



El régimen laboral especial de los trabajadores del hogar y los nuevos criterios técnicos para su fiscalización

Ronni David SÁNCHEZ ZAPATA^(*)

RESUMEN EJECUTIVO

El régimen laboral especial atribuible a los trabajadores del hogar ha sido materia de una particular legislación a efectos de guiar el correcto desenvolvimiento de este sector laboral en el mercado peruano. En virtud de ello, procederemos a esbozar, a través del presente informe, el régimen especial de los trabajadores del hogar, así como los alcances más importantes del proyecto que busca establecer nuevos criterios para la fiscalización de las obligaciones que tiene el empleador ante dichos trabajadores.

INTRODUCCIÓN

Dentro de los distintos regímenes laborales especiales que existen en nuestro país, existe una que regula las labores desempeñadas por personas que se dedican exclusivamente al aseo, cocina, lavado, cuidado de menores de edad, así como otras múltiples funciones propias del mantenimiento y custodia de los hogares –entendiéndose por ellos a las casas-habitaciones, residencias, condominios, unidades habitacionales particulares, etc.–, en las cuales todas las personas, usualmente, desenvuelven su vida personal y familiar.

En la medida en que este tipo de actividades se caracteriza por la ausencia de acciones lucrativas por parte del titular, se ha desarrollado todo un modelo legal laboral a efectos de regular, de modo particular, el trabajo que determinadas personas (hombre o mujeres) brindan en las unidades de vivienda familiares, y que actualmente se encuentran delimitadas por la Ley N° 27986, Ley de los Trabajadores del Hogar, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2003-TR.

Con base en ello, podemos delimitar las labores de los trabajadores del hogar, en primer lugar, por el hecho de que ellas son realizadas exclusivamente para una persona natural, en su respectiva unidad de vivienda familiar, y cuyo servicio no importe

ninguna clase de lucro a favor de la persona natural que contrata los servicios del trabajador del hogar.

Cabe resaltar que la persona natural que contrata a los trabajadores del hogar, asume el rol de empleador siempre y cuando sea el titular en el hogar materia de cuidado. Asimismo, dicha contratación puede celebrarse de forma verbal o constar por escrito; esta última modalidad es más recomendable a fin de que se puedan detallar las funciones a ser asumidas por el trabajador del hogar.

I. MODALIDADES DE TRABAJO DEL HOGAR

La prestación de este particular servicio se puede realizar bajo dos modalidades, las mismas que se encuentran delimitadas por la normativa laboral del modo siguiente:

- i. **Modalidad cama afuera;** Por la cual el trabajador del hogar presta los servicios sin residir día y noche dentro de la unidad familiar. Es decir, le dedica un horario específico, previamente acordado y establecido entre las partes para la prestación del servicio para el cual es contratado. No existe, en dicho caso, la obligación de brindarle al trabajador del hogar un hospedaje dentro de la unidad familiar.
- ii. **Modalidad cama adentro;** Por esta modalidad, el trabajador del hogar habita efectivamente en la unidad familiar en la cual presta los servicios.

^(*) Abogado, Asesor de Soluciones Laborales. Titulado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Especialista en Derecho Corporativo, miembro de la orden en el Colegio de Abogados de Lima.

Ello no conlleva que no se respete la jornada ordinaria máxima de trabajo que se le puede establecer (ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales). Además, la persona que contrata sus servicios sí se encuentra obligado a brindar hospedaje, alimentación, así como las facilidades necesarias para que cubra o asista a un centro de estudios –independientemente del nivel en el cual se encuentre cursando estudios el trabajador del hogar–, cuando así lo decida dicho trabajador.

II. NATURALEZA DE CONFIANZA DE LAS LABORES DEL HOGAR

Un rasgo particular de la actividad desempeñada por los trabajadores del hogar es el hecho de que por el contacto que mantienen con los distintos acontecimientos que suelen suceder en el interior de todo hogar, estos trabajadores tienen un deber de reserva sobre la información privada, lo que los califica dentro de los parámetros de la figura del trabajador de confianza.

De este modo, la desvinculación del trabajador del hogar puede realizarse sin expresión de causa justificante. Sin embargo, esto no quiere decir que la normativa laboral no le atribuya protección alguna contra el despido que pudieran sufrir, cuando este sea manifiestamente arbitrario. En efecto, el artículo 7 del D.S. N° 015-2003-TR dictamina que el empleador podrá separar del empleo al trabajador sin expresión de causa, dándole un preaviso de quince (15) días o pagándole una indemnización equivalente a la remuneración total de quince (15) días si prescindiera de este preaviso.

III. DERECHOS Y BENEFICIOS DE LOS TRABAJADORES DEL HOGAR

La normativa que regula el servicio que prestan los trabajadores del hogar ha establecido una serie de criterios por los cuales se delimita que sus beneficios tienen una naturaleza más reducida respecto de lo otorgado a los trabajadores en general, lo cual, a nuestro entender, lesiona y segmenta este tipo de contratación.

Los trabajadores del hogar gozan de los siguientes derechos y beneficios:

- Protección frente a la jornada laboral máxima permitida. Su incumplimiento puede ser observado por el trabajador y fiscalizado por la Autoridad de Trabajo.

- Otorgamiento del descanso semanal obligatorio y en días feriados, cuyo cumplimiento puede dejarse a criterio del empleador en caso de que decida sustituir dicho día de descanso por labores efectivas en ese día. En ese caso, la ley le exige el otorgamiento de una sobretasa por la labor efectuada a razón del cincuenta por ciento (50%) del valor día.
- Otorgamiento de un periodo de descanso vacacional remunerado equivalente a quince (15) días luego de un año continuo de servicios.
- Otorgamiento de pago directo a cargo del empleador por concepto de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), el que es equivalente a la mitad de una remuneración mensual por cada año efectivo de trabajo por parte del trabajador.
- Otorgamiento de gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad a razón del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual percibida por el trabajador en cada una de dichas oportunidades (generalmente en los meses de julio y diciembre).
- Otorgamiento de un seguro de salud obligatorio a cargo del empleador para la cobertura de sus contingencias de salud a las cuales, por la naturaleza de sus servicios, estos trabajadores se encuentran comúnmente expuestos. Del mismo modo, tendrán la opción de poder aportar al sistema previsional que deseen (Nacional - ONP o Privado - AFP), debiendo brindar el empleador todas las facilidades para ello.
- Otorgamiento de beneficios adicionales relativos a condiciones básicas para la prestación del trabajo, más aún tratándose de la modalidad cama adentro por la cual la norma atribuye la obligación del empleador de brindar alimentación, hospedaje en condiciones razonables y salubres, así como la posibilidad de pactar horarios adecuados para que el trabajador del hogar pueda realizar sus estudios respectivos.
- Del mismo modo, la normativa que regula las labores de los trabajadores del hogar ha estipulado la protección de esta clase de trabajadores contra las situaciones de discriminación, así como actos de hostigamiento sexual que puedan producirse al interior de la unidad familiar donde se presta servicio efectivo o fuera de esta.

IV. OTROS ASPECTOS NORMATIVOS IMPORTANTES

A continuación, repasaremos los supuestos más importantes a tener en cuenta en este sector laboral:

1. Comprobación de la relación laboral

La Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT), a efectos de poder comprobar la existencia de una relación laboral, puede realizar constataciones al momento de llevarse a cabo las actuaciones inspectivas. Esto quiere decir, que a través del rol fiscalizador de Sunafil, se puede observar hechos que lleven a los inspectores de trabajo a determinar la existencia de una relación laboral efectiva, en función de los indicios y/o presunciones que se pueden observar (Por ejemplo: encontrar objetos de aseo personal, como cepillo de dientes, peines, etc., del trabajador del hogar en un ambiente acondicionado para que este preste sus servicios, etc.).

2. Condiciones de trabajo en la modalidad cama adentro

- Los trabajadores del hogar tienen derecho a que el empleador les brinde alimentación y hospedaje sin trasladar su costo efectivo al trabajador. El hospedaje que se le brinde debe cumplir con las condiciones de higiene y salubridad acorde a la dignidad de toda persona. Del mismo modo, se debe garantizar la privacidad de dicho ambiente ofrecido evitando indebidas irrupciones que pongan en riesgo o peligro inminente la integridad física o psíquica del trabajador del hogar (respeto por las condiciones de seguridad en dichos ambientes).
- Fuera de la jornada de trabajo estipulada, el trabajador del hogar puede hacer libre uso de su tiempo, no encontrándose sujeto a fiscalización inmediata alguna por parte de su empleador.

3. Prevención de los actos de hostigamiento sexual

- Los empleadores que contraten los servicios de trabajadores del hogar están obligados a garantizar su seguridad e integridad dentro del ambiente del hogar, así como en aquellos lugares donde el trabajador acuda en virtud a la prestación de sus servicios.
- Para el caso de trabajadores del hogar menores de edad que se encuentren entre los rangos de catorce (14) a dieciocho (18) años, su contratación deberá darse en virtud de una causa específica.

Es deber del empleador adoptar las medidas necesarias para resguardar la libertad sexual de dicho trabajador.

- Tiene mayor incidencia en el desarrollo de la potestad fiscalizadora, por parte de Sunafil, las labores tendientes a prevenir y sancionar todo aquellos actos o conductas ligadas a la presencia de la figura del hostigamiento sexual en perjuicio del trabajador del hogar.

4. Prohibición de incurrir en conductas que afecten la dignidad del trabajador del hogar

El ejercicio de la facultad directriz del empleador no puede conllevar a la afectación de la dignidad del trabajador u otros derechos fundamentales (como el honor y la reputación por ejemplo). En tal sentido, se ha establecido lo siguiente:

- No puede obligarse a los trabajadores del hogar a usar uniformes de trabajo o distintivos característicos a sus funciones, en lugares o espacios abiertos al público en general.
- Al momento de impartirse las órdenes o directrices por parte del empleador, este deberá abstenerse de realizar cualquier acto de carácter vejatorio o discriminatorio (como el uso de sobrenombres y/o adjetivos calificativos o el impedimento de acceso o ingreso a lugares de uso común), configurando su realización supuestos de hostilidad laboral en contra del trabajador del hogar.

5. Constatación de la labor realizada por menores de edad

- Los niños, niñas y adolescentes menores de catorce (14) años de edad están prohibidos de realizar trabajo doméstico u de hogar.
- Los adolescentes mayores de catorce (14) años y menores de dieciocho (18) años de edad, no pueden prestar servicio doméstico en los siguientes supuestos:
 - i) Cuando la realización del servicio implique contacto o exposición a productos químicos, sustancias tóxicas, cáusticas, vapores y gases tóxicos, sustancias corrosivas y elementos inflamables que pongan en inminente riesgo la integridad física del trabajador del hogar menor de edad.
 - ii) Cuando la actividad a realizarse sea de cuidado y vigilancia de ancianos, enfermos, bebés, niñas, niños o parientes; así como, de predios y lugares que requieran protección, ya que ponen en riesgo la propia seguridad e integridad de los personas.

iii) Cuando el trabajo doméstico es realizado en lugar distinto al del hogar familiar (Por ejemplo, casa de terceros, clubes de esparcimiento, etc.) bajo la modalidad “cama adentro” y que impidan la supervisión o inspección del trabajo realizado.

- La fiscalización del trabajo de los trabajadores del hogar deberá verificar la prestación libre, efectiva y con el debido consentimiento por parte de los trabajadores del hogar adolescentes.

Cabe resaltar que en caso de constatare el incumplimiento de estas exigencias respecto de los trabajadores adolescentes, el inspector de trabajo dará parte –vía comunicación expresa– a la autoridad competente, procediendo a revocar la autorización brindada, y sancionando administrativa o judicialmente los incumplimientos respectivos.

V. PROYECTO PARA LA FISCALIZACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE LOS EMPLEADORES QUE CONTRATEN LOS SERVICIOS DE TRABAJADORES DEL HOGAR

Mediante la Resolución de Superintendencia N° 050-2015-Sunafil, publicada

el 28 de marzo del año en curso en el diario oficial *El Peruano*, se dispone la publicación del proyecto de “Directiva de fiscalización de las obligaciones del régimen de los trabajadores y trabajadoras del hogar” (en adelante, el proyecto). A continuación, se destacarán los aspectos más importantes:

1. Sobre la comprobación de la relación laboral

En el desarrollo de las labores que presta el trabajador del hogar, el inspector de trabajo cuenta con dos mecanismos alternativos a la visita inspectiva, para establecer la configuración y existencia efectiva de la relación de trabajo: ver cuadro N° 1.

2. Sobre la visita de inspección en el domicilio del empleador

Los inspectores de Sunafil pueden ejercer su función fiscalizadora en el mismo domicilio del empleador, es decir, donde el trabajador del hogar presta efectivamente el servicio. Para ello, el proyecto establece las siguientes pautas: ver cuadro N° 2.

Asimismo, el proyecto detalla un cúmulo de acciones que poseerá el inspector de trabajo a efectos de lograr ingresar al domicilio del sujeto inspeccionado: ver cuadro N° 3.

CUADRO N° 1	
Mecanismos de comprobación de relación laboral sin necesidad de visita inspectiva	
1.	A través del Registro de Empleadores de Trabajadores del Hogar y Derechohabientes a cargo de la Sunat, la verificación de un contrato escrito, y las constancias de pago que recibe el trabajador por parte del empleador.
2.	La comprobación indirecta de la presencia física del trabajador en el domicilio del empleador inspeccionado realizando actividades afines a las propias del trabajo del hogar, por intermedio de testigos, terceros o personal relacionado al centro de trabajo (tales como los administradores del edificio, vigilantes del mismo o similares), o a través de fotos, cartas y otros medios de prueba que pudieran haber sido recabados por el inspector comisionado durante la comprobación de datos y entrevista.

CUADRO N° 2	
Visita de inspección	
Características de la persona responsable para atender la fiscalización	La persona responsable del hogar debe reunir las siguientes características: <ul style="list-style-type: none"> • Cuenta con capacidad de ejercicio (mayor de 18 años de edad). • Ejerce por capacidad alguno de los contenidos del poder de dirección; organización, supervisión, control y/o sanción respecto del trabajo prestado o el trabajador del hogar. • Es el responsable del pago de la remuneración pactado con el trabajador del hogar.
De la autorización para el ingreso al domicilio del sujeto inspeccionado	<ul style="list-style-type: none"> • En la primera visita inspectiva, el inspector comisionado deberá solicitar al sujeto inspeccionado o persona que lo atienda, la autorización para ingresar al domicilio. • De no obtener la autorización respectiva para su ingreso al centro donde se presta el servicio, el inspector procurará interrogar al sujeto inspeccionado o responsable en la puerta del domicilio a efectos de recabar la debida información que le permita requerir la documentación que estime pertinente. Esto se llevará a cabo sin perjuicio de su facultad de solicitar la presencia física del empleador o sujeto inspeccionado en las oficinas de la Sunafil.

3. Verificación del vínculo laboral y cese de actividades riesgosas para los trabajadores del hogar adolescentes

Las siguientes son consideradas acciones o labores riesgosas para un trabajador del hogar cuando este es adolescente (es decir, cuando su edad fluctúa entre los catorce y dieciocho años de edad):

- Contacto o exposición a productos químicos, sustancias tóxicas, cáusticas, vapores y gases tóxicos, sustancias corrosivas y elementos inflamables debido a que se manipulan en la esfera doméstica, como por ejemplo: Uso de ácido muriático, lejía, desinfectantes, plaguicidas, insecticidas y similares.
- Cuidado y vigilancia de ancianos, enfermos, bebés, niñas, niños o parientes; así como, de predios y lugares que requieran protección, y cuya integridad esté sujeta al desempeño de un adolescente, poniendo en riesgo su propia seguridad e integridad de las demás personas.
- Trabajo doméstico en lugar distinto al del hogar familiar (Por ejemplo, casa de terceros familiares o no, bajo la modalidad "cama adentro") y que impidan la supervisión o inspección del trabajo realizado.
- Las condiciones de trabajo evidencian una situación de privación del libre tránsito o la comunicación del trabajador o la trabajadora del hogar.

Para todos los casos antes detallados, el inspector designado procederá de forma inmediata a decretar el cese de las labores, dejando constancia del hecho en documento respectivo y sin perjuicio de exigir al empleador el pago de las remuneraciones y beneficios laborales pendientes de pago. Además, y de ser el caso, deberá atender la Directiva General N° 002-2012-MTPE/2/16 y el Protocolo de Actuación Sectorial en Materia de Trabajo Infantil.

4. Formas de realizar otras comprobaciones de la relación laboral

El proyecto bajo comentario propone las siguientes formas de comprobación laboral para este sector de trabajo: ver cuadro N° 4.

5. De las situaciones especiales

El proyecto bajo comentario establece ciertas situaciones particulares que tienen incidencia en la determinación de la función fiscalizadora que ejercerán los inspectores de Sunafil, estableciendo las siguientes situaciones: ver cuadro N° 5.

CUADRO N° 3	
Acciones permitidas para el ingreso del inspector al domicilio del sujeto inspeccionado o presumible empleador	
Autorización denegada	De haber procedido, según especifica el proyecto y en la medida de que la autorización para el ingreso sea denegada al inspector, este deberá informar dicha circunstancia a su superior inspector o al funcionario regional que haga sus veces. Posteriormente, solicitará al juzgado de paz letrado de la localidad respectiva donde reside el sujeto inspeccionado o empleador, la autorización de ingreso, según refiere el art. 67 de la Ley N° 29497 (NLPT).
Información al empleador	Al apersonarse el inspector comisionado al domicilio del sujeto inspeccionado, deberá informar al empleador sobre su obligación de colaborar con la inspección en virtud de la autorización judicial o la cuantía de la multa administrativa correspondiente, en caso incumpla con tal deber. Cabe resaltar que la multa aplicable a este caso concreto por la negativa injustificada del empleador está tipificada en el numeral 46.1 del art. 46 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo – Obstrucción a la labor inspectiva.
Información al superior	Ante la negativa en el ingreso, pese a tener el inspector designado la autorización judicial respectiva, este tendrá que informar a su supervisor o quien haga sus veces en el ámbito regional, quien pondrá en conocimiento el hecho a la procuraduría pública competente a efectos de dar inicio a las medidas penales respectivas.

CUADRO N° 4	
Comprobación de relación laboral efectiva	
Centro de trabajo	Una vez comprobada la existencia de la relación laboral, el domicilio donde se realiza el trabajo para el hogar debe ser considerado el centro de trabajo efectivo del trabajador para todos los efectos laborales y legales.
Condiciones contractuales	En caso se verifique la inexistencia de contratación por escrito y el empleador niegue una contratación verbal con el trabajador del hogar, prevalecerá la constatación de la realidad frente a la información que pudiese desprenderse de la documentación escrita o las declaraciones de las partes (primacía de la realidad aplicable a este procedimiento).
Orden de comparecencia	El inspector comisionado puede extender una orden de comparecencia al sujeto inspeccionado al momento de comprobarse la existencia de vinculación laboral o cuando este no se hubiere encontrado en el momento de la visita inspectiva o según sea, cuando lo considere necesario para el esclarecimiento de algún aspecto de la investigación. Dejando constancia de la entrega a algún sujeto o sino al buzón, bajo puerta o al portero, de ser el caso.
Intervención de trabajador en la comparecencia	El inspector de trabajo consultará al trabajador del hogar si desea estar presente en la comparecencia a la que cita al sujeto inspeccionado, procediéndose a citar en hora y fecha de la comparecencia previamente pactada con el sujeto inspeccionado –reunión tripartita–. Se debe tener en cuenta que cuando el sujeto inspeccionado o su representante no asistan a la comparecencia respectiva, corresponde la imposición de multa en virtud a la configuración de la infracción a la labor inspectiva, tipificada en el numeral 46.10 del art. 46 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.

CUADRO N° 5		
Situaciones especiales		
Posibilidad de cursar estudios	Según refiere el proyecto, el hecho de que un empleador que contrate los servicios de un trabajador del hogar mediante la modalidad "cama adentro" y no le otorgue las facilidades para su asistencia regular a un centro de estudios fuera de la jornada de trabajo, puede conllevar a que el inspector de trabajo efectúe el requerimiento respectivo para garantizar el cumplimiento de las disposiciones que establecen como obligación del empleador otorgar este permiso y/o facilidades al trabajador.	Numeral 24.13 del art. 24 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.
Actos hostiles o de hostigamiento sexual	En caso de detectarse actos de hostilidad u hostigamiento sexual, así como cualquier otro acto que afecte la dignidad del trabajador, el inspector comisionado podrá sancionar debidamente dichos actos en contra del trabajador.	Numeral 25.14 del art. 25 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.
Riesgo para la salud	La verificación de labores que impliquen grave riesgo para la salud e integridad física de los trabajadores del hogar –condiciones dañosas–, puede ser observada y sancionada por el inspector respectivo.	Numeral 27.1 del art. 27 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.
Etapas de embarazo	En caso de detectarse que la trabajadora del hogar, estando embarazada o en período de lactancia, no goza de los derechos y beneficios reconocidos por las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras gestantes, podrán los empleadores respectivos ser pasibles de multa, llegándose a determinar dicho supuesto en la fiscalización arribada.	Numeral 25.16 del art. 25 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.

Fiscalización del cumplimiento de la cuota de empleo para personas con discapacidad

RESUMEN EJECUTIVO

Luis Ricardo **VALDERRAMA VALDERRAMA**(*)

El presente artículo analiza los criterios técnicos emitidos por la Autoridad de Trabajo que se deben tomar en cuenta a efectos de afrontar una fiscalización laboral relacionada con el cumplimiento de la cuota de empleo a favor de las personas con discapacidad. Cabe indicar que en el caso de los empleadores del Sector Privado con más de 50 trabajadores, resulta obligatorio contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 3% de la totalidad de su personal.

INTRODUCCIÓN

El 13 de mayo del año en curso, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Resolución Ministerial N° 107-2015-TR, que aprueba la norma técnica denominada "Normas complementarias para la aplicación y fiscalización del cumplimiento de la cuota de empleo para personas con discapacidad aplicable a los empleadores privados" (en adelante, Norma Técnica).

Este dispositivo fue emitido en el marco de lo establecido en la Sexta y la Séptima Disposiciones Complementarias Finales del Reglamento de la Ley N° 29973, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP, las cuales indican que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) está a cargo de fijar los criterios para la determinación de las empresas obligadas a cumplir con la cuota laboral en el Sector Privado, la base de cálculo y el número de trabajadores con discapacidad con los que deberán contar las empresas obligadas por Ley; así como de emitir o modificar sus instrumentos normativos para la fiscalización del cumplimiento de la cuota laboral; respectivamente.

De ese modo, el presente informe busca ampliar los aspectos regulados en la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, y su reglamento, a fin de aclarar las exigencias relativas al cumplimiento de la cuota de empleo.

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En concordancia con el artículo 49 de la Ley N° 29973, la Norma Técnica indica que ella es de obligatorio cumplimiento para:

- Los empleadores privados, con o sin fines de lucro, que cuenten con más de cincuenta (50) trabajadores.
- La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, como organismo especializado

adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y encargado de las competencias y funciones establecidas en el artículo 3 de la Ley N° 28806, Ley General del Sistema de Inspección de Trabajo.

- Los gobiernos regionales, en el marco de las competencias y funciones establecidas en el artículo 3 de la Ley N° 29981.
- Los gobiernos regionales que, a través de las Direcciones o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo gestionan servicios de Bolsa de Trabajo y de Acercamiento Empresarial que se prestan en el Centro de Empleo, así como las entidades articuladas.
- Los órganos competentes del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

II. CÁLCULO DE LA CUOTA DE EMPLEO

1. Determinación del empleador obligado

Los empleadores obligados al cumplimiento de la cuota de empleo no inferior al 3% de la totalidad de su personal, son aquellos que cuentan con más de cincuenta (50) trabajadores en el periodo anual establecido para su cálculo, de acuerdo con las reglas fijadas en los apartados II.2 y II.3 de este informe.

2. Determinación de los trabajadores en condición de discapacidad

El cálculo de la cuota de empleo se realiza sobre la planilla total del empleador declarada en la Planilla Electrónica, cualquiera sea el número de centros de trabajo y cualquiera sea la modalidad de contratación laboral que vincule directamente a los trabajadores con el empleador, incluyendo aquellos en modalidad de teletrabajo.

Además, hay que tomar algunas pautas especiales para determinar desde qué momento se considera

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios concluidos de maestría en la especialidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la misma casa de estudios. Asesor laboral de *Soluciones Laborales y Contadores & Empresas*.

al trabajador en condición de discapacidad. A estos efectos, se observan dos supuestos:

- **Si el trabajador adquirió la condición de discapacidad desde antes de iniciar su relación laboral, pero obteniendo la certificación de discapacidad con posterioridad al inicio de la misma:** Se considerará trabajador con discapacidad desde el inicio de la relación laboral, para lo cual el empleador realizará la subsanación correspondiente en el registro de la Planilla Electrónica.
- **Si el trabajador adquirió la condición de discapacidad con posterioridad al inicio de su relación laboral, y obtiene el certificado de discapacidad:** Se considerará trabajador con discapacidad desde el momento en que adquirió esta, para lo cual el empleador debe realizar la subsanación correspondiente del registro en Planilla Electrónica.

Finalmente, se indica que el trabajador está facultado para exigir a sus trabajadores la obtención del certificado que acredite la condición de discapacidad, de conformidad con lo establecido la normativa sobre la materia, debiendo brindar las facilidades para el inicio y el seguimiento del procedimiento de certificación correspondiente (como permisos y licencias).

3. Periodo anual para el cálculo de la cuota de empleo

Además de lo indicado en el apartado anterior, para el cálculo de la cuota de empleo se tomará en consideración el número de trabajadores registrados por el empleador en la Planilla Electrónica, en el periodo comprendido **entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de cada año.**

Además, se pueden presentar tres casos especiales a tomar en cuenta:

- **Si los empleadores inician sus actividades durante el primer semestre de año:** La cuota de empleo se calcula proporcionalmente al número de meses transcurridos hasta el 31 de diciembre.
- **Si los empleadores inician sus actividades durante el segundo semestre:** El cálculo de la cuota de empleo se inicia en el periodo anual siguiente.
- **En caso de fusiones empresariales o circunstancias análogas:** El cálculo de la cuota de empleo se realiza considerando individualmente a cada empresa respecto de los periodos anteriores a la fusión, y en forma conjunta a partir de esta.

4. Estimación anual del número de trabajadores

La estimación anual del número de trabajadores es ponderada y se calcula de acuerdo con los siguientes criterios y valores (ver cuadro N° 1).

Establecidos los valores, cuando el número de trabajadores resultantes sea un número con más de un decimal, la cifra referida a las décimas se redondea a la inmediata superior si la cifra centesimal es igual o superior a 5 (≥ 0.05).

5. Base de cálculo y cómputo de la proporción

El número de trabajadores en el año de un empleador –calculado de acuerdo con los criterios y valores del cuadro N° 1– es la base de cálculo sobre la cual se aplica la cuota de empleo. A partir de esta información, se calcula el número de trabajadores con discapacidad con que debe contar el empleador de la forma siguiente:

CUADRO N° 2	
Fórmula para calcular el número de trabajadores con discapacidad	
$NTA^* \times 0.03 = NTD^{**}$	
* NTA:	Número de trabajadores en el año de un empleador.
** NTD:	Número de trabajadores con discapacidad con que debe contar el empleador.

Ahora bien, cuando el número de trabajadores con discapacidad resultante sea un número con más de un decimal, la cifra referida a las décimas se redondea a la inmediata superior si la cifra centesimal es igual o superior a 5 (≥ 0.05).

III. FISCALIZACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA CUOTA DE EMPLEO

1. Inicio de la fiscalización

La fiscalización laboral del cumplimiento de la cuota de empleo se inicia con la

CUADRO N° 1	
Criterios para establecer el número de trabajadores en el año de un empleador	
Supuestos	Valores
Trabajador que laboró en todo el periodo anual.	Equivale a uno (1).
Trabajador que laboró por fracciones del año.	Equivale a tantos dozavos como meses hayan laborado.
Trabajador que laboró por días.	Se calcula por treintavos del dozavo.
Trabajador con contrato de suplencia y trabajador titular suplantado.	Ambos periodos se computan en la fracción correspondiente, según los periodos efectivamente laborados.

revisión de la Planilla Electrónica a efectos de determinar:

- Los empleadores obligados a cumplir con la cuota de empleo.
- El número de trabajadores con discapacidad con que debe contar cada empleador obligado.
- El número de trabajadores con discapacidad con los que ha contado el empleador obligado.
- Los empleadores que cumplieron e incumplieron con la cuota de empleo

2. Subsanación de la infracción

El inspector de trabajo emitirá un requerimiento a los empleadores que hayan incurrido en el incumplimiento de la cuota de empleo, a efectos de que procedan a subsanar la omisión detectada **dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del requerimiento.**

En caso de omisión o error en el registro de los trabajadores con discapacidad en la Planilla Electrónica, que incide en la verificación del incumplimiento de la cuota de empleo, el empleador podrá subsanarla durante la fiscalización presentando el o los certificados de discapacidad correspondientes. En dicho caso, la Inspección del Trabajo efectúa un nuevo cálculo y determina el cumplimiento o incumplimiento de la cuota de empleo, debiendo realizar las acciones siguientes:

- **Si se determina el cumplimiento de la cuota de empleo:** Se pone fin a la fiscalización con el informe correspondiente.
- **Si persiste el incumplimiento:** El inspector proseguirá el procedimiento, según los alcances del numeral 56.4 del artículo 56 del Reglamento de la Ley N° 29973.

Los casos de fraude o falsedad en la información proporcionada por el empleador, son sancionables de acuerdo con la normativa sobre inspección del trabajo.

3. Acta de infracción por incumplimiento de la cuota de empleo

De no haberse producido la subsanación, el inspector de trabajo remite las actas de infracción por incumplimiento de la cuota de empleo, a efectos del inicio del procedimiento sancionador correspondiente. El contenido mínimo del acta es el siguiente:

- Identificación del empleador responsable, con expresión de su razón social, domicilio y actividad económica.
- La información contenida en la Planilla Electrónica, que sustenta los hechos en los que se fundamenta el acta.
- La infracción con especificación del numeral 49.1 del artículo 49 de la Ley N° 29973.
- La sanción que se propone, su cuantificación y graduación, con expresión de los criterios utilizados a dichos efectos. De apreciarse la existencia de reincidencia en la comisión de una infracción, debe consignarse dicha circunstancia con su respectivo fundamento.
- La fecha del acta y los datos correspondientes para su notificación.

IV. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

1. Inicio del procedimiento

El procedimiento sancionador se inicia a mérito de las actas de infracción por incumplimiento de la cuota de empleo, documento que se notificará al empleador responsable. Este, en un plazo de quince (15) días hábiles podrá presentar sus descargos, amparándose exclusivamente en alguno de los supuestos regulados en el numeral 56.4 del artículo 54 del Reglamento de la Ley N° 29973, a efectos de eximirse de la sanción.

2. Criterios a tomarse en cuenta en los descargos

A continuación, se indicará qué debe acreditarse para formular los descargos con el objeto de justificar el incumplimiento de la cuota de empleo (ver cuadro N° 3).

3. Otros criterios para justificar el incumplimiento de la cuota de empleo

Las Normas Técnicas establecen una serie de situaciones que pueden dificultar la incorporación de trabajadores con discapacidad, justificándose así el incumplimiento de la cuota de empleo. Estas razones son:

- **Razones de orden técnico vinculadas al puesto de trabajo:** Son aquellas que sustentan de manera objetiva el alto nivel de especialización de competencias exigidas para el puesto de trabajo, de escasa oferta en el mercado formativo o laboral nacional; y que coadyuvan a explicar la nula o escasa participación de las personas con discapacidad en la convocatoria y proceso de selección realizados.
- **Razones de riesgo vinculadas al puesto de trabajo:** Son aquellas que sustentan de manera objetiva que, pese a haberse cumplido con las obligaciones en materia de seguridad y salud respecto al puesto de trabajo conforme a la legislación de la materia y, haberse previsto los ajustes razonables mínimos al puesto para ser ocupado por una persona con discapacidad, los riesgos laborales para la seguridad y salud en el puesto persisten para la persona con discapacidad; lo que coadyuva a explicar la nula, escasa o no pertinente participación de las personas con discapacidad en la convocatoria realizada.

Además, también delimita un conjunto de pautas vinculadas con las ofertas de empleo y los procesos de evaluación, regulados por el numeral 56.4 del artículo 56 del Reglamento de la Ley N° 29973, los cuales deben ceñirse a lo siguiente:

- No se consideran requisitos discriminatorios a aquellas exigencias esenciales para el desempeño del puesto ofertado. El empleador acredita la oferta de empleo no discriminatoria presentando el documento o la impresión de la oferta de empleo, tal y como se ha difundido.
- Se considera que el empleador ofertó el puesto de trabajo a través de la Bolsa de Trabajo del Centro de Empleo o servicios prestados por entidades articulados a este, cuando remitió a la Bolsa de Trabajo la oferta de empleo con un plazo de 10 días calendario previos al inicio del proceso de selección, siguiéndose el procedimiento establecido para dicho caso. Se acredita este requisito con la constancia emitida por el servicio de Bolsa de Trabajo o entidades articuladas al Centro de Empleo.
- Se considera que el empleador garantizó que los procesos de evaluación específicos permitan la efectiva participación de las personas con discapacidad que postulen, cuando brindó las condiciones adecuadas de acceso a los ambientes donde se desarrollaron las etapas del proceso y realizó la adecuación de las pruebas y evaluaciones u otras, tomando en cuenta los requerimientos y necesidades de los postulantes con discapacidad. El empleador puede acreditar este requisito documentando haber seguido las pautas recomendadas por el servicio de Bolsa de Trabajo de conformidad el procedimiento respectivo.

CUADRO N° 3

Modos de justificar el incumplimiento de la cuota de empleo

Supuestos		Hechos que debe acreditar el empleador
1	No haber generado, en el año, nuevos puestos de trabajo o vacantes por cubrir por la terminación del vínculo laboral en cualquiera de sus causas ^(*) .	<ul style="list-style-type: none"> • Que el número de trabajadores y los trabajadores son los mismos a los registrados en la planilla electrónica del año anterior*. • Que el número de trabajadores de la empresa disminuyó, sin haberse generado convocatorias de personal para cubrir los puestos vacantes*.
2	De haberse generado vacantes en el año.	Que ha desarrollado una conducta diligente para asegurar, con los medios disponibles, que las convocatorias y los procesos de evaluación realizados para cubrir dichos puestos, han sido dirigidos en número suficiente para cumplir con la cuota de empleo, y en cada caso, acreditar la ocurrencia de las circunstancias y su concurrencia.

(*) A efectos de la acreditación, los trabajadores con contrato de suplencia no se consideran nuevos trabajadores, ni personal que cubre puestos vacantes.

Extinción de la relación laboral por muerte del trabajador

RESUMEN EJECUTIVO

Ronni David **SÁNCHEZ ZAPATA**(*)

El presente informe diseña un tratamiento específico respecto de uno de los supuestos de extinción de las relaciones laborales, puntualmente, el relacionado al fallecimiento del trabajador. En tal sentido, se centrará en los aspectos más importantes que el empleador debe tener presente para atender las obligaciones frente a la muerte del trabajador, como el pago de la remuneración y beneficios laborales dejados de percibir por el trabajador.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, se han regulado los aspectos relacionados a la contratación de los trabajadores, así como los supuestos en que se produce el cese, con la consiguiente extinción del vínculo laboral. Desde esta perspectiva, tanto el empleador como el trabajador tienen certeza respecto de los derechos y obligaciones principales que nacen y se les atribuyen. Sin embargo, existen algunos aspectos que no han quedado plenamente definidos por las normas laborales, especialmente en aquel supuesto relacionado a la extinción del vínculo de trabajo por causa de fallecimiento del trabajador, regulado por el inciso a) del artículo 16 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

En tal sentido, el siguiente informe es un tópico para dotar de las herramientas respectivas al procedimiento de pedido del otorgamiento de los derechos y beneficios que han quedado pendientes de ser liquidados, para el caso de los trabajadores.

I. SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

Entendemos por extinción del contrato de trabajo a la terminación de la relación laboral instaurada entre dos personas –una natural o jurídica, denominada empleador y, la otra eminentemente natural, denominada trabajador–, por causas expresamente establecidas en la normativa respectiva, que origina

el término, de manera definitiva, tanto de las obligaciones como los derechos de cada una de las partes. No obstante, cabe precisar que esto da paso al otorgamiento de los beneficios laborales que el trabajador haya adquirido a lo largo de la duración de la relación laboral, además de la exigencia de entrega de ciertos documentos, por ejemplo, la emisión del certificado de trabajo.

Expuesto así el tema, pasaremos a repasar los supuestos de terminación de la relación laboral, los que taxativamente se encuentran establecidos en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR, en su artículo 16 y siguientes (ver cuadro N° 1).

II. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR MUERTE DEL TRABAJADOR

Una situación especialmente particular la constituye el supuesto de extinción del vínculo laboral a causa del fallecimiento del trabajador por las implicancias particulares que esto genera al empleador. Veamos por qué: Toda relación laboral se encuentra plenamente establecida como tal, cuando se configuran la integración de tres elementos esenciales –como sabemos, estos son: subordinación, remuneración y prestación personal del servicio–. Cuando uno de estos tres elementos característicos desaparece o se imposibilitan sus efectos dentro de la relación laboral suscitada, ello tiende a ocasionar la ruptura del vínculo laboral.

CUADRO N° 1	
Supuestos de extinción de la relación de trabajo	
Supuesto de extinción	Imputabilidad de la extinción
1.- Muerte de trabajador o empleador si es persona natural	- Ninguna de las partes
2.- Renuncia o retiro voluntario	- Del trabajador
3.- Terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad	- Ninguna de las partes
4.- Mutuo disenso	- Ambas partes
5.- Invalidez absoluta permanente	- Del trabajador
6.- La jubilación	- Ambas partes
7.- El despido, en los casos y forma permitidos por la ley	- Del empleador
8.- La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por ley	- Del empleador o atribuible a él

(*) Abogado, Asesor de Soluciones Laborales. Titulado en Derecho por la Universidad San Martín de Porres. Especialista en Derecho Corporativo, miembro de la orden en el Colegio de Abogados de Lima

Por ende, cuando el trabajador fallece, deja de subsistir el elemento de la prestación personal del servicio (entendiéndose a dicha prestación personal como el esfuerzo físico o intelectual que realiza una persona natural, necesariamente, de forma personal, propia y directa), por lo cual, la relación laboral deja de existir. Ello se debe a que sin la presencia física del trabajador, no se podría sostener el vínculo laboral, haciéndose intrascendente, definitivamente, la subsistencia de los demás elementos característicos que configuran dicho vínculo –subordinación y remuneración–. En dicho sentido, al ser la prestación personal un elemento esencial atribuible a la configuración de toda relación de carácter laboral, podemos concluir que sin dicho elemento, esta se extingue válidamente, debido a la muerte o fallecimiento del trabajador.

De este modo, al operarse la extinción del vínculo laboral, subsiste la obligación de que, pese a la inexistencia física del trabajador, el empleador tenga que reconocer y abonar la remuneración respectiva dejada de percibir por parte del trabajador fallecido –de ser el caso–, y a su vez, tenga que establecer la liquidación de los beneficios sociales adquiridos por dicho trabajador.

Surge allí la incógnita respecto de quien o que persona sería la llamada a cobrar dichos conceptos en representación del trabajador o, por decirlo de otro modo, a quien le correspondería que le sean legítimamente entregados las remuneraciones y los beneficios laborales acumulados por el trabajador fallecido. Para responder esta incógnita procederemos a exponer los siguientes supuestos:

1. Trabajador que fallece dejando testamento

Surge la posibilidad de que el trabajador fallecido haya tenido la previsión de dejar un testamento, nombrando a las personas –específicamente atribuidas por él– para que hagan el cobro legítimo de todos sus bienes y demás conceptos, dinerarios o no, que sean de su exclusiva propiedad, aunándose a ellos, lógicamente, el pago de las remuneraciones pendiente de abonar a su favor y los beneficios sociales que le corresponden por el trabajo realizado a favor de uno o alguno de sus empleadores.

En tal sentido, dicha o dichas personas herederas del causante (trabajador fallecido), estarán plenamente facultadas para poder realizar el cobro de las remuneraciones y beneficios sociales impagos –claro está, una vez realizado el proceso de apertura y lectura del testamento respectivo, el cual además deberá cumplir

con haberse otorgado respetando todas las formalidades enmarcadas en el Código Civil Peruano, Libro de Sucesiones–, incluso podrán realizar el cobro de otras sumas, dinerarias o no, adeudadas por el empleador a favor del trabajador fallecido, en la medida de que así se haya expresado en el testamento.

Ahora bien, hay que tomar en cuenta un aspecto puntual, y es el hecho de que, pese a que el trabajador fallecido haya dejado un testamento que indique a quien o quienes se les atribuye la facultad de apoderamiento de sus bienes –siendo uno de ellos la remuneración y beneficios laborales derivados de su trabajo físico o intelectual–, existe una parte sucesoria llamada “legítima” la cual, a decir de nuestro Código Civil vigente, es una porción de la masa hereditaria que no puede ser dispuesta libremente por el trabajador testador, ya que es la parte que necesariamente será entregada a los herederos forzosos de este. Todo ello, debido singularmente a los vínculos consanguíneos efectivamente comprobados, los cuales facultan a los herederos forzosos a ser beneficiarios del porcentaje obligatorio sobre los bienes del testador.

Bajo este supuesto, podemos exponer el caso particular del beneficio de la Compensación por Tiempo de Servicios, por dar un ejemplo. Según el artículo 54 del Decreto Supremo N° 001-97-TR, –la misma que es una de las pocas normas laborales que se pronuncian sobre el supuesto de fallecimiento del trabajador para la entrega del este beneficio laboral–, se establece que:

“El depositario, a solicitud de parte, entregará, sin dilación ni responsabilidad alguna al cónyuge supérstite o al conviviente a que se refiere el artículo 326 del Código Civil, que acredite su calidad de tal, el 50% del monto total acumulado de la Compensación por Tiempo de Servicios y sus intereses, del trabajador fallecido; excepto tratándose del régimen de separación de patrimonios a que se refiere el artículo 327 del Código Civil, en cuyo caso el trabajador interesado comunicará de tal hecho a su empleador acompañando la documentación sustentadora. El empleador expedirá la constancia correspondiente y la entregará al depositario”.

Entonces, estamos ante un caso tangible en el cual, pese a que puede existir una declaración efectiva y legal –vía testamento– de las personas beneficiarias de los bienes del trabajador –testador, existiría un porcentaje de este beneficio particular que obligatoriamente va a ser

entregado a la familia directa de dicho trabajador, denominada legalmente para estos efectos como “legítima”, no existiendo la posibilidad de que se descozca dicho otorgamiento.

Por lo tanto, lo que quede, respectivamente, una vez entregado el monto forzoso (es decir, la “legítima”), si podrá ser exigida por parte de o de las personas a quienes el trabajador-testador haya dejado o dispuesto libremente como herencia, pero solo respecto de los demás bienes que le queden. Uno de estos bienes está conformado por la remuneración y demás beneficios laborales que corresponde que se le abonen por parte de su respectivo empleador. En ese orden de ideas, previa exhibición –por parte de las personas legitimadas para el cobro– de los documentos pertinentes que certifiquen la vinculación legal como herederos, estarán facultados a reclamar el otorgamiento de los conceptos económicos derivados del establecimiento de la relación laboral suscitada. Frente a ello, el empleador deberá proceder a entregarlos sin mayor dilación ni justificación que la observación de dichos documentos, de los cuales, por simple previsión, deberá guardar copia para cuando amerite la exhibición ante la autoridad administrativa de trabajo, en salvaguarda de los intereses de su propia empresa.

2. Trabajador que fallece sin dejar testamento

En el caso particular que el trabajador no haya previsto su deceso y, por ende, no haya tenido a bien suscribir y dejar testamento, los herederos forzosos deberán realizar un proceso judicial o un procedimiento notarial para la declaración de la sucesión intestada a su favor, siempre siguiendo las disposiciones contenidas en el artículo 815 del Código Civil vigente.

En dicho sentido, llegado a realizarse la declaración de la sucesión legal del trabajador, las personas declaradas como herederos de este deberán exhibir al empleador la documentación pertinente que los acredite como tales. Ello, a efectos de poder hacerse efectivo el cobro de los conceptos económicos –remuneraciones y beneficios sociales–, que se le adeuden al trabajador fallecido.

Aquí, a su vez, debemos distinguir dos supuestos puntuales:

2.1. Trabajador fallecido con vínculo matrimonial o conyugal

Cuando un trabajador tenga vínculo conyugal vigente al momento de producirse su deceso, serán la esposa y/o los hijos quienes deberán presentar al empleador la declaratoria de herederos obtenida vía sucesión intestada –sea que haya sido

tramitada en vía judicial o notarial–, documento que los declare como herederos absolutos, tanto a ella como a los hijos del trabajador. Para que con esto se les entregue el 100% de las remuneraciones impagas y los beneficios laborales obtenidos por el trabajador fallecido a lo largo de la relación laboral.

Esto se justifica por el hecho de que, llegado a constituirse –a través del matrimonio civil efectivo– la sociedad de gananciales entre los cónyuges –uno de estos el trabajador– ello genera una masa de bienes sociales, los que, tal como lo expone el artículo 310 del Código Civil vigente, están conformados por:

“(...) los que cualquiera de los conyugues adquiera por **su trabajo**, industria o profesión, así como los frutos y producto de todos los bienes propios y de la sociedad (...)”.

Entonces, debido a que la finalidad de la transmisión sucesoria justifica que desde el momento de la muerte de una persona –en el caso que nos atañe el trabajador casado–, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores, es que se faculta a los herederos absolutos debidamente declarados –los que se componen legítimamente por el cónyuge superviviente y los hijos del trabajador fallecido–, para que puedan exigir la entrega de los bienes respectivos (denominados bienes sociales) y, del mismo modo, llevar a cabo el cobro de los montos dinerarios que, por conceptos de remuneraciones y beneficios laborales impagos, adeude entregar el empleador al trabajador fallecido.

Con base en ello, es que la entrega de dichos conceptos se materializará efectivamente con la presentación de la documentación que acredite tanto la vinculación conyugal, como la declaratoria de herederos forzosos vía sucesión intestada.

Cabe resaltar que el vínculo conyugal será acreditado con la exhibición de la partida de matrimonio y el fallecimiento del trabajador a través de la partida de defunción, y, del mismo modo, el otorgamiento de los beneficios laborales se realizará en virtud de la exhibición del documento legal –judicial o notarial– que declare como herederos a la familia del trabajador fallecido, quienes podrán realizar el cobro de los conceptos adeudados por el empleador a través de un representante de la sociedad conyugal o de los herederos declarados –pudiendo ser el representante la esposa o alguno de los hijos a falta de esta– o, en tal caso mediante el nombramiento de un albacea o alguna figura que faculte dicha entrega y, que este expresado formalmente en nuestro Código Civil vigente.

Asimismo, se deberá tener en cuenta el hecho de que, para poder el cónyuge superviviente cobrar directamente el 100% de todos los beneficios sociales adquiridos por su cónyuge-trabajador, se le deberá declarar como heredero universal de todos los bienes de dicho trabajador. Caso contrario, si la declaración es parcial y beneficia también a los hijos, la esposa cobrará el porcentaje respectivo declarado a su favor, y en caso de que sus hijos sean menores de edad, por el hecho de tener ella la patria potestad de dichos hijos menores de edad, recibirá lo que les corresponda directamente.

De otro modo, deberá el cónyuge tener un poder especial que lo faculte al cobro del porcentaje a favor de los hijos del trabajador-fallecido, cuando estos sean mayores de edad por tener, del mismo modo, la condición de herederos, pero con capacidad de cobro personal.

2.2. Trabajador fallecido con vínculo de concubinato o unión de hecho

Tal como manifiesta el artículo 326 del Código Civil vigente, la unión de hecho se regula del siguiente modo:

“La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos”.

Bajo ese esquema y, en caso se cumplan las condiciones establecidas en el artículo en mención para el establecimiento efectivo de la figura de concubinato o la unión de hecho, se podrá generar derechos a favor del concubino-superviviente, respecto de los conceptos impagos por remuneración y beneficios laborales que hayan quedado pendientes de entrega a favor del trabajador-concubino.

Ahora bien, la entrega de los montos que han quedado pendientes de otorgar por parte del empleador al trabajador que estaba inmerso en una relación de carácter concubinal, estará condicionada a que haya habido, previamente, una declaración de carácter judicial o notarial respecto de la unión de hecho acontecida. Con ello, y en virtud a la declaratoria de herederos o el testamento abierto que haya dejado el trabajador fallecido, se podrá proceder a entregar al concubino-superviviente tanto los conceptos remunerativos, como los beneficios sociolaborales del trabajador fallecido.

De no existir dicha declaración –la cual debería haberse realizado antes de la

muerte del trabajador–, serían los hijos de este quienes tendrían legítimo derecho a reclamar las remuneraciones respectivas, así como la liquidación de los beneficios laborales de su padre. En cuyo caso, deberán también ser reconocidos –vía declaratoria de herederos o mediante testamento abierto–, como herederos universales del trabajador fallecido. En ese caso, para el cobro efectivos de dichos conceptos, podría facultarse a la madre, para que se le otorguen los conceptos respectivos adeudados por el empleador, en virtud al goce de la patria potestad que tiene sobre estos, o, caso contrario, podrían los hijos, en virtud a la suscripción de un poder expreso, nombrar un representante y/o apoderado, para tales efectos.

Cabe destacar que, al igual que en el caso de la relación de carácter matrimonial, la entrega de todos los conceptos que adeude el empleador al trabajador fallecido también estará condicionada a que el concubino superviviente o los hijos del trabajador fallecido demuestren su vínculo a través de la presentación, tanto de la partida de nacimiento como la de defunción, respectivamente. Para el caso particular del concubino superviviente, este deberá acreditar el vínculo respectivo de convivencia, exhibiendo la certificación notarial o judicial que declara de forma indubitable la unión de hecho mantenida con el trabajador antes de su fallecimiento.

CONCLUSIONES

Si bien con el fallecimiento del trabajador se extingue la relación laboral, resulta obligación del empleador de reconocer ciertos conceptos de carácter dinerario –remuneraciones pendientes y liquidación de beneficios laborales–, que deberán ser abonados a las personas que, legalmente, se constituyan como herederos del trabajador fallecido, sea esto establecido a través de una declaración de carácter judicial o notarial. Para ello, los beneficiarios deben demostrar su vínculo familiar con el trabajador a través de documentos pertinentes y legales.

En todos los supuestos mencionados en el presente informe, la comprobación del vínculo consanguíneo-familiar y afín-familiar, a través del cual las personas pertinentes puedan hacer el cobro de las sumas adeudadas por el empleador al trabajador-fallecido, se encuentra supeditada a la exhibición de los documentos legales que avalen dichos parentescos, con los cuales se les faculte al cobro, por derecho, de los conceptos correspondientes, los que se derivan de la vinculación laboral acaecida entre trabajador y empleador hasta el fallecimiento del primero.

Obligaciones del empleador derivadas de la inscripción del trabajador en el Sistema Privado de Pensiones

RESUMEN EJECUTIVO

Equipo de investigación de **CONTADORES & EMPRESAS**

A fin de brindar la información más útil sobre las obligaciones del empleador relativas a la inscripción de los trabajadores en el Sistema Privado de Pensiones, el presente informe desarrolla los procedimientos y reglas que deben respetarse al momento de entregar el Boletín Informativo, de afiliar a los trabajadores a una AFP y de declarar y pagar los aportes respectivos.

INTRODUCCIÓN

El Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones (SPP) es un régimen pensionario de capitalización individual cuya administración está a cargo de empresas privadas –las AFP– y bajo la supervisión del Estado. Mediante este sistema el trabajador que se afilia a una AFP tiene una cuenta personal en la que realiza los aportes para su vejez, a lo largo de su vida laboral. De ese modo, el afiliado mantiene una cuenta individual y las aportaciones que se hacen en ella únicamente sirven para calcular su pensión en la AFP a la que pertenece.

Frente a la elección del trabajador de afiliarse a una AFP, el empleador se encuentra obligado a realizar determinados procedimientos regulados por el TUO de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N° 054-97-EF (en adelante, LSPP), su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 004-98-EF, y por la Ley N° 28991, Ley de libre desafiliación informada, pensiones mínima y complementaria y régimen especial de jubilación anticipada.

A continuación, desarrollaremos las principales obligaciones sobre esta materia a cargo del empleador.

I. OBLIGACIÓN DE ENTREGAR EL “BOLETÍN INFORMATIVO”

1. Objeto del Boletín Informativo

A fin de orientar adecuadamente a aquellos trabajadores que realizan labor como dependiente sobre los sistemas pensionarios vigentes, el artículo 15 de la Ley N° 28991 dispuso la entrega obligatoria a cargo del empleador de un Boletín Informativo, el cual establece las características, las diferencias y demás particularidades de cada uno de los sistemas de pensiones –Sistema Privado de Pensiones (SPP) y Sistema Nacional de Pensiones (SNP)–. Esto permitirá que el trabajador elija de forma voluntaria, y con información oportuna y suficiente, el sistema de pensiones que más le convenga.

2. Información mínima del Boletín Informativo

El artículo 15 de la Ley N° 28991 señala que el Boletín Informativo debe incluir como mínimo la información siguiente:

- Los costos previsionales.
- Los requisitos para poder acceder a la pensión.
- Los beneficios y las modalidades de pensión que otorga cada sistema.
- El monto de la pensión.

3. Plazo para entregar el Boletín Informativo

El empleador debe entregar a aquellos trabajadores no afiliados, que ingresen por primera vez a un centro laboral, una copia del “Boletín Informativo” en el plazo de cinco (5) días hábiles siguientes de iniciada la relación laboral para puedan decidir libremente a que sistema de pensiones se afilia (art. 1 del D.S. N° 009-2008-TR).

Por otro lado, el artículo 16 de la Ley N° 28991 indica que luego de haber tomado su decisión, el trabajador tendrá un plazo de diez (10) días contados a partir de la entrega del Boletín Informativo para expresar por escrito su voluntad para incorporarse a uno u otro sistema pensionario, teniendo diez (10) días adicionales para ratificar o cambiar su decisión.

El plazo máximo de elección es la fecha en que percibe su remuneración asegurable; vencido este plazo, si el trabajador no hubiese manifestado su voluntad de afiliarse a un sistema pensionario, el empleador lo afiliará a la AFP en las condiciones señaladas en la LSPP y su reglamento.

4. Multas por incumplimiento de las obligaciones relativas a la entrega del Boletín Informativo

Se pueden presentar las siguientes infracciones:

- El hecho de no entregar dicho Boletín Informativo califica como una infracción leve en materia

de relaciones laborales, de acuerdo, a lo dispuesto por el numeral 23.2 del artículo 23 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por D.S. N° 019-2006-TR.

- El hecho de que el empleador afilie al trabajador a alguno de los sistemas de pensiones, sin previamente haberle entregado el "Boletín Informativo", o que habiéndose entregado no respete los plazos señalados en el segundo párrafo del artículo 16 de la Ley N° 28991, se configura como una infracción grave en materia de seguridad social.

Por ende, se aplicarían las multas en función de la escala aprobada por D.S. N° 019-2006-TR. Cabe precisar que dicho monto no superará el 35% de la multa establecida conforme a las reglas sobre imposición de multas, en observancia de la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30222.

II. AFILIACIÓN DE LOS TRABAJADORES

1. Incorporación al SPP

La incorporación al SPP se efectúa a través de la afiliación a una AFP, bajo los procedimientos previstos en la LSPP, y su reglamento. Así, de acuerdo con el artículo 38 del Reglamento de la LSPP, pueden afiliarse al SPP:

- Los trabajadores dependientes que desempeñen sus labores en el país, cualquiera sea la naturaleza del trabajo que desarrollen.
- Los trabajadores independientes, aquellos que perciben ingresos que son considerados rentas de cuarta categoría y/o cuarta-quinta categoría reguladas en la Ley del Impuesto a la Renta.
- Los afiliados potestativos, es decir, aquellos que no se encuentran obligados a cotizar al SPP. No tienen ni la condición de trabajadores dependientes ni independientes.

2. Pautas sobre la afiliación de los trabajadores dependientes

Con relación a la afiliación de los trabajadores dependientes a una AFP, se pueden presentar las siguientes situaciones, conforme a lo dispuesto por el artículo 6 de la LSPP y el artículo 45 del Reglamento de la LSPP:

- Si el trabajador ingresa a laborar sin estar afiliado al SPP: El empleador deberá obligatoriamente afiliarlo

a la AFP que ofrezca la menor comisión por administración de los aportes obligatorios (actualmente AFP Hábitat), salvo que, expresamente y por escrito, en un plazo improrrogable de diez (10) días naturales, el trabajador manifieste su deseo de permanecer o incorporarse al SNP. En caso de su incorporación al SPP, la elección efectuada por el trabajador se formalizará mediante la suscripción, por su parte, del respectivo contrato de afiliación.

- Si el trabajador cambia de empleo: En dicho caso el trabajador debe informar al nuevo empleador, en un plazo que no puede exceder de diez (10) días de iniciada la relación laboral, cuál es la AFP en la que se encuentra afiliado.

3. Contrato de afiliación

La relación entre la AFP y sus afiliados se rige por lo estipulado en los respectivos contratos de afiliación, que son contratos por adhesión, cuyos formatos deben ser aprobados previamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

Por ende, la afiliación del trabajador queda perfeccionada con la suscripción del contrato de afiliación, rigiendo todos los derechos y obligaciones correspondientes a su incorporación desde el otorgamiento de un código de identificación denominado "Código Único de Identificación SPP" (CUSPP). Este código se mantendrá durante la vida del trabajador, independientemente de los traslados de AFP o de Fondos de Pensiones.

III. DECLARACIÓN Y PAGO DE APORTES

1. Origen de los aportes

Los aportes al Fondo de Pensiones pueden provenir de los trabajadores dependientes, de los trabajadores independientes o de los empleadores. En el primer caso, los empleadores actúan como agentes retenedores.

2. Aportes obligatorios y voluntarios

Producida la afiliación del trabajador a la SPP, las AFP deben cubrir una cuenta por afiliado denominada "Cuenta Individual de Capitalización" (CIC). Dicha cuenta, tanto la de aportes obligatorios como voluntarios, deberá identificar los aportes de los afiliados en función de los Fondos de Pensiones que la AFP administre.

El artículo 30 de la LSPP delimita que los aportes obligatorios están constituidos por:

- El 10% de la remuneración asegurable destinado a la CIC.
- Un porcentaje de la remuneración asegurable destinado a financiar las prestaciones de invalidez, sobrevivencia y un monto destinado a financiar la prestación de gastos de sepelio.
- Los montos y/o porcentajes que cobren las AFP como retribución por los servicios que presta. Esta comisión porcentual será calculada sobre la remuneración asegurable del afiliado.

Por otro lado, la misma disposición indica que los afiliados al SPP se encuentran facultados a efectuar aportes voluntarios con fin previsional –que tienen la condición de inembargables y están sujetos a retiro al final de la etapa laboral activa del trabajador– o sin fin previsional –que son embargables y cuyo saldo puede convertirse en aporte con fin previsional en los casos de afiliados que registren un mínimo de cinco (5) años de incorporados al SPP–.

3. Responsabilidad del empleador

El pago de los aportes obligatorios y voluntarios de los trabajadores dependientes a la respectiva AFP se efectúa directamente por el empleador por cuenta del trabajador. En caso de los aportes voluntarios, el trabajador debe remitir una carta de instrucción a su empleador, autorizando las respectivas retenciones o, en su caso, efectuar los mismos directamente a la AFP.

El pago de los aportes debe ser efectuado por el empleador dentro de los cinco (5) primeros días del mes siguiente al que fueron devengados, y en caso de demora dará lugar a intereses moratorios.

Para el cumplimiento de los aportes mensuales, se ha dispuesto el Portal AFPnet (www.afpnet.com.pe) que es un servicio que la Asociación de AFP ofrece a todos los empleadores en forma completamente gratuita para preparar, declarar y pagar sus planillas de aportes a todas las AFP. La referida planilla de pago de aportes tendrá el carácter de declaración jurada a cargo de los empleadores; por ende, la información que se registre se considerará válida para todo efecto.

Jornada laboral máxima y trabajo en sobretiempo

Consulta:

La empresa de vigilancia "Ángel vengador", que cuenta con una jornada laboral máxima, ha asumido un proyecto que le exige mayores tareas y responsabilidades por el plazo de tres (3) años. Tal situación ha decidido asumirla sin contratar nuevos colaboradores. El jefe de personal de la aludida empresa desea conocer si es viable formular un programa de trabajo de horas extras de manera permanente durante el tiempo de duración del proyecto.

Respuesta:

El artículo 25 de la Constitución Política del Perú vigente establece que la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo, resaltando que los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados.

Tal precepto constitucional tiene desarrollo legal en el TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR (en adelante, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR; destacando entre sus principales regulaciones la forma de generación y pago del trabajo en sobretiempo.

Sobre el trabajo en sobretiempo (u horas extras) se precisa que es el tiempo de trabajo prestado por el trabajador antes o después de la jornada ordinaria vigente en el centro de trabajo, inclusive si estamos ante una jornada inferior a la máxima legal. Asimismo, es trascendental tener en consideración que las horas extras son en esencia voluntarias por ambas partes (el empleador al otorgarlas; y, el trabajador al prestarlas), siendo solo de carácter obligatorio la prestación de trabajo en sobretiempo en caso exista un caso fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro a las personas o bienes de la empresa o la continuidad de esta.

En caso se determine la imposición del trabajo en horas extras sin que medie alguna de las condiciones extraordinarias antes descritas (caso fortuito o fuerza mayor), se incurre en una infracción laboral sancionable por la Autoridad Administrativa de Trabajo así como la obligación de indemnización al trabajador afectado con el 100% del valor sobretiempo realizado (valor de las horas extras + indemnización del 100%).

En conclusión, el trabajo en sobretiempo es excepcional y, por lo tanto, no puede ser llevado de manera continua durante el tiempo de duración del proyecto, dado que ello representaría el encubrimiento de una jornada superior a la máxima legal en la medida en que supere las ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales.

Uso del contrato de trabajo temporal de suplencia

Consulta:

El centro de atención al cliente Aló S.A. cuenta con una trabajadora a plazo indefinido en estado de gravidez que está próxima a hacer uso de su descanso pre y posnatal. El administrador de la empresa está preocupado en contratar a una persona que cubra las actividades de la referida colaboradora por el tiempo que dure su descanso por maternidad, por lo que, nos consulta lo siguiente: ¿qué modalidad de contratación temporal de trabajo se debe utilizar para cubrir el puesto de la colaboradora gestante?

Respuesta:

El contrato de suplencia está destinado a que el trabajador que es contratado mediante esta modalidad reemplace temporalmente al trabajador "estable" (un trabajador bajo contrato de duración indeterminada), vale decir, que mediante

este contrato no se puede reemplazar a un trabajador "eventual" (ligado mediante un contrato de duración determinada).

Asimismo, debe recalarse que el contrato de suplencia solo puede ser utilizado cuando se produzca una suspensión de la relación laboral (perfecta o imperfecta), conforme las causales señaladas en el artículo 12 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, solo LPCL), así como las adicionales que puedan introducirse a través de la negociación colectiva.

Finalmente, los contratos de suplencia se desnaturalizan si el trabajador contratado continuase laborando vencido el término legal o convencional pactado. Esto es, cuando los trabajadores reemplazantes prosiguen en la empresa a pesar de que retorne el trabajador reemplazado o cuando este opta por no retornar (en este último caso no habría a quien suplir y corresponderá utilizarse otra forma de contratación).

(*) Abogado de la Facultad de Derecho de la USMP. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Asesor laboral de *Soluciones Laborales y Contadores & Empresas*.