



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

INFORME N° 35 -2015-MTPE/2/14.1

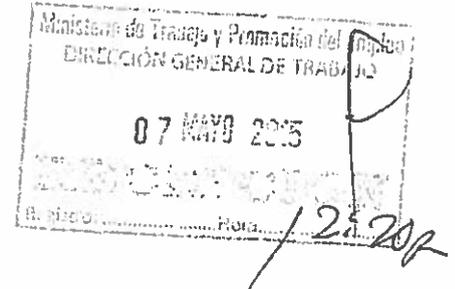
Para: Juan Carlos Gutiérrez Azabache
Director General de Trabajo

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

Fecha: 07 de mayo de 2015

Asunto: Opinión sobre propuesta de Decreto Supremo que establece disposiciones para otorgar continuidad a las actividades pesqueras de embarcaciones pesqueras de bandera nacional en la Zona de Alta Mar.

Ref.: Oficio N° 038-2015-PRODUCE/DVP (H.R. 06543-2015-EXT)



Tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de alcanzarle la opinión técnica relativa al Proyecto de Decreto Supremo que establece disposiciones para otorgar continuidad a las actividades pesqueras de embarcaciones pesqueras de bandera nacional en la Zona de Alta Mar, remitida por el Viceministerio de Pesquería del Ministerio de la Producción.

I. BASE LEGAL

- Constitución Política del Perú.
- Decreto Legislativo N° 689, Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros.
- Decreto Ley N° 25977, Ley General de Pesca.
- Decreto Supremo N° 010-2009-DE, Dictan medidas promocionales para la extracción comercial a mayor escala de recursos hidrobiológicos tranzonales por parte de embarcaciones pesqueras de bandera nacional.
- Decreto Supremo N° 004-2014-TR, Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

II. ANTECEDENTES

Mediante el documento de referencia, el Viceministro de Pesquería del Ministerio de la Producción remite el Proyecto de Decreto Supremo que establece disposiciones para otorgar continuidad a las actividades pesqueras de embarcaciones pesqueras de bandera nacional en la Zona de Alta Mar (en adelante el Proyecto de Decreto Supremo), su exposición de motivos, así como el Informe N° 05-2015-PRODUCE/DGP de la Dirección General de Políticas y Desarrollo Pesquero de dicho Ministerio, para la consideración del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE).

En esa línea, a través del Oficio N° 081-2015-MTPE/4/8, la Oficina General de Asesoría



Jurídica nos solicita la emisión de una opinión técnica respecto a los artículos 3° y 4° del Proyecto de Decreto Supremo.

En atención a lo expuesto, y conforme al artículo 49°, literal c), del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2014-TR, esta Dirección procede a emitir opinión técnica sobre los artículos 3° y 4° del Proyecto de Decreto Supremo.

III. ANÁLISIS

1. La contratación de trabajadores extranjeros: límites normativos

El Decreto Legislativo N° 689, vigente desde el año 1991, establece una preferencia por la contratación de personal nacional; en consecuencia, regula determinados límites para la contratación de trabajadores extranjeros.¹

Así, existen límites relacionados a la cantidad de trabajadores extranjeros que el empleador puede contratar, así como a la política remunerativa que puede aplicar. En ese sentido, el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 689 señala que "[l]as empresas nacionales o extranjeras podrán contratar personal extranjero en una proporción de hasta el 20% del número total de sus servidores, empleados y obreros. Sus remuneraciones no podrán exceder el 30% del total de la planilla de sueldos y salarios".

En la misma línea, el Decreto Legislativo N° 689 prevé la temporalidad y la formalidad escrita en la contratación de trabajadores extranjeros, así como la obligación empresarial de capacitar a los trabajadores nacionales en las ocupaciones de aquellos. En tal sentido, el artículo 5° de la referida norma dispone que "los contratos de trabajo a que se refiere la presente Ley deberán ser celebrados por escrito y a plazo determinado, por un periodo máximo de 3 años prorrogables, sucesivamente, por periodos iguales, debiendo constar además, el compromiso de capacitar al personal nacional en la misma ocupación".

Adicionalmente, los contratos de los trabajadores extranjeros requieren ser aprobados por la Autoridad Administrativa de Trabajo. Conforme a ello, el artículo 12° del Decreto Supremo N° 014-92-TR, Reglamento del Decreto Legislativo N° 689, señala la documentación a ser presentada para tales efectos:

" (...)

a) La solicitud [de aprobación], según formato autorizado, se dirige a la Autoridad Administrativa de Trabajo de la jurisdicción donde se encuentre el centro de trabajo. Si el desempeño de las labores del personal extranjero se efectúa en

¹ El artículo 1° del Decreto Legislativo N° 689 expresa que "los empleadores, cualquiera fuere su actividad o nacionalidad, darán preferencia a la contratación de trabajadores nacionales".



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

diversos centros de trabajo ubicados en distintas regiones del país, podrá presentar la solicitud en cualquiera de las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, en donde estén ubicados éstos.

b) La solicitud se presenta acompañada de lo siguiente:

- El contrato de trabajo, preferentemente según modelo, en tres ejemplares.
- La declaración jurada, preferentemente según formato, que el contrato no se excede de los porcentajes limitativos autorizados. La declaración jurada no requiere la firma de contador.
- Comprobante de pago del derecho correspondiente a la Autoridad Administrativa de Trabajo.
- Alternativamente, el título profesional o los títulos o certificados de estudios técnicos o certificados de experiencia laboral vinculados con el objeto del servicio; los documentos referidos en el párrafo anterior no son conjuntivos, pudiendo presentarse cualquiera de ellos, siempre que se acredite la vinculación entre la calificación del trabajador y el servicio a prestarse.
- Fotocopia legalizada del pasaje o billete a que se refiere el inciso d) del artículo 8 de la Ley, [que garanticen al trabajador extranjero y su familia el retorno a su país de origen o al que convengan] o la Declaración Jurada que se garantiza el transporte pertinente, la que puede ser consignada como cláusula en el mismo contrato, o la Constancia de las coordinaciones de retorno de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), según el artículo 16 de este Reglamento.
- Cuando se solicite exoneración de los porcentajes limitativos, se debe incluir la documentación que corresponda, según el caso, de conformidad con el artículo 18 de este Reglamento".



Por último, es importante señalar que, a nivel constitucional, no existe disposición que prevea una contratación preferente a favor de los nacionales, como sí existió en la Constitución Política de 1979, norma bajo la cual se expidió el Decreto Legislativo N° 689 y el Decreto Supremo N° 014-92-TR.² Corresponde llamar la atención en relación a este hecho, toda vez que, a criterio de esta Dirección, la regulación laboral debería tender a reducir las diferencias en lo que se refiere a la contratación de trabajadores nacionales y extranjeros.

2. Alcances sobre el Proyecto de Decreto Supremo elaborado por el Ministerio de la Producción

² Constitución de 1979. Artículo 42: "(...) La ley señala la proporción preferente que corresponde a los trabajadores nacionales tanto en el número como en el monto total de remuneraciones de la empresa, según el caso".



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

A manera de antecedente, es importante indicar que el Ministerio de Defensa, a través del Decreto Supremo N° 010-2009-DE, estableció una serie de medidas promocionales para la extracción comercial a mayor escala de recursos hidrobiológicos por parte de las embarcaciones pesqueras de bandera nacional, con la finalidad de que éstas puedan operar de inmediato en la Zona de Alta Mar adyacente de las aguas jurisdiccionales del Estado peruano. Cabe señalar que, conforme al artículo 1° del referido Decreto Supremo, dichas medidas tuvieron una vigencia de cinco (5) años contados a partir del día siguiente de su publicación, por lo que, a la fecha, ya no se encuentran vigentes.

En este contexto, se advierte que el Proyecto de Decreto Supremo elaborado por el Ministerio de la Producción recoge medidas similares a las que en su oportunidad estableció el Decreto Supremo N° 010-2009-DE. De esta manera, en sus artículos 3° y 4°, el Proyecto de Decreto Supremo establece disposiciones que facilitan la contratación trabajadores extranjeros para la realización, en embarcaciones de bandera nacional, de actividades pesqueras en la Zona de Alta Mar:

"Artículo 3.- Exoneración de limitaciones y porcentajes limitativos en la contratación de personal extranjero"

Exonérese a las personas jurídicas, constituidas en el país, propietarias, poseedoras u operadoras de embarcaciones pesqueras de bandera nacional que realicen actividades pesqueras en la Zona de Alta Mar, por un plazo máximo de cinco años contados a partir de la fecha de vigencia del presente Decreto Supremo, de observar las limitaciones a la contratación de personal extranjero, así como los porcentajes limitativos previstos en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 689, en aplicación del inciso e) del artículo 6 de la citada norma, atendiendo a los criterios de especialización, calificación y experiencia especial para el caso de tripulantes de naves pesqueras a su servicio cuyas ocupaciones se encuentran comprendidas en el Anexo 'A' del presente Decreto Supremo.

Artículo 4.- Aprobación del Contrato de Trabajo de Personal Extranjero en embarcaciones pesqueras de bandera nacional que realizan actividades en la Zona de Alta Mar

Para los efectos de la aprobación y vigencia inmediata del contrato de trabajo del personal a que se refiere el artículo 1 del Decreto Supremo N° 014-92-TR, el Contrato de Embarco constituye contrato de trabajo y la declaración jurada de la empresa constituye el documento que acredita la calidad y capacitación del trabajador, no siendo necesaria la presentación de documento adicional, para que proceda su contratación y obtención con excepción del comprobante de pago de los derechos correspondientes".

Como se observa, el Proyecto de Decreto Supremo, en lo que respecta a la contratación de trabajadores extranjeros, busca sustentarse en lo dispuesto por el inciso e) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 689, que señala lo siguiente:



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

Artículo 6.- Los empleadores podrán solicitar exoneración de los porcentajes limitativos prescritos en el artículo 4 de esta Ley, en los casos siguientes:

e) Cualquier otro caso que se establezca por Decreto Supremo, siguiendo los criterios de especialización, calificación o experiencia.

Si se aprecia bien, la exoneración prevista en la norma citada está prevista sólo para los porcentajes limitativos previstos en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 689, esto es, los porcentajes referidos al número de trabajadores extranjeros posibles de contratar y las remuneraciones que pueden percibir. De esta forma, el Decreto Legislativo N° 689, norma con rango legal, no contempla la posibilidad de que por Decreto Supremo, norma de rango inferior, se puedan establecer exoneraciones a los demás límites que aquella norma señala en materia de contratación de trabajadores extranjeros. Entonces, como el Proyecto de Decreto Supremo pretende justamente esto, sugerimos tener en cuenta la restricción de orden legal que acaba de señalarse.³

Por otra parte, la exposición de motivos del Proyecto de Decreto Supremo y el Informe N° 05-2015-PRODUCE/DGP indican que dicho Proyecto se sustenta en las siguientes razones:

- 
- (i) En el contexto actual, aún es reducido el número de personal nacional que reúna las condiciones de especialización, calificación y experiencia requeridos para la operación de embarcaciones dedicadas a la actividad extractiva en la Zona de Alta Mar, por lo que resulta necesario establecer un plazo para alcanzar dicho objetivo.⁴
 - (ii) Se hace necesario dictar medidas adicionales a las establecidas, a efectos de otorgar facilidades a los agentes económicos directos, dedicados o por dedicarse a la actividad económica pesquera que empleen embarcaciones que enarboles la bandera nacional, a fin de que procedan a operar o continúen operando en la Zona de Alta Mar.

Dicho esto, observamos que en la exposición de motivos no existe un adecuado sustento sobre el reducido número de personal. Al respecto, informamos que, conforme al artículo 69° del Decreto Ley N° 25977, Ley General de Pesca, "el Ministerio de Defensa, a través de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas, ejerce las funciones contempladas

³ Por ejemplo, consideramos que el inciso e) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 689 no habilitaría para que por decreto supremo se establezca una aprobación y vigencia inmediatas del contrato de trabajadores extranjeros, pues esta materia no forma parte de las limitaciones previstas en el artículo 4 de la citada norma. Sobre el particular, repárese además que, de acuerdo al artículo 13° del Decreto Supremo N° 014-92-TR, la Autoridad Administrativa de Trabajo cuenta con un plazo de cinco días hábiles para pronunciarse sobre la solicitud de aprobación del contrato del trabajador extranjero.

⁴ Cabe indicar que, según lo previsto en la Exposición de Motivos del Proyecto de Decreto Supremo, se alcanzaría dicho objetivo mediante la adopción de medidas que promuevan la capacitación y especialización de personal nacional, a efectos de contar con un número razonable de dicho personal habilitado para asumir con eficiencia y responsabilidad las correspondientes funciones.



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

en su respectivo reglamento, respecto al registro, inspección y control de los pescadores y embarcaciones pesqueras, así como lo referente a la capacitación de personal embarcado".

En tal sentido, y en concordancia con lo previsto también en el artículo 20° del Decreto Legislativo N° 1038 (Ley de la Marina de Guerra del Perú), así como los numerales 68.5 y 68.15 del artículo 68° de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-2014-DE⁵, sugerimos que el sustento del Proyecto de Decreto Supremo, en lo que respecta al reducido número de personal nacional, se enriquezca con los aportes que el Ministerio de Defensa puede brindar en relación al número de pescadores nacionales registrados que se dediquen a las actividades extractivas en las embarcaciones pesqueras de bandera nacional en la Zona de Alta Mar, así como sobre la capacitación del personal embarcado.

De otro lado, se aprecia que, siguiendo los criterios de especialización, calificación o experiencia previstos en el Decreto Legislativo N° 689, las facilidades para la contratación de trabajadores extranjeros previstas en el Proyecto de Decreto Supremo están relacionadas a un listado de ocupaciones contenidas en su Anexo "A".

ANEXO A



CLASIFICACIÓN	
N°	Concepto
2144	Ingenieros Mecánicos
2151	Ingenieros Electricistas
2152	Ingenieros Electrónicos
2121	Profesionales de Enfermería
3115	Técnicos en Ingeniería mecánica
3139	Técnicos en control de procesos no clasificados bajo otros epígrafes
3151	Oficiales maquinistas en navegación
3152	Capitanes, oficiales de cubierta y prácticos
3511	Técnico en operación de tecnología y comunicaciones
3522	Técnicos de ingeniería de las telecomunicaciones
4321	Empleados de control de abastecimiento e inventario
4322	Empleados de servicio de apoyo a la producción
6223	Pescadores de alta mar
7211	Moldeadores y macheros

⁵ En atención al artículo 20° del Decreto Legislativo N° 1138, la Dirección General de Capitanías y Guardacostas administra, norma y ejerce control y vigilancia sobre las actividades que se desarrollan en el ámbito marítimo, las naves y artefactos navales; y, de acuerdo a los numerales 68.5 y 68.15 del artículo 68° de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-2014-DE, la mencionada Dirección General ejerce la Autoridad Marítima Nacional, la cual tiene como funciones planear, normar, coordinar, dirigir y controlar dentro del ámbito de su competencia, las actividades que se desarrollan en el medio acuático, así como normar, supervisar y certificar la formación, capacitación y titulación por competencias de las personas que desempeñan en el medio acuático, dentro del ámbito de su competencia.



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

7233	Mecánicos y reparadores de máquinas agrícolas e industriales
7412	Mecánicos y ajustadores
7421	Mecánicos y reparadores en electrónica
8160	Operadores de máquinas para elaborar alimentos y productos afines
8343	Operadores de grúas, aparatos elevadores y afines
8350	Marineros de cubierta y afines

Al respecto, cabe preguntarse si las ocupaciones listadas son ofertadas a nivel nacional por el sistema de educación superior, tanto para estudiantes nacionales como extranjeros pues, en caso ello no sea así, se reforzaría que las facilidades en la contratación de trabajadores extranjeros, conforme a ley, estén dirigidas justamente para el desempeño de dichas ocupaciones. En todo caso, sobre este punto, sugerimos que se considere la opinión que tenga a bien emitir la Dirección General de Formación Profesional y Capacitación Laboral del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo⁶, así como de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas del Ministerio de Defensa.



Finalmente, en relación al trámite de aprobación del contrato de trabajo del personal extranjero, el artículo 4° del Proyecto de Decreto Supremo dispone que el contrato de embarco "constituye contrato de trabajo y la declaración jurada de la empresa constituye el documento que acredita la calidad y capacitación del trabajador, no siendo necesaria la presentación de documento adicional (...) con excepción del comprobante de pago de los derechos correspondientes".

Cabe precisar que, si bien esta norma tiene su antecedente en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 010-2009-ED⁷, consideramos importante que se solicite la opinión de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lima Metropolitana, en relación a la exoneración de presentar los documentos que, conforme al artículo 12 del Decreto Supremo N° 014-92-TR, deben acompañar la solicitud de aprobación de los contratos de trabajadores extranjero. Recomendamos ello porque, a través de la Sub Dirección de Registros Generales, dicha Dirección Regional se encarga de aprobar y registrar los contratos de trabajadores extranjeros, en el marco de sus competencias.⁸

⁶ De acuerdo con el artículo 72° del Reglamento de Organización y Funciones del MTPE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2014-TR, "la Dirección General de Formación Profesional y Capacitación Laboral es un órgano de línea, responsable de formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, evaluar y supervisar las políticas públicas en materia de formación profesional, en lo que se refiere a la capacitación laboral (para el trabajo), reconversión profesional y formación continua en las empresas, así como en materia de convenios de modalidades formativas laborales; orientación vocacional e información ocupacional; normalización y certificación de competencias laborales y desarrollo de los recursos humanos".

⁷ El referido artículo señalaba que "para los efectos de la aprobación del contrato de trabajo del personal a que se refiere el artículo 1 del Decreto Supremo N° 023-2001-TR, el Contrato de Embarco constituye contrato de trabajo y la declaración jurada de la empresa constituye el documento que acredita la calidad y capacitación del trabajador, no siendo necesaria la presentación de documento adicional, con excepción del comprobante de pago de los derechos correspondientes".

⁸ El literal m) del artículo 78° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo establece que la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lima



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"

Asimismo, sobre la suficiencia de la declaración jurada efectuada por la empresa para acreditar la especialización, calificación o experiencia del personal extranjero que sea contratado bajo los alcances del artículo 4° del Proyecto de Decreto Supremo, consideramos necesario que se solicite la opinión de la Dirección General de Formación Profesional y Capacitación Laboral, atendiendo a que, conforme al literal c. del artículo 73° del Reglamento de Organización y Funciones del MTPE, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2014-TR, tiene por función emitir y aprobar lineamientos técnicos, directivas, mecanismos y procedimientos en el ámbito nacional y sectorial en materias de formación profesional, en lo que se refiere a capacitación laboral.

IV. CONCLUSIONES

Conforme a la anterior Constitución de 1979, el Decreto Legislativo N° 689 establece una preferencia por la contratación de personal nacional; en consecuencia, regula determinados límites para la contratación de trabajadores extranjeros. No obstante, la actual Constitución Política de 1993 no prevé ninguna contratación preferente a favor de los nacionales ni limitaciones en la contratación de trabajadores extranjeros. Corresponde llamar la atención en relación a este hecho, toda vez que, a criterio de esta Dirección, la regulación laboral debería tender a reducir las diferencias en lo que se refiere a la contratación de trabajadores nacionales y extranjeros.

Los artículos 3° y 4° del Proyecto de Decreto Supremo pretenden facilitar la contratación de trabajadores extranjeros especializados para que realicen actividades pesqueras en la Zona de Alta Mar con embarcaciones pesqueras de bandera nacional. Si bien atendiendo a sus antecedentes normativos esta iniciativa resultaría viable, recomendamos su revisión teniendo en cuenta el alcance de la exoneración prevista en el inciso e) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 689, así como la necesaria opinión de las unidades competentes del Ministerio de Defensa y del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en relación a cada uno de los temas indicados en el presente informe.

Atentamente,


.....
RENATO SARZO TAMAYO

Metropolitana tiene como función llevar los registros administrativos en el ámbito de su competencia, en aplicación de la normativa vigente.

Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)
Dirección General de Trabajo