

CONTRATO ESPECIAL AGRARIO: PRECISIONES NECESARIAS PARA REINSISTIR EN LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 7.2 DE LA LEY 27360 Y PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS EN LA CONTRATACION, PRESTACIONES, DESCANSOS Y CONTRAPRESTACION DE SERVICIOS

Orlando González Nieves^()*

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos de trabajo en la agricultura han sido regulados desde hace varios decenios en el Perú, aunque sea de manera asistemática, confusa y hasta sectorizada, ya que en puridad no hemos tenido una ley específica sobre contratos agrarios hasta que se promulgó la Ley 27360; pero al margen de algunas particularidades, sus grandes temas sobre contratos, jornada, remuneraciones, beneficios sociales y otros estaban previstos dentro de las leyes que rigen el régimen laboral de la actividad privada. En 1978 apareció el Decreto Ley 22342, sobre contratatos de trabajo en las empresas de exportación no tradicional que alteró todo el entorno y, a pesar de ser obsoleto y vetusto, continúa en vigencia hasta la actualidad, incluso llamado en su auxilio por el Decreto Legislativo N° 728, de noviembre de 1991(ahora contenido en su T.U.O., D.S. N° 003-97-TR), de manera que coexisten aquellos con los contratos sujetos a modalidad (dentro de ellos varios vinculados con la temporalidad y la intermitencia) generando confusión e incertidumbre jurídica. La Ley

(*) Profesor de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo y Universidad Privada Antenor Orrego. Profesor de las Escuelas de Postgrado en algunas Universidades públicas y privadas de la zona norte del país.

27360 pretende regular todo el sector agrario, incluida la agroindustria, pero eso ocasiona también una serie de problemas porque nuestro país es sumamente diverso en costa, sierra y selva, y aún al interior de dichas franjas geográficas. Dicha ley tiene variados contenidos y el contrato agrario puede estudiarse desde la perspectiva del derecho constitucional, derecho individual y colectivo del trabajo o del derecho de la seguridad social, entre otras materias, pero nuestro objetivo en esta entrega es presentar solo algunas reflexiones y señalar algunos problemas en los rubros abordados en el título.

II. VISIÓN PANORÁMICA DE LA AGRICULTURA Y AGROINDUSTRIA PARA LA EXPORTACIÓN NO TRADICIONAL EN EL PERÚ

Según el Censo de Población y Vivienda 2007⁽¹⁾ la PET estaba compuesta por 19,646,652 habitantes, la PEA por 10,637,880 y la PEA Ocupada por 10,163,614, De esta última, integraban la PEA Ocupada urbana 8,128,649 y la rural 2,034,965.

Según información más reciente del INEI y otros organismos oficiales⁽²⁾, en el 2009 la población total peruana fue de 29,461,933 habitantes (La PET está compuesta por 21,526,104, la PEA por 16,950,983 y la PEA Ocupada por 16,316,129 personas).

La PEA Ocupada del 2009 presenta las siguientes particularidades importantes para poder visualizar globalmente el tema en estudio, así como para situarlo y poder interpretar mejor la relación entre lo jurídico laboral y la realidad concreta:

- a. Por sectores económicos se estratifica en: sector primario: 28,0 %, sector secundario: 15,4 % y sector terciario: 51,5 %.
- b. Según categoría de ocupación se clasifica en. Asalariados: 46,0 %; independientes: 34,7 %; trabajo familiar no remunerado (TFNR): 13,7 % y patronos o empleadores: 5,6 %.
- c. Según la estructura del mercado se distribuye en: Sector público: 7.9 %; Sector privado: 36.7 %; independientes: 36.5 %; TFNR: 15.0 % y resto: 4.0 %
- d. Por grupos ocupacionales los agricultores, ganaderos y pescadores constituyen el 32.2 % del total, y por rama de actividad son el 32.5 %.
- e. El ingreso promedio mensual de la PEA Ocupada, en el año de referencia, en nuevos soles según la estructura del mercado es: el total: S/ 910; en el Sector Público: S/. 1,594; en el Sector privado: S/. 1,193 (promedio que resulta de lo siguiente: de 2 a 9 trabajadores: S/. 812; de 10 a 49: S/. 1,222; y de 50

(1) <www.inei.gob.pe/Anexos/libro.pdf> (29.08.10).

(2) <www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadísticas>, <www.inei.gob.pe/peruencifras>, <www.mef.gob.pe>, <www.minag.gob.pe> (20.08.10).

- a más trabajadores: S/. 1,948); entre los independientes: S/. 526; y, el resto: S/. 482.
- f. El ingreso promedio mensual de la PEA ocupada en dicho año, según grupos ocupacionales, fue de S/. 445 para la agricultura, ganadería y pesca (de un promedio de S/. 910 mensuales); mientras que por rama de actividad económica para la agricultura, ganadería, selvicultura y pesca fue de S/. 410.9.
 - g. La línea de pobreza, como indicador socio-económico y estadístico en el Perú y medidor de la canasta per cápita mensual, para el 2009 arroja las siguientes cifras, según la Encuesta Nacional de Hogares: quienes están en la línea de pobreza total en la costa urbana perciben S/. 256.9 mensuales, mientras que en la costa rural perciben S/. 210.8, a su vez, en la línea de pobreza extrema en la costa urbana perciben S/. 141.1 de ingreso mensual, y en la costa rural perciben S/. 130.8. Con tan preocupantes datos para la costa, preferimos hacer mutis frente a los datos que corresponden a la sierra y selva urbana y rural. Según rama de actividad, en dicho año, en el sector agricultura, pesca y minería eran pobres el 61,4 %, pobres extremos el 81,2 %, pobres no extremos el 51,9 % y no pobres el 21,0 % de sus respectivos totales parciales.
 - h. En base a la información precedente resulta más fácil comprender que en la generación del Producto Bruto Interno (PBI) nacional, correspondiente a los años 2007, 2008 y 2009, que fue de 8,9, 9,8 y 0,9, respectivamente, el sector agricultura solo tuvo una participación anual aproximada cercana al 9 % de los totales precedentes.

Resumiendo y antes de pasar a temas conexos, de lo dicho hasta aquí se pueden hacer los siguientes preliminares comentarios globales: Los trabajadores de la agricultura están ubicados en el sector primario y los de la agroindustria en el sector secundario de la economía; a pesar de que entre ambos grupos constituyen más de un tercio de la PEA ocupada. En el primero son en su mayoría trabajadores independientes y sus ingresos promedio no llegan ni siquiera a cubrir la remuneración mínima vital vigente (S/: 550 mensuales), al punto que las líneas de pobreza y extrema pobreza en el sector sobrepasan los dos tercios del total, por eso es que su contribución a la generación del PBI es endeble. En el segundo, si bien los trabajadores de la agroindustria están algo mejor en las estadísticas, no dejan de participar dentro de la información global precedente.

Entrando más específicamente a la información agraria que es importante para poder continuar con nuestro análisis jurídico, ya que creemos sin ápice de duda que las fuentes materiales determinan a las fuentes formales del derecho, nos permitimos resaltar los siguientes datos en relación con la agricultura en general:

- a. El Perú es uno de los 12 países considerados como megadiversos, con un total de 83 zonas de vida sobre un total de 104 que existen en el planeta. De los 7,6 millones de has con vocación agrícola, solo 5 millones están en uso y apenas 1.7 está bajo riego. El 95 % de la superficie agrícola está compuesta

por unidades agrícolas menores a 10 hás, siendo la unidad promedio de 3.1 hás.⁽³⁾

- b. Del total de exportaciones peruanas a junio del 2010, tradicionales y no tradicionales, correspondieron a la minería el 60.8 %, a la manufactura el 19.6 %, a la pesca el 9.2 %, a petróleo y derivados el 7.2 % y a productos agrícolas el 2.4 %. El Perú ha exportado durante el 2009 633 millones de dólares en productos de exportación tradicional y 380 millones de dólares en productos de exportación no tradicional
- c. De la producción agropecuaria a junio del 2010⁽⁴⁾, según la estadística oficial, tomada como 100 %, le correspondió al subsector agrícola una ponderación de 57,72 % y al sector pecuario 42,28 %. La superficie cosechada según los principales cultivos en el 2009 fue para el arroz cáscara, café, caña de azúcar y espárrago de 403,8, 342,6, 76,6 y 29,5 miles de hectáreas, respectivamente.
- d. El valor bruto de la producción agropecuaria (VBPA) en el 2008 fue de 18,854 millones de soles, y el valor de las exportaciones agrarias fue en dicho año de 2,795 millones de U\$S FOB. De esta última cifra le correspondió al subsector agrícola el 60.1 %, siendo la composición porcentual del VBPA de 5.3 % para el arroz cáscara, 4.7 % para el café, 3.4 % para la caña de azúcar y 2.1 % para el espárrago.

Por último, para terminar con el contenido del presente subtítulo, de la revisión prolija del Anuario Estadístico 2008⁽⁵⁾ del MTPE nos parece interesante resaltar, en síntesis, la siguiente información:

- i. El promedio de trabajadores de todas las empresas del sector privado por categoría ocupacional son de 2,169,404, de estos corresponden a la categoría ocupacional de agricultura, ganadería, caza y selvicultura 150,802 (considerando todas las categorías ocupacionales, esto es: ejecutivos, empleados, obreros y otros), y corresponden a La Libertad 98,721 trabajadores.
- ii. Entre los 150,802 trabajadores del sector agricultura y otros, se dan las siguientes principales clases de contratos de trabajo: 38,047 tienen contratos indeterminados, 2,159 tienen contrato a tiempo parcial, 100,606 tienen contratos sujetos a modalidad y 532 tienen contratos de exportación no tradicional. En La Libertad, los 98,721 trabajadores tienen principalmente estas clases de contratos: 35,702 con contratos indeterminados, 4,844 con contratos a tiempo parcial, 46,728 con contratos sujetos a modalidad y 8,129 con contratos de exportación no tradicional.

(3) DIRECCIÓN NACIONAL DE PROMOCIÓN DEL EMPLEO Y FORMACIÓN PROFESIONAL: “Potencial productivo y demanda de trabajo”. En: *Soluciones Laborales*, N° 27, marzo 2010, pp. 12-125.

(4) <www.produce.gob.pe> (22.08.10)

(5) <www.mintra.gob.pe> (17.08.10)

- iii. El promedio de remuneraciones en las empresas de más de 500 trabajadores por rama de actividad económica y categoría ocupacional es la siguiente: en la rama agricultura, ganadería, caza y selvicultura los ejecutivos ganan S/. 6,482 mensuales, los empleados S/. 1,968, los obreros S/. 733 y otros S/. 831 mensuales. En La Libertad, en el mismo tipo de empresas, los ejecutivos, empleados, obreros y otros perciben S/. 5,890, 2,185, 984 y 958, respectivamente
- iv. Del total de contratos de trabajo sujetos a modalidad suscritos en La Libertad en el 2008, los principales son: 65,414 temporales y 34,885 de obra o servicio.

En relación a la **estacionalidad de los cultivos de nuestros principales productos de exportación tradicional** hay que tener en cuenta lo siguiente:

- i. El arroz tiene como principales zonas productoras a Lambayeque, La Libertad y San Martín, representando entre todos ellos el 52 % de la producción nacional; sin embargo, también lo producen en menor escala otros 14 departamentos. A nivel del país se siembra y se cosecha todo el año, pero en los valles costeros y en la sierra tiene sus épocas marcadas, de modo que el 65 % de la campaña se realiza entre diciembre y marzo de cada año.
- ii. El café se produce en 15 departamentos del Perú, siendo los principales productores Cusco y Junín con 20 % cada uno, seguidos de Cajamarca, San Martín y Amazonas con 17.3 %, 16.4 % y 13.4 %. El 95 % de la producción está destinada a la exportación (significa aproximadamente el 30 % de las divisas del sector agropecuario), genera 43 millones de jornales al año y su estacionalidad está influenciada por factores climáticos (heladas y sequías) y fitosanitarios (la plaga de la roya). La productividad lograda es baja (en el 2001 se producía solo 15 quintales o 46 kg. por Há), no solo porque muy pocos productores (2 %) emplea tecnología de punta, sino porque el 92.5 % de la superficie cafetalera se desarrolla en pequeñas y medianas parcelas, el medio ambiente es difícil y el escenario ecológico sumamente sensible, las zonas de cultivo son de difícil acceso porque se ubican en la selva alta y los andes tropicales, con topografías accidentadas y pendientes elevadas, escasez de infraestructura vial y de capacidad de gestión empresarial.
- iii. La caña de azúcar es un cultivo permanente, no tiene estacionalidad definida, por lo tanto se siembra y se cosecha todo el año cubriendo el 2.4 % del empleo. En la práctica ya no constituye un producto de exportación y cada vez más sus áreas de cultivo se siguen reduciendo, por lo que en la actualidad solo llegan a 60,000 há.
- iv. El algodón es un producto claramente estacional, pero está disminuyendo aceleradamente su producción, sobre todo por la gran competencia tecnológica presente en los rubros de confecciones y similares. Su exportación en el 2009 solo llegó a los 2.69 millones de U\$S FOB.

III. UNA MIRADA DESDE LA COSTA NORTE DEL PERÚ, A PROPÓSITO DEL PRODUCTO ESTRELLA DE LA AGROEXPORTACIÓN: LA AGROINDUSTRIA ESPARRAGUERA

La producción mundial de espárragos ha tenido un crecimiento anual sostenido de 8 % durante los últimos 10 años, pasando de 4.5 millones de toneladas en el 2000 a 6.67 millones en el 2005, obteniendo un incremento de 45.6 % originado por el crecimiento sobre todo de la demanda europea.

El primer país productor de espárragos en el mundo es China, pero lo usa para abastecer fundamentalmente su mercado interno. El segundo es el Perú, pero a nivel de exportaciones no tradicionales somos el primer país exportador de espárragos verdes y segundo de espárragos blancos en el mundo (nuestro consumo interno apenas es del 5 %). Hemos superado a EE.UU., Tailandia y otros países⁽⁶⁾.

En el nivel interno, el sector agroexportador genera al país 846,6 millones de dólares, que se concentran en 4 rubros importantes, desde el 2003 el espárrago se ha convertido en el producto agrícola con mayor valor de exportación (206,69 millones de dólares USA), desplazando al café y representando el 24,41 % del total de las agroexportaciones peruanas, generando el 1.5 % del empleo (alrededor de 50,000 puestos de trabajo) y 2.5 millones de jornales. Los valles de La Libertad e Ica poseen el mayor porcentaje de producción de espárragos en el Perú.

Hay 3 clases de espárrago: el verde, que es de temporadas muy cortas; el blanco, de mayor volumen y grosor, destinado al procesamiento (enlatado, congelado, deshidratado y encurtido), y el morado, que se dice es muy apreciado en Italia.

Según el INEI la superficie cosechada por principales cultivos va en ascenso permanente para los espárragos, habiéndose cosechado 20,0, 23,5, 29,8 y 29,5 miles de hectáreas el 2006, 2007, 2008 y 2009, respectivamente. Nuestra producción se sigue incrementando: de 169,000 T.M. en el 2000 pasamos a 283,473 TM en el 2007 (68 % de crecimiento porcentual). El total de exportaciones de espárragos ha pasado en los últimos 5 años de 160 millones a 420 millones de dólares FOB (mayor porcentaje de ingresos por espárragos frescos: 56 %, conservas: 37 %, y congelados: 7 %). Nuestra productividad es envidiable para los países foráneos, el rendimiento promedio nacional es el más alto a nivel mundial, es que el Perú cuenta con una posición geográfica y climática que son ideales para este tipo de producción en la costa, lo cual permite un abastecimiento sostenido durante todo el tiempo, obteniendo dos cosechas por año con rentabilidades muy atractivas. Los rendimientos mundiales de espárragos en TM por hectárea son los siguientes: Perú: 12.22, China: 5.04, Chile: 4.53, EE.UU.: 4.50.

(6) Para toda la información de este subtítulo se puede consultar las páginas web precitadas, así como <www.infoagro.com/hortalizas/esparrago_verde> y <www.agrobanco.com.pe> (16.08.10)

En cuanto a la estacionalidad de la producción, comparando datos internacionales⁽⁷⁾ se tiene que durante el año China produce espárragos 10 meses, EE.UU. 9.5, Thailandia 12, Canadá 2, Argentina 5, Chile y Ecuador 6, México 9, los países productores europeos, España, Francia, Holanda, Italia, Portugal y Alemania solo producen de enero a junio, 6, 4, 6, 5, 4 y 2 meses por año, respectivamente. Sin embargo, el Perú está en una situación totalmente diferente, produce todo el año, con una precisión: en La Libertad hay alta productividad de enero a abril, pero con una baja calidad del cultivo, incrementándose el porcentaje de descarte, mientras que de mayo a setiembre la calidad es mayor pero con menor productividad. Los mejores meses de cosechas son de octubre a diciembre, lo que nos viene bien porque es la época en que los europeos no producen.

Los precios en chacra ya eran desde el 2007 de S/. 2.97 por kilo de espárrago fresco, y S/. 8.76 por kilo de espárrago en conserva. Los precios internacionales oscilan entre S/. 7.28 o US\$ 4.75 precio FOB. Sin embargo, las ganancias deben ser espléndidas porque las empresas exportan aproximadamente entre 20 a 12 millones de dólares USA por año, siendo las principales cuotas porcentuales decrecientes de participación en el mercado en relación al total de exportaciones en millones de dólares las siguientes: 1.- Camposol (Trujillo): 0.12 %; 2.- Sociedad Agrícola Virú (Trujillo): 0.11 %; 3.- Sociedad Agrícola Drokasa (Ica): 0.09 %; 4.- Danper Trujillo SAC (Trujillo): 0.07 %; y, más abajo en la lista aparece Green Perú (Trujillo): 0.04 %.

En relación al funcionamiento del Derecho Individual y Colectivo del Trabajo en las empresas esparragueras más importantes de Trujillo son de destacar dos: Sociedad Agrícola Virú S.A. y Empresa Camposol S.A.

- i. Sociedad Avícola Virú S.A. empezó su actividad en 1994 con la cosecha de aproximadamente 150 has de cultivo de espárrago, en 1998 comenzó a cultivar y procesar pimiento piquillo y conservas de alcachofa. Ahora cuentan con dos plantas procesadoras y envasadoras y operan más de 3,600 has de cultivo, cuentan con un promedio de 8,500 trabajadores, la mayoría son mujeres. El sindicato –denominado Sitesav- se constituyó en el 2007, tiene afiliados a 650 trabajadores (aproximadamente 80 % trabaja en el campo y 20 % en planta) y ya cuenta con convenios colectivos de trabajo. A principios de este año presentaron un nuevo pliego de reclamos, donde entre otros puntos solicitaban: a) Pago de gratificaciones de fiestas patrias y navidad, independientes de las de ley; b) Remuneración de S/. 1,800 para la mano de obra calificada; c) Vacaciones de 30 días; d) Celebrar contratos de tiempo indeterminado con los trabajadores que venían laborando más de 3 años consecutivos y contratos de un año con los que tienen records acumulados menores de 3 años; e) Que se fije las tareas por rastrillo a 10 surcos diarios y botado

(7) <www.agrobanco.com.pe/cultivo_del_esparrago.pdf> (20.08.10)

de broza a 9 surcos diarios por trabajador, en el caso que se labore a destajo; f) Que se les incremente escalonadamente las tarifas por destajo cuando la producción diaria pase de 84 kg, ya que hasta dicha cantidad les pagan S/. 0.25 por kg; y, g) Que se les pague el 100 % por horas extras a los que laboran por horas y no por destajo. Meses después la alta dirección dispuso que la planta deje funcionar en abril y mayo del 2010 aduciendo la estacionalidad de la materia prima y razones de mantenimiento, porque se trata, según declararon a los medios de comunicación, de una actividad cíclica, con temporadas de picos y caídas. Algunos reconocen que hubo cierta estacionalidad en 20 años, pero que jamás hubo necesidad del cierre total de la planta, que entre abril y mayo de cada año la producción es muy baja porque las cosechas de pimiento ocurren al final o inicio del año, mientras que la alcachofa en la segunda mitad del año; la cosecha del espárrago solo es baja en marzo, donde solo quedan alrededor de 500 obreros.

- ii. Empresa Camposol S.A., se inició en 1997 y se dedica a la siembra, cultivo, cosecha, procesamiento y exportación de espárragos, alcachofas, pimiento piquillo, palta, uva, mango y cítricos. En el área de cosecha se pagaba por destajo, a razón de S/. 0.24 por kg cosechado. También constituyeron un primer sindicato en el 2007, ahora cuentan con uno de campo, otro de planta y uno de Camposol y ya tienen suscritos convenios colectivos con la empresa. Como cosechando 87 kg diarios perciben la remuneración diaria de S/. 21.46, desde fines del 2009 han venido exigiendo en su pliego de reclamos que se les pague bonos de productividad escalonados por las cosechas adicionales, así como pago de gratificaciones independientes por fiestas patrias y navidad. En el último convenio colectivo suscrito con el sindicato de Camposol⁽⁸⁾ se acordó curiosamente que su vigencia es de 2 años, pero se pactaron cláusulas que durarán 3 años, tal como el bono de productividad que ha sido concedido para los trabajadores destajeros en cosecha, con el importe de S/. 0.23, 0.27 y 0.32 por cada kg cosechado, adicional a los 85 kg de espárrago que tienen que acopiar para ganar durante el día la remuneración diaria de S/. 21.46.

IV. MERCADO DE TRABAJO AGRARIO: ¿GENERALIZACIÓN DE LA TEMPORALIDAD, ALEATORIEDAD, MOVILIDAD, ESTACIONALIDAD, INFORMALIDAD Y DIFICULTAD DE ACCESO AL EMPLEO?

Como es de público conocimiento, el Perú es un país biodiverso, posee la mayoría de los microclimas del mundo y ello hace que sus posibilidades productivas

(8) Vid. DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo: "Convenio colectivo entre Camposol S.A. y el sindicato de trabajadores - SITECASA. En: *Soluciones Laborales*. N° 32, agosto del 2010, pp. 81-84.

sean insospechadas. Su división geográfica en costa, sierra y selva, su producción agraria y su agroindustria afrontan disímiles realidades.

La Ley 27360 es demasiado genérica y no distingue los diversos contextos y situaciones fácticas que se presentan en nuestra rica realidad. A su vez, el Tribunal Constitucional, al declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica contra el Congreso de la República no se ha tomado el trabajo de estudiar la realidad nacional, como si lo ha hecho en otras oportunidades.

El análisis socio-económico, geográfico, laboral, etc., eran de suma importancia para resolver la demanda. En dicho contexto nos preguntamos: ¿Para quién resolvió el Tribunal y porqué no actuó con una visión tridimensional del derecho? ¿Por qué al hacer el análisis constitucional de la ley N° 27360, Ley de promoción del sector agrario, sostuvo en su fundamento 75, justificando dentro del test de igualdad el tema de la intensidad de la intervención como “intensidad leve” por considerar que la razón de la intervención legislativa diferenciada fue precisamente “por la naturaleza de las cosas, la especialidad del mercado de trabajo para el sector agrario, que se caracteriza por la temporalidad, aleatoriedad, movilidad, estacionalidad, informalidad y dificultad en el acceso al empleo?”. Intento contestarme a mi mismo en los siguientes aspectos:

- a. La ley no parece haberse dictado para favorecer a las mayorías, sino para perjudicar a las minorías. Es de todos conocido que las grandes empresas agrarias en la mayoría de los casos producen en el campo pero habitualmente procesan, transforman o industrializan en las ciudad o sus alrededores
- b. Sabemos que nuestra PEA ocupada al 2009 era de 16,316,129 personas según el MTPE, y según el censo nacional de población y vivienda del INEI en el 2007 era de 10,163,614 (la PEA ocupada urbana estaba integrada por 8,128,649 trabajadores y la rural por 2,034,965, calculamos que esta última al 2010 debe estar rodeando los 2,500,000). Sabemos también que según el INEI la PEA ocupada por categoría de ocupación en el 2009 fue: asalariada: 46,0%, independiente: 34,7 % y patronos: 5,6 %. De una simple aplicación porcentual de estas últimas cifras a la PEA ocupada urbana y rural, con una aproximación razonable, se puede concluir que la ley 27360 es para las minorías sometidas a relaciones de trabajo subordinadas y que son objeto de estudio del derecho del trabajo, no alcanza a las grandes mayorías que trabajan como informales o en forma autónoma o independiente (de paso, esto obliga a pensar en la posibilidad de abordar este problema dentro de una futura ley de trabajo autónomo).
- c. Los clásicos productos agrarios no tradicionales dirigidos al mercado interno o externo, como son el café, arroz cáscara, caña de azúcar, algodón, etc., en muchos casos y con evidentes y conocidas excepciones, abarcan a pequeños o medianos parceleros o agricultores, pero la producción se concentra en

grandes empresas. Los productos agrarios no tradicionales de exportación están concentrados en muy pocas empresas con grandes márgenes de rentabilidad. De ese modo, la ley favorece inobjetablemente a los grandes empresarios, pero no a los humildes trabajadores, que ya hemos visto supra en la estadística perciben ingresos mensuales promedio paupérrimos y atentatorios contra los derechos humanos.

- d. En términos generales, hay productos agrarios cuyo cultivo es temporal o estacional, como el caso del arroz en la costa y parte de la sierra, con estaciones muy marcadas, ya que en otros departamentos del Perú se siembra todo el año. Otros productos, como el café, son estacionales solo cuando hay factores climáticos especiales, ya que la selva lo produce todo el año, la caña de azúcar es un producto permanente y sin estacionalidad definida, el cultivo del algodón si es estacional.
- e. Como se ha visto en las páginas precedentes, hay opiniones diferenciadas respecto de la producción del espárrago como producto de exportación no tradicional: un estudio comparativo entre los principales países productores, ya citado, sostiene que la producción es durante todo el año; otro sector sostiene que hay una pequeña estacionalidad (algunos le llaman una baja en la producción, que no necesariamente lleva a un cierre total temporal de las labores) en alguno de los meses del año. Aún cuando se diera el último supuesto, hay que dejar claramente establecido que no era necesario un régimen laboral especial agrario, ya que las normas comunes del derecho individual que se han emitido durante los últimos decenios bastaban para resolver cualquier dificultad, sin necesidad de recortar derechos a los trabajadores.

V. REGULACIÓN DEL CONTRATO AGRARIO EN LA REALIDAD NO DEJA DE SER INCONSTITUCIONAL, MUY A PESAR DE LO SENTENCIADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EXP. N° 00027-2006-PI

En un documentado estudio, Tito Puca y Rojas Crisóstomo⁽⁹⁾, han planteado serias críticas a la aludida sentencia del TC, con argumentos socio-estadísticos, consideraciones doctrinarias sobre la discriminación y la visión de la OIT sobre el particular, el rol promotor del Estado, la naturaleza de las cosas, análisis del tema agrario en el derecho comparado y un enjuiciamiento del test de proporcionalidad aplicado en dicho caso. Nosotros estamos de acuerdo con las opiniones vertidas en dicho estudio, nos remitimos a él y no volveremos a incidir en ello.

Solo queremos puntualizar las siguientes ideas complementarias:

(9) TITO PUCA, Yolanda Soledad; ROJAS CRISOSTOMO, José R.: “El principio de igualdad ¿se afecta con un régimen laboral diferenciado?. Análisis y reflexiones de la STC N° 00027-2006-PI/TC”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 113, febrero del 2008, pp. 272-281.

- a. Quiñones y Sánchez⁽¹⁰⁾ critican la sentencia del TC y hacen algunas precisiones entre diferencia y desigualdad. Antes precisemos que el TC en sus fundamentos 2 y 3, en síntesis, sostiene que “no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable”, luego, pretende hacer un adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales: diferenciación y discriminación, sostiene que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio, es decir, estamos frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funda en causas objetivas y razonables, y estamos frente a una discriminación cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, y ello es constitucionalmente intolerable.
- b. En opinión de los autores precitados el TC confunde la desigualdad con la idea de discriminación. Para un mejor entendimiento del punto se amparan en las opiniones de Luigi Ferrajoli (“Derechos y Garantías. La ley del más débil”, Madrid, Trotta, 1999, p.82)⁽¹¹⁾, quien plantea: “Las diferencias – sean naturales o culturales – no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tuteladas por los derechos fundamentales. Las desigualdades – sean económicas o sociales – son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas identidades de cada persona; las segundas, a formar las diversas esferas jurídicas”. De ese modo, precisan Quiñones y Sánchez, mientras las diferencias deben ser tuteladas y valorizadas por el principio de igualdad formal frente a discriminaciones o privilegios, las desigualdades deberían ser removidas o reducidas por la igualdad sustancial a la que apunta la garantía y ejercicio de los derechos fundamentales sociales; por otro lado, advierten que hay que distinguir entre las políticas de fomento del empleo y las políticas de trato diferenciado (denominadas en nuestra legislación laboral “régimen especiales”). El propósito de estas últimas es adaptar la regulación de las relaciones individuales y colectivas de trabajo a las particulares características de una actividad económica.
- c. El tratamiento que hace el TC del denominado régimen laboral agrario es solo comparativo y sin mayor sustento doctrinal. Los fundamentos 29 a 31 de la sentencia más se basan en opiniones de los representantes y declaraciones de la OIT, pero en menor medida recurren a los convenios internacionales de

(10) QUIÑONES INFANTE, Sergio; SANCHEZ REYES, Christian: “Igualdad ante la ley y regímenes laborales especiales”. En: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Libro homenaje a Javier Neves Mujica, primera edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009, pp. 291-307

(11) *Ibid.*, p. 297.

dicho organismo sobre los temas involucrados, a pesar de que varios de ellos fueron mencionados en un apartado anterior dedicha sentencia.

- d. El test de igualdad aplicado por el TC deja mucho que desear:
- i. **La intensidad de la intervención no es leve, sino grave**, toda vez que el artículo 2 de nuestra Constitución hace referencia de manera expresa a 7 causales de discriminación y “a las de cualquier otra índole”; de ese modo, no creemos que si, por ejemplo, la ley comentada hubiera dispuesto que los trabajadores con Sida solo tendrían derecho a la mitad de los subsidios de ley por incapacidad temporal, o que los trabajadores de la tercera edad, a partir de los 65, no tendrían indemnización por despido arbitrario, el TC se hubiera atrevido a sostener que la intensidad era leve porque no aparecen en el art. 2 de la Constitución ambas causas de discriminación.
 - ii. **El análisis de idoneidad también resulta afectado**, porque no se ha diferenciado a los trabajadores agrarios permanentes de los estacionales y han sido mezclados como en un cajón de sastre unos con otros, incluyendo a los que no desarrollan labores agrícolas.
 - iii. **El análisis de necesidad no parece tener ninguna justificación y ni siquiera debió ser planteado**, toda vez que a los sub-principios del test les faltó incluir elementos de evaluación complementaria, como han planteado Quiñones y Sánchez, tales como buscar la ponderación de medios alternativos menos gravosos y de aplicación preferencial. Para nosotros, la ley 27360 y su reglamento, D.S. 049-2002-AG, es triple y agresivamente gravoso, primero: porque da un régimen tributario especial y diferenciado hasta el 31 de diciembre del 2021 a las empresas del sector en materia de impuesto a la renta, reconocimiento de depreciaciones por inversión y recuperación anticipada del IGV; segundo: restringe sin justificación sostenible varios derechos laborales de los trabajadores agrarios; y, tercero, da normas favorables para los empresarios en materia de seguridad social, al reducirles la obligación de pago de contribuciones patronales a Essalud por prestaciones de salud del 9 % al 4 %, perjudicando al Estado y beneficiando a los empresarios.

VI. PROBLEMÁTICA Y PERSPECTIVAS DEL CONTRATO DE TRABAJO AGRARIO EN ALGUNOS DE SUS PRINCIPALES ASPECTOS

El denominado régimen laboral agrario (nos sentimos más técnicamente a gusto llamándole por su nombre: “contrato especial agrario”, ya que el régimen especial de trabajo es algo mucho más complejo y elaborado, con pocos rasgos de supletoriedad del derecho laboral común), tiene una serie de aspectos novedosos e interesantes, pero en el presente artículo, por su densidad y limitada extensión, solo nos hemos propuesto abordar las instituciones juslaborales enunciadas. Veamos.

1. Contratación.

El contrato de trabajo agrario puede ser, según disponen el art. 7.1 de la ley 27360, por tiempo indeterminado o determinado, dependiendo de la naturaleza y circunstancias propias de la actividad de que se trate. El art. 19 del Reglamento (D.S. 049-2002-AG, de 10.09.02), en síntesis dispone que los contratos modales suscritos deberán ser presentados por los empleadores ante la Autoridad Administrativa de Trabajo de su jurisdicción el último día hábil de cada semestre calendario, están exonerados del pago de tasas administrativas, debiendo adjuntarse 3 ejemplares de los contratos, copia simple del RUC de los empleadores y copia simple del documento presentado a la Sunat para acogerse a los beneficios de esta ley. Si se presentan extemporáneamente deberán pagar una tasa equivalente al 0.32 % de la UIT. La Autoridad de Trabajo puede verificar ex-post la veracidad de los datos consignados en los contratos para ver si se produjo o no su desnaturalización por fraude, lo que implica su conversión automática en contratos por tiempo indeterminado.

Un contrato agrario modal puede presentar zonas grises o mejor dicho zonas conexas con otros contratos especiales que se superponen o confunden con aquel, tal como puede ocurrir con los contratos en empresas de exportación no tradicional, contratos entre parientes, etc., tal como tratamos de indicar:

- i. En todo el Perú los contratos de exportación no tradicional solo representaron el 12 % del total de contratos modales en el 2008. Es sorprendente que sigan en pie porque fueron diseñados políticamente desde hace más de 30 años para impulsar la naciente exportación de productos no tradicionales, so pretexto de la eventualidad de las labores y la sujeción de la contratación laboral a pedidos concretos de exportación y otros requisitos. Sanguinetti⁽¹²⁾ hace muy bien al sostener que ha tenido efectos contraproducentes en las condiciones de varios sectores laborales, se extraña de que el art. 80 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) haya sido una patente de corso a favor de dicho sistema contractual obsoleto, porque es una norma de claro perfil inconstitucional y debe ser depurada de nuestro ordenamiento jurídico para bienestar de los trabajadores y por la propia salud de nuestro tejido productivo. Cuadros Luque y Sánchez Reyes⁽¹³⁾, luego de analizar el sector textil exportador, concluyen también que estos contratos ya cumplieron su objetivo y en la actualidad generan más perjuicios que beneficios en el mercado de trabajo, quedando claro que las necesidades temporales de una empresa textil exportadora, o cualquier otra, agregamos, pueden ser satisfechas con los contratos temporales de la LPCL. Comentando la Casación

(12) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: "Los contratos de trabajo de duración determinada". En: *Soluciones Laborales*, Segunda edición, Gaceta Jurídica, nov. 2008, pp. 123-127.

(13) CUADROS LUQUE, Fernando – SANCHEZ REYES, Christian: "Efectos de la política de fomento del empleo temporal en la actividad textil exportadora". En: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Ob. cit., p. 169.

N° 1370-2005-Lima, de la Corte Suprema de Justicia, Toyama y Granados⁽¹⁴⁾ parecen estar de acuerdo con este sistema contractual porque, dicen, tiene la virtud de permitir a las empresas del sector tener la flexibilidad necesaria para adecuarse a las vicisitudes externas que se presentan en el mercado internacional.

- ii. Muchas familias trabajan juntas en la agricultura, siendo así, les resulta aplicable la segunda disposición complementaria, transitoria y derogatoria del D.S. N° 003-97-TR, que prohíbe la relación laboral en la prestación de servicios entre cónyuges y entre parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, salvo pacto en contrario, solo en el último caso.
- iii. En nuestro criterio, cuando hay una relación de causalidad entre la prestación y el tipo de contrato, se puede suscribir entre las partes algunos tipos de contratos modales o por tiempo determinado, resultando al parecer los más usuales los contratos intermitentes y los de temporada, por la propia naturaleza de la actividad agraria. Si no hay relación de causalidad, por mandato expreso de la ley, ambos contratos deben ser por tiempo indeterminado. Arce Ortiz⁽¹⁵⁾, al estudiar la contratación temporal en el Perú, sostiene que hay contratos estrictamente temporales (de obra determinada o servicio específico, necesidad de mercado, ocasional, suplencia y emergencia) y contratos temporales desvirtuados porque no tienen causa temporal (inicio o incremento de actividad, reconversión empresarial, contratos de exportación no tradicional). Pues bien, de acuerdo con dicho autor, sostenemos que en la actividad agraria deben usarse solo los estrictamente temporales.

2. Jornada de trabajo y descanso vacacional.

Solo hay una disposición escueta sobre jornada de trabajo (ya que el Reglamento hace mutis sobre el asunto) en una parte del numeral 7.1. del art. 7 de la Ley 27360. Allí se indica que se pueden establecer jornadas de trabajo acumulativas en razón de la naturaleza especial de las labores siempre que el número de horas trabajadas durante el plazo del contrato no exceda en promedio los límites máximos previstos por la ley. Luego se agrega que los pagos por sobretiempo procederán solo cuando se supere el referido promedio.

En el sector agrario se pueden aplicar varias clases de jornadas de trabajo conocidas en la doctrina y la legislación: jornada máxima, ordinaria, continua, discontinua, por turno, programada, a tiempo parcial, acumulativas, alternativas, atípicas, etc., según como se presente el tipo de actividad a desarrollar. Sin embargo,

(14) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge; GRANADOS CELI, Flavio. "Contratos de trabajo de exportación no tradicional ¿Cuándo son válidos y cómo se desnaturalizan?". En: *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 108, setiembre del 2007, pp. 237-244.

(15) ARCE ORTIZ, Elmer: *Derecho individual de Trabajo en el Perú*. Desafíos y deficiencias. Primera edición, Palestra Editores, Lima, junio, 2008, pp. 167-170.

el art. 7 comentado privilegia la posibilidad de las jornadas acumulativas en razón de la naturaleza especial de las labores; esto significa que se puede trabajar varios días seguidos con descansos semanales largos acumulados proporcionalmente, varias horas seguidas durante algunos días de la semana, tres semanas continuas con descansos acumulados, etc. Como se puede apreciar, las posibilidades son múltiples.

El gran problema que se presenta en las jornadas de trabajo en el sector agrario es cuando los trabajadores laboran en el sistema a destajo, como sucede en la industria esparraguera. Si bien se trata de un aspecto salarial que veremos infra, en el punto 5.3., tenemos que abordarlo parcialmente ahora por sus vinculaciones con la jornada: hace menos de un año en una empresa esparraguera en Trujillo los trabajadores se quejaban de que ganaban por destajo a razón de S/. 0.24 por kg cosechado, que su jornada de trabajo era de las 6 a.m. a las 5.30 p.m., con un intervalo de 12 m a 2 p.m. para el almuerzo, es decir, laboraban 9.30 horas, pero en realidad no descansaban por la abundancia del producto gracias al brillo solar, por lo que los supervisores exigían que el personal almuerce y de inmediato salga al campo a cosechar, con lo que sus horas sobrepasaban las 10 diarias, sin que les consideraran las horas extras.

Los trabajadores a destajo tienen un patrón o standart de medición de su rendimiento, que se fija promediando el número de piezas que pueden trabajar durante un día para ganar la remuneración mínima diaria. Si ellos avanzan la cantidad mínima prevista ganarán el salario mínimo del día, si son lentos o inexpertos emplearán más tiempo en la tarea y ganarán menos del mínimo, si son hábiles y dinámicos avanzarán mucho más del mínimo y ganarán mucho más que la remuneración mínima diaria. De ese modo, cuando el sistema es a destajo no hay jornada mínima ni remuneración mínima, por la propia naturaleza de la contraprestación tampoco se puede hablar de horas extras. A pesar de que dicha afirmación no deja de ser polémica, tiene sustento lógico y teórico.

Otro tema conexo es de las exclusiones y excepciones a la jornada máxima de trabajo, que en el art. 5 del D.S. N° 007-2002-TR y arts. 10 y 11 de su reglamento, D.S. 008-2002-TR, aparecen en el bloque de la frase “no se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que prestan servicios sujetos a fiscalización inmediata superior y los que realizan labores de intermitencia, vigilancia o custodia. Los trabajadores agrarios también pueden tener jornadas excluidas y exceptuadas de la jornada máxima, las jornadas intermitentes están dentro de las excepciones, por lo que deberán fijárseles jornadas máximas de 12 horas (contando las 8 horas efectivas de trabajo más el promedio razonable de 4 horas muertas o de no vigilia o no contracción al trabajo).

En cuanto al descanso vacacional constituye una injusticia que la Ley 27360 en su art. 7, párrafo 7.b) haya fijado el descanso en solo 15 días calendario remunerados por año de servicios o la fracción que corresponda. Aparte de esa reducción, en todo lo demás se aplica supletoriamente la legislación laboral común, esto

es, la contenida en el D.L. 713 y su reglamento para estos casos, por ejemplo: que algunas clases de contratos no dan lugar al goce de descanso físico por vacaciones, pero sí al respectivo pago; que las vacaciones son indisponibles a partir de los 15 días y no se puede pretender hacer una reducción o “venta” ilegal de las vacaciones por 7 días debidamente pagados, en forma adicional al pago de los días de descanso; que se puede acumular previo pacto entre los interesados, las vacaciones hasta por dos periodos; o que se puede cobrar triple remuneración por vacaciones no gozadas dentro de los parámetros estipulados por la ley.

3. **La remuneración y algunos de sus puntos emblemáticos: los pagos a destajo, la diarización de las remuneraciones periódicas y algunas de sus consecuencias**

Ya hemos visto antes que **el pago a destajo** es uno de los sistemas remunerativos imperantes en algunas clases de contratos agrarios, como el de los trabajadores de campo en las empresas esparragueras. En muchas de ellas se ha fijado el valor del trabajo o tarifa diaria estimando que en una jornada de 8 horas un trabajador puede cosechar 84 a 85 kilos, por eso es que les fijan una remuneración de S/. 21.46 diarios. Su remuneración por kilo es de S/. 0.255 y multiplicando dicho valor por 84 kilos da el importe de S/. 21.46. De ese modo, para ellos en la práctica se ha proscrito la remuneración mínima vital porque si laboran más, igual o menos de 8 horas diarias, no ganarán su importe si es que no cosechan como mínimo los 84 kg. En consecuencia, tampoco se le abonan horas extraordinarias, porque va contra la naturaleza del sistema.

En cuanto a la **diarización de las remuneraciones periódicas o pago de la remuneración diaria**, el párrafo 7.2., inc. a), del art. 7 de la Ley 27360 prescribe que los trabajadores agrarios se sujetarán a un régimen que tendrá como una de sus características especiales el “derecho a percibir una remuneración diaria (RD) no menor a S/. 16.00 en ese entonces (ahora son S/. 21.46 diarios o S/. 643.80 mensuales porque la RMV está en S/. 18.33 diarios o S/. 550 mensuales), siempre y cuando laboren más de 4 (cuatro) horas diarias en promedio. Dicha remuneración incluye la Compensación por Tiempo de Servicios y las gratificaciones de Fiestas Patrias y Navidad y se actualizará en el mismo porcentaje que los incrementos de la Remuneración Mínima Vital.

Si la jornada de trabajo en el sector agrario es de más de 4 horas diarias en promedio, la remuneración será igual hasta llegar a las 8 horas diarias, sea que las personas trabajen 4.15, 4.30, 5, 6, 7 u 8 horas diarias. Ergo, si trabajan menos de 4 horas deberán ganar la remuneración proporcional a las horas trabajadas, con lo que nos enfrentamos a dos injusticias: una para arriba, porque el que trabaja más de 4 diarias ganará igual que el que trabaja 7 u 8 horas diarias, y una para abajo, porque es injusto que si un trabajador gana el total por más de 4 horas de trabajo otro que trabaja menos de 4 horas tenga que ganar dicha proporcionalidad en función de sus horas trabajadas, pero en relación a la jornada de 8 horas. Más práctico

y equitativo hubiera sido que simplemente se respete la proporcionalidad sin mencionar el parámetro de las 4 horas diarias.

Es injusto haber dispuesto que las gratificaciones y la compensación por tiempo de servicios se incluyan dentro de la remuneración diaria, porque ello atenta contra la naturaleza jurídica de ambas instituciones salariales, que son propender de un mayor ingreso al trabajador con motivo de los egresos adicionales en su presupuesto en los meses de julio y diciembre y tener una finalidad de previsión social o de reserva para el laborante cuando concluye su contrato y pueda tener algo con qué agenciarse sus medios de vida.

La CTS, sus intereses, depósitos, traslados y retiros, a pesar de que constituye incuestionablemente una remuneración, por mandato de la quinta disposición derogatoria y final del D.S. 001-97-TR-T.U.O. del D. Leg. 650-, están inafectos o en todo caso exonerados de todo tributo creado o por crearse, sea que se trate del impuesto a la renta y los pagos de aportaciones por prestaciones de salud y accidentes o enfermedades profesionales a Essalud, Oficina de Normalización Previsional o Sistema Privado de Pensiones. Su inclusión global en un solo rubro remunerativo complejiza su tratamiento administrativo, así como su tratamiento en los campos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

En lo referente a algunas de las consecuencias de la diarización de las remuneraciones periódicas, nos permitimos hacer los siguientes comentarios:

La diarización de las gratificaciones por fiestas patrias y navidad y de la CTS traen múltiples consecuencias en los campos del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social, por la sencilla razón de que casi todos los beneficios laborales (pago de horas extras, vacaciones, asignación por escolaridad, gratificaciones, bonificación extraordinaria, CTS, indemnización por despido arbitrario, etc.) y beneficios de la seguridad social (subsídios por incapacidad temporal, maternidad, aportes a Essalud, seguro de vida, accidentes de trabajo y pensiones) se pagan con el valor de la última remuneración ordinaria mensual. Al diarizarse dichas remuneraciones periódicas, tienen efectos en casi todas las instituciones precitadas y otras porque las remuneraciones periódicas pasan como si fueran parte de la remuneración ordinaria. Como el tema es bastante amplio, vamos a referirnos solo a algunos de sus efectos.

a. Consecuencias en el pago de otros conceptos remunerativos y no remunerativos.

La Ley 27360 y su Reglamento, D.S. N° 049-2002-AG no prescriben nada sobre la supletoriedad del derecho laboral común al contrato especial agrario respecto de otros conceptos remunerativos y no remunerativos, pero esta funciona en toda su extensión. En consecuencia, a los trabajadores agrarios se les debe abonar asignación familiar cuando tienen hijos con derecho a percibirla, así como tienen derecho a percibir otras asignaciones, bonificaciones

y conceptos salariales que se logren por convención colectiva, costumbre, contrato individual o acto unilateral del empleador. Todo ello está en función directa del tipo de actividad, tipo de empresa, manejo de la política salarial, etc.

b. Consecuencias en el pago de las gratificaciones por fiestas patrias y navidad.

La ley N° 29351, del 2009, dispuso la inafectación de las gratificaciones de fiestas patrias y navidad de los años 2009 y 2010 para el pago de las aportaciones por concepto de prestaciones de salud a Essalud, que son de cargo exclusivo del empleador con el importe del 9 % mensual de las remuneraciones percibidas. El reglamento, D.S. N° 007-2009-TR, precisó también que las inafectaciones eran aplicables a los regímenes laborales especiales.

Como el tema no quedó del todo claro, la Gerencia de la Sociedad Nacional de Industrias formuló consulta a la Oficina de Asesoría Jurídica del MTPE, quien con Informe N° 456-2009-MTPE/9.110 opinó que la ley 29351 no era aplicable a los regímenes especiales porque, sorprendente error, en estricto en el régimen agrario no se otorga gratificaciones ni CTS, sino un concepto diferente a aquellos que sustituye totalmente. Como la posición de Asesoría Jurídica y su Informe era discutible y no resultaba del todo satisfactorio, se reiteró la consulta y se emitió un nuevo Informe N° 762-2009-MTPE/9.110, donde se volvió a sentar posición a favor de la inafectación de las gratificaciones en el régimen agrario porque dicho beneficio se encuentra consolidado junto con la CTS dentro de la remuneración diaria.

El Equipo de Investigación de Soluciones Laborales⁽¹⁶⁾, al igual que Díaz Quintanilla⁽¹⁷⁾, han opinado que se debe desagregar dichos conceptos a efectos de aplicar la inafectación correspondiente a las dos gratificaciones (fiestas patrias y navidad), pero no a la CTS, la segunda autora incluso ha hecho un agregado: la ley 29351 es heterónoma y de carácter imperativo, por lo que debe ser acatada por todos los regímenes laborales especiales. Considero que la última afirmación es muy discutible y puede devenir en una generalización peligrosa.

Nuestra posición personal es que de acuerdo a lo expresamente dispuesto en los arts. 3 de la Ley 29351 y 7 de su reglamento, D.S. N° 007-2009-TR, la inafectación corresponde al monto que resulte de aplicar el porcentaje del 9 % a cargo del empleador a lo percibido por el trabajador en el periodo por

(16) Vid artículo: “¿Es aplicable la inafectación de las gratificaciones en el sector agrario?”. En: *Soluciones Laborales*, N° 22, octubre 2009, p. 26

(17) DIAZ QUINTANILLA, Raquel: “Obligaciones derivadas de las gratificaciones legales”. En: *Soluciones Laborales*, N° 30, junio 2010, pp. 13-19.

concepto de gratificaciones de fiestas patrias y navidad, ya que es antitécnico confundir conceptos remunerativos ordinarios con conceptos periódicos, por la alteración que conllevan para todo el Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social.

c. Consecuencias en el pago de la bonificación extraordinaria derivada del pago de las gratificaciones de julio y diciembre del 2009 y 2010.

Por las mismas razones aducidas supra, a pesar de que este tema no aparece en ninguno de los informes ni análisis, los trabajadores agrarios deben recibir el pago o los reintegros de su bonificación extraordinaria de julio y diciembre del 2009 y 2010.

d. Consecuencias en el pago de la indemnización por despido arbitrario.

En cuanto a la Indemnización por despido arbitrario, el art. 7, parágrafo 7.2. c) de la Ley 27360 señala que en caso de despido arbitrario, la indemnización es equivalente a 15 días de remuneración diaria por cada año completo de servicios, con un máximo de 180 remuneraciones diarias. Las fracciones de año se abonan por dozavos. Dicha indemnización se aplica única y exclusivamente a los trabajadores con contrato de trabajo vigente a partir de la fecha de vigencia de la ley, siempre que superen el periodo de prueba, situación que la ley no señala, pero se sobreentiende de acuerdo al régimen ordinario.

Los trabajadores que laboran en las empresas agrarias desde antes de la fecha de vigencia de la ley, aunque se hayan acogido al nuevo régimen de contratación previo acuerdo con el empleador, aunque cesen con posterioridad a la vigencia de aquella y aunque vuelvan a ser recontractados bajo cualquier modalidad antes o después de un año del cese, por mandato expreso del numeral 10.2 del art. 10 de la ley 27360, si es que son despedidos arbitrariamente se les abonará su indemnización de conformidad con las disposiciones contenidas en los arts. 38 y 76 del D.S. 003-97-TR.

En cuanto al pago de la indemnización por despido arbitrario (IDA) hay que tener en cuenta complementariamente lo siguiente:

- i. La indemnización ha sido reducida en un 50 % respecto de la regulada en el derecho laboral común, tanto en su monto en dinero como en su tope en el tiempo, que es de hasta 6 meses de pago como máximo;
- ii. Como la remuneración diaria incluye remuneraciones ordinarias y periódicas, existe la duda de si la remuneración computable incluirá o no las remuneraciones periódicas. Sostenemos que para el cálculo de la IDA debe detraerse las remuneraciones periódicas diarizadas.

- iii. Se reduce también la remuneración que sirve de base de cálculo en relación al Derecho del Trabajo común, ya que allí se computa una y media remuneración ordinaria por cada año de servicios en los contratos de tiempo indeterminado y una y media por cada mes que falta por laborar en los contratos por tiempo determinado, con el tope de hasta 12 meses en ambos casos, mientras que en la Ley de Promoción del Sector Agrario la remuneración que sirve como base de cálculo únicamente es media remuneración ordinaria;
 - iv. La redacción del inc. c) del numeral 7.2. del art. 7 de la ley comentada es antitécnica, reduccionista y errónea porque solo regula la indemnización para los contratos por tiempo indeterminado, pero no la regula para los contratos por tiempo determinado. ¿Significa ello que en estos últimos contratos se debe aplicar el régimen laboral común?. Nuestra respuesta es contundentemente no, por lo siguiente: a) Si la normatividad común otorga presunción “*juris tantum*” al contrato por tiempo indeterminado, no resulta lógico ni racional conceder mayores beneficios al contrato por tiempo determinado; y, b) Como la orientación de la ley es consagrar derechos reducidos a los trabajadores agrarios, tiene que resolverse el asunto concediéndoles la IDA a razón de media remuneración ordinaria mensual por cada mes que les falta para el vencimiento del contrato hasta el tope de 180 remuneraciones diarias o su equivalente que son 6 meses; y,
 - v. También la IDA para los trabajadores con contrato indeterminado es reduccionista en cuanto a que solo se computan las fracciones de año por dozavos. En la legislación laboral común no solo se pagan los años, sino también los meses y días por dozavos y treintavos, respectivamente. ¿Puede funcionar la supletoriedad para el pago de los treintavos por fracciones de días? Nos parece que no, porque la norma especial prima sobre la ley general.
- e. Consecuencias en el pago de las utilidades.**

En cuanto a las utilidades, la normatividad especial no las regula para los trabajadores agrarios, razón por la que hay que recurrir en vía supletoria a los D. Leg. 677, de 07.10.91, y 892, de 11.11.96., siempre y cuando las empresas del Sector generen rentas de tercera categoría.

Como la actividad agraria es compleja, puede que las utilidades tengan que tratarse como actividad industrial, agroindustrial o solo agraria. En las empresas industriales la participación es del 10 % de la renta anual antes de impuestos, en las empresas que realizan otras actividades la participación es del 5 % (art. 2 del D. Leg. 892). Cuando se da la mixtura en diversos campos de actividad, la segunda parte del art. 3 del D.S. N° 009-98-TR, de 06.08.98, Reglamento de la Ley de Utilidades, resuelve el impase prescribiendo que si la empresa desarrolla más de una actividad de las comprendidas en el art. 2

de la ley precitada, se considerará la actividad principal, entendiéndose por esta a la que generó mayores ingresos brutos en el respectivo ejercicio.

Tampoco hay que perder de vista que en la actividad agraria muchas entidades están excluidas tanto de la participación en las utilidades como de la participación en la gestión y la propiedad, de conformidad con los arts. 9, 10 y 11 del D. Leg. N° 677, ya que se trata de cooperativas, empresas autogestoras, empresas comunales, o porque no exceden de 20 trabajadores.

Para concluir este acápite, también hay que señalar que la incorporación de las remuneraciones periódicas dentro de la remuneración diaria solo tiene influencia directa sobre el pago de las utilidades en el caso de los topes de 18 remuneraciones ordinarias mensuales, ya que para el pago del 50 % de aquellas según las remuneraciones percibidas se consideran tanto las remuneraciones ordinarias como las periódicas.

VII. CONCLUSIONES

- a. La actividad agraria y agroindustrial peruana es muy compleja y disimil, a lo que coadyuva nuestra biodiversidad y complejo mosaico geográfico. Su PEA ocupada está compuesta en su gran mayoría por trabajadores autónomos, con ingresos bajos y con altos índices de pobreza y pobreza extrema. Parte de sus productos de exportación tradicional vienen afrontando una serie de problemas.
- b. La agroindustria costeña del espárrago, como producto de exportación no tradicional, tiene grandes realizaciones y perspectivas, gracias a factores geográficos, climatológicos, tecnológicos, industriales y de otra índole.
- c. La ley 27360 es demasiado genérica y no distingue los diversos contextos en los que se desenvuelven las diversas actividades agrarias. Se ha dictado para favorecer a unas minorías, que son los grandes empresarios, y no a las mayorías, que son los paupérrimos trabajadores.
- d. La sentencia del TC recaída en el Exp. N° 00027-2006-PI deja mucho que desear, no ha compulsado adecuadamente el análisis de la realidad ni ha tenido en cuenta el análisis tridimensional del derecho.
- e. La ley de contratos de exportación no tradicional debe ser derogada por estar desfasada frente a la realidad y porque sus espacios ya han sido cubiertos por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que necesita también algunas modificaciones urgentes en materia de contratación.
- f. La Ley 27360 es antitécnica y arbitraria en la regulación del contrato de trabajo agrario, la diarización de las remuneraciones periódicas desestabiliza nuestro sistema de ordenamiento de beneficios en los campos del Derecho del Trabajo y del Derecho de Seguridad Social.