es la remuneración.

Al respecto, se debe considerar que conforme a lo desarrollado por la doctrina³ y la normativa peruana⁴, se considera como "remuneración" a la contraprestación que recibe una persona por los servicios que brinda de manera subordinada.

En tal sentido, corresponde considerar lo dispuesto por los artículos 6° y 7° del *Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR* (en adelante, la LPCL):

"Artículo 6.- Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o

³ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*, 2009, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 39.

⁴ Según lo establece el artículo 6° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto." (Subrayado agregado).

"Artículo 7.- No constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los Artículos 19 y 20 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650."

Al respecto, los artículos 19° y 20° de la norma legal antes referida indican lo siguiente:

"Artículo 19.- No se consideran remuneraciones computables las siguientes:

- a) Gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad del empleador o que hayan sido materia de convención colectiva, o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o por laudo arbitral. Se incluye en este concepto a la bonificación por cierre de pliego;
- b) Cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa;
- c) El costo o valor de las condiciones de trabajo;
- d) La canasta de Navidad o similares;
- e) El valor del transporte, siempre que esté supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado. Se incluye en este concepto el monto fijo que el empleador otorgue por pacto individual o convención colectiva, siempre que cumpla con los requisitos antes mencionados;
- f) La asignación o bonificación por educación, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada;
- g) Las asignaciones o bonificaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquéllas de semejante naturaleza. Igualmente, las asignaciones que se abonen con motivo de determinadas festividades siempre que sean consecuencia de una negociación colectiva;
- h) Los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores, de su propia producción, en cantidad razonable para su consumo directo y de su familia;
- i) Todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador;
- j) La alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de servicios, las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto de acuerdo a su ley correspondiente, o cuando se derive de mandato legal."

"Artículo 20.- Tampoco se incluirá en la remuneración computable la alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de los servicios, o cuando se derive de mandato legal."





PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

Es importante anotar que, de acuerdo con las citas anteriores, el marco legal no exige que la contraprestación otorgada al trabajador sea regular a fin de calificar jurídicamente como remuneración.

Ahora bien, cabe indicar que sí existen reglas o criterios de "regularidad" que son considerados por las normas legales a efectos de que un concepto remunerativo sea incluido en la base de cálculo de ciertos beneficios laborales, tales como la compensación por tiempo de servicios, gratificaciones legales y la remuneración vacacional.

En este sentido, el *Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-97-TR*, señala la siguiente regla de regularidad a efectos de que lo otorgado al trabajador sea computable en la base de cálculo del beneficio:

"Artículo 9.- Son remuneración computable la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, en dinero o en especie como contraprestación de su labor, cualquiera sea la denominación que se les de, siempre que sean de su libre disposición. (...)" (Subrayado agregado).

"Artículo 16.- Se considera remuneración regular aquella percibida habitualmente por el trabajador, aun cuando sus montos puedan variar en razón de incrementos u otros motivos.

Por excepción, tratándose de remuneraciones complementarias, de naturaleza variable o imprecisa, se considera cumplido el requisito de regularidad si el trabajador las ha percibido cuando menos tres meses en cada período de seis, a efectos de los depósitos a que se refiere el Artículo 21 de esta Ley. Para su incorporación a la remuneración computable se suman los montos percibidos y su resultado se divide entre seis. (...)" (Subrayado agregado).

Asimismo, la *Ley N° 27735, Ley que Regula el Otorgamiento de las Gratificaciones para los Trabajadores del Régimen de la Actividad Privada por Fiestas Patrias y Navidad*, desarrolla la siguiente regla de regularidad:

"Artículo 3.- Remuneración regular

Se considera remuneración regular aquella percibida habitualmente por el trabajador, aun cuando sus montos puedan variar en razón de incrementos u otros motivos.

Tratándose de remuneraciones de naturaleza variable o imprecisa, se considera cumplido el requisito de regularidad si el trabajador las ha percibido, cuando menos, en alguna oportunidad en tres meses durante el semestre correspondiente. Para su incorporación a la gratificación se suman los montos percibidos y el resultado se divide entre seis." (Subrayado agregado).

Del mismo modo, el *Decreto Legislativo N° 713* que consolida la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, establece lo siguiente con relación a la base de cálculo que servirá de referencia para el cálculo de la remuneración vacacional:



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

"Artículo 16.- La remuneración vacacional es equivalente a la que el trabajador hubiera percibido habitual y regularmente en caso de continuar laborando.

Se considera remuneración a este efecto, la computable para la compensación por tiempo de servicios, con excepción por su propia naturaleza de las remuneraciones periódicas a que se refiere el Artículo 18 del Decreto Legislativo N° 650."

Conforme a lo antes indicado, la regularidad con la que se percibe un concepto económico no determina que califique como remuneración. No obstante, si existen determinadas reglas de regularidad a efectos de que un concepto remunerativo integre la base de cálculo para el pago de un determinado beneficio laboral.

Así, teniendo en cuenta lo señalado, a continuación detallaremos algunos de los principales beneficios a los que, adicionalmente a la remuneración, tienen derecho los trabajadores del régimen laboral general de la actividad privada:

- Gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad

A través de la Ley N° 27735 se regula el otorgamiento de las gratificaciones para los trabajadores del régimen de la actividad privada por Fiestas Patrias y Navidad. Dichas gratificaciones son sumas de dinero que se abonan en los meses de julio y diciembre al trabajador con la finalidad de brindarle un monto adicional a la remuneración, ya que se presume que los gastos realizados son mayores en dichos meses.⁵

El derecho a estas gratificaciones se origina siempre que el trabajador se encuentre efectivamente laborando durante el mes en que corresponda recibir el beneficio o se encuentre en descanso vacacional, licencia con goce de remuneraciones o percibiendo subsidios de la seguridad social o por accidentes de trabajo, de conformidad con el artículo 2° del Decreto Supremo N° 005-2002-TR. Asimismo, para gozar de este beneficio, el trabajador debe contar como mínimo con un mes calendario de servicios.

Cabe señalar que el monto de las gratificaciones incluirá todos los conceptos remunerativos mensuales otorgados por el empleador. En caso que sean remuneraciones variables, como señalamos en los párrafos precedentes, se debe considerar la regularidad del pago de los mismos a efectos de que sean incluidos dentro del cálculo⁶.

- Asignación familiar

De acuerdo con la Ley N° 25129, este concepto es otorgado a los trabajadores de la actividad privada cuyas remuneraciones no se regulan por negociación colectiva y que

⁵ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho Individual del Trabajo*, 2011, Lima, Gaceta Jurídica.

⁶ Así, de conformidad con el artículo 3° de la Ley N° 27735, si el trabajador ha percibido por ejemplo una suma en al menos tres meses durante un período de seis (enero-junio, julio-diciembre), este concepto será considerado dentro de la base de cálculo para el abono de la gratificación que corresponda.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

 **Trabajo**
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

tienen a su cargo uno o más hijos menores de 18 años. En caso que el hijo al cumplir la mayoría de edad se encuentre efectuando estudios superiores o universitarios, este beneficio se extenderá hasta que termine dichos estudios, hasta un máximo de 6 años posteriores al cumplimiento de dicha mayoría de edad.

El cumplimiento de los requisitos para percibir la asignación familiar debe ser acreditado por el trabajador.

Asimismo, el monto que debe ser abonado por el beneficio materia de análisis es el 10% de la remuneración mínima vital, salvo que se acuerde cantidad superior a la establecida por la norma. La oportunidad del pago es junto con la remuneración y el abono se realiza bajo la misma modalidad en que ésta se abone.

- Compensación por Tiempo de Servicios (CTS)

El artículo 1° del *Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-97-TR* establece que la compensación por tiempo de servicios tiene la calidad de beneficio social de previsión de las contingencias originadas por el cese del trabajador en su empleo. De ahí que, "lo que ha pretendido el legislador, es que este beneficio funcione como una especie de ahorro forzoso que permite cubrir algunas eventualidades frente a la pérdida de trabajo".⁷

El derecho a la CTS se genera desde el primer mes de iniciado el vínculo laboral. Los depósitos por este concepto tienen lugar semestralmente, en mayo y noviembre, en la institución financiera elegida por el trabajador.

Para el cálculo de la CTS se considerará los meses y días trabajados, tomando como referencia la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador. Así, el artículo 18° del *Decreto Legislativo N° 650* señala que las remuneraciones de periodicidad semestral se incorporan a la remuneración computable a razón de un sexto de lo percibido en el semestre respectivo y las remuneraciones que se abonan por un período mayor se incorporan a la remuneración computable a razón de un dozavo de lo percibido en el semestre respectivo. Por otro lado, las remuneraciones que se abonen en períodos superiores a un año, no son computables

- Vacaciones

El artículo 10° del *Decreto Legislativo N° 713* señala que trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios. Las mismas serán remuneradas, percibiendo el trabajador lo que "habitualmente hubiera percibido en caso de estar laborando"⁸. Dicho derecho está condicionado al cumplimiento del récord que se señala a continuación:

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03052-2009-PA/TC, Fundamento 22.

⁸ De conformidad con lo estipulado en el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 713.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

a) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria es de seis días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos sesenta días en dicho período.

b) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria sea de cinco días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos diez días en dicho período.

c) En los casos en que el plan de trabajo se desarrolle en sólo cuatro o tres días a la semana o sufra paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajadores tendrán derecho al goce vacacional, siempre que sus faltas injustificadas no excedan de diez en dicho período. Se consideran faltas injustificadas las ausencias no computables para el récord conforme al artículo 13 de esta Ley."

Asimismo, cabe observar que el artículo 13° de la norma citada señala que este beneficio no podrá ser otorgado cuando el trabajador esté incapacitado por enfermedad o accidente, salvo que, ello haya sobrevenido durante el período de vacaciones.

- Seguro de Vida

El artículo 1° del *Decreto Legislativo N° 688* señala que es una obligación del empleador contratar un seguro de vida a favor del trabajador que haya cumplido 4 años de servicio, sin importar la modalidad bajo la cual presta el servicio.

Asimismo, cabe indicar que la contratación de este seguro es potestativa para el empleador a partir del tercer mes de servicio del trabajador.

La finalidad del presente beneficio es indemnizar a los familiares directos de los trabajadores en caso de fallecimiento durante la relación laboral, o al trabajador en caso de invalidez permanente y total.

- Seguridad social en salud y pensiones

En materia de seguridad social en salud, el empleador debe abonar el 9% de la remuneración del trabajador a ESSALUD, a favor del trabajador, para cubrir prestaciones asistenciales y económicas en salud, según el artículo 6° de la *Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud*.

En cuanto a pensiones, la *Ley N° 28991* contempla el procedimiento general a seguir cuando un trabajador ingresa a laborar. Así, la misma norma establece como punto de partida la obligación del empleador de hacer entrega inmediata del "Boletín Informativo", el cual permite al trabajador realizar una elección informada dado que el mismo contiene las características y particularidades de cada sistema pensionario.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

 Trabajo
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

Así, el trabajador elige a qué sistema se afiliará, sea Sistema Privado de Pensiones⁹ o Sistema Nacional de Pensiones, asumiendo el pago del aporte por su propia cuenta. No obstante, será de cargo del empleador la retención, declaración y pago de éstos, debiendo entregar posteriormente al trabajador un Comprobante de Retenciones por Aportes al Sistema de Pensiones, de conformidad con el artículo 2° de la Ley N° 27605.

Finalmente, cabe acotar que la Ley N° 28194 dispone que las obligaciones que se cumplan mediante el pago de sumas de dinero cuyo importe sea superior a S/. 3 500.00 (tres mil quinientos nuevos soles) o a US\$ 1,000 (mil dólares americanos) deberán realizarse mediante depósitos en cuentas, giros, transferencias de fondos, órdenes de pago, cheques con la cláusula de "no negociables", "Intransferibles", "no a la orden" u otra equivalente.

Sin otro particular, quedo de Usted.

Atentamente,

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

⁹ Hasta junio del 2017, los trabajadores que opten por la afiliación al Sistema Privado de Pensiones y no se encuentren afiliados previamente a alguna otra Administradora de Fondo de Pensiones, serán afiliados de forma automática a AFP HABITAT en virtud de la licitación de nuevos afiliados ganada por la misma el pasado 18 de diciembre del 2014. Cabe indicar que la licitación de los nuevos afiliados se da en virtud del literal d) del artículo 3° del Título V del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Fondos de Pensiones.