Reflexiones acerca de la promoción de la inversión privada y el régimen laboral, migratorio y tributario de los trabajadores extranjeros

Beatriz Alva Hart
Profesora de Derecho del Trabajo
Universidad de Lima

En el común de los días escuchamos acerca de la necesidad de implementar normas y políticas tendientes a incentivar y promover la inversión privada nacional e internacional. De la revisión del status quo de la regulación laboral que facilita la contratación de personal extranjero, nos encontramos con el Decreto Legislativo No. 689 y su Reglamento aprobado por D.S. 014-92-TR. Estas normas han ido ajustándose a las exigencias de la modernidad con el paso de los años.

Sin embargo, consideramos que esas modificaciones no son suficientes y no se condicen con las leyes que regulan temas paralelos pero consustanciales y que permitirán la viabilidad de la tan aludida promoción de la inversión privada nacional e internacional. Nos referimos al régimen migratorio regulado por el Decreto Legislativo N° 703, Ley de Extranjería y al régimen tributario normado básicamente por la Ley del Impuesto a la Renta.

Analicemos, entonces, cada una de estas temáticas:

I. Ley de Contratación de Extranjeros

El Decreto Legislativo N° 689, define al trabajador extranjero, como aquel que presta servicios en un país que no es el suyo, ni por nacimiento, ni por naturalización.

Señala que los empleadores deben dar prioridad a la contratación de trabajadores nacionales, señalando supuestos específicos para la contratación de trabajadores extranjeros. Para tal efecto, se puede contratar trabajadores extranjeros sólo si éstos no superan al 20% del total del número de trabajadores de la empresa y siempre que sus remuneraciones no excedan del 30% del total de la planilla de

pagos o, solicitando la exoneración de dichos porcentajes cuando se trate de un profesional especializado, o de un trabajador de dirección y/o gerencial de una nueva actividad empresarial, o de profesores, o cuando se trate de personal de empresas del sector público o de empresas privadas que tengan contratos celebrados con organismos o instituciones del sector público.

Adicionalmente, la ley recoge casos de excepción en virtud a los que se considera al extranjero como nacional, sólo para efectos laborales. Ello implica, entonces que para esos casos de excepción, los extranjeros no están sujetos a los límites porcentuales del número de trabajadores ni de monto de la remuneración, resultándoles de aplicación el régimen laboral común de la actividad privada. Los casos de excepción están referidos a los siguientes supuestos:

a) El extranjero con visa de inmigrante.
b) El extranjero con cuyo país exista convenio de reciprocidad laboral o de doble nacionalidad.
c) El personal de empresas extranjeras dedicadas al servicio internacional de transporte, terrestre, aéreo o acuático con bandera y matrícula extranjera.
d) El personal extranjero que labore en las empresas de servicios multinacionales o bancos multinacionales, sujetos a las normas legales dictadas para estos casos específicos.
e) El personal extranjero que, en virtud de convenios bilaterales o multilaterales celebrados por el gobierno del Perú, prestaren sus servicios en el país.
f) El inversionista extranjero, haya o no renunciado a la exportación del capital y utilidades de su inversión, siempre que ésta tenga un monto permanente durante la vigencia del contrato no menor de 5 U.I.T.
g) Los artistas, deportistas y en general aquellos que actúen en espectáculos públicos en el territorio de la República, durante un período máximo de tres meses al año.

El reglamento, por su parte, precisa que los extranjeros que estén dentro de los supuestos a), b), c) y g) arriba mencionados, se sujetan a las mismas normas que aplican a trabajadores de nacionalidad peruana, es decir al régimen laboral de la actividad privada. En ese sentido, en dichos casos, los extranjeros pueden ser contratados a plazo indeterminado o por medio de un contrato sujeto a modalidad.

Sobre la base del conocimiento previo de lo señalado líneas arriba, tenemos que la contratación de un extranjero debe verificarse en un contrato de trabajo por un período inicial no mayor de 3 años, pudiendo prorrogarse sucesivamente por

períodos que no excedan a dicho plazo. Asimismo, se establece que los contratos de trabajo surtirán efectos, a partir de la fecha de su aprobación por la Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante AAT), haciéndose la salvedad que no obstante dicha aprobación, el trabajador sólo podrá iniciar la prestación de sus servicios una vez obtenida la calidad migratoria habilitante.

Es en este momento que nos encontramos con la primera dificultad para facilitar la contratación de un extranjero, porque si bien pareciera meridianamente sencillo obtener la aprobación del contrato de trabajo ante la AAT, no corre la misma suerte la obtención de la visa de trabajo, que es precisamente la que permite al final que el extranjero pueda prestar sus servicios en el país.

II. Ley de Extranjería

La Ley de Extranjería establece una clasificación de condiciones migratorias y de visas y los procedimientos para obtenerlas, así como las normas para el ingreso, permanencia, residencia, salida, reingreso y control de extranjeros en el territorio de la República, estableciendo la política de inmigración y la política de emigración.

Para tales efectos, la norma señala que los extranjeros podrán ser admitidos con las siguientes calidades migratorias:

a) Diplomática, Consular u Oficial, para quienes el Estado Peruano a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, les reconoce la calidad de tales.

b) Asilado Político y Refugiado, para quienes el Estado Peruano, a través del Ministerio del Ministerio de Relaciones Exteriores, les otorga calidad de tales y se encuentran sujetos a disposiciones especiales.

c) Turista, que son aquellos que ingresan al país sin ánimo de residencia y que no pueden realizar actividades remunerativas o lucrativas.

d) Transeúnte, que son quienes ingresan de tránsito con destino a otros países.

e) Artista, que son aquellos que ingresan sin ánimo de residencia, con el propósito de desarrollar actividades remuneradas de carácter artístico o vinculadas a espectáculos, en virtud de un contrato autorizado por la autoridad correspondiente.

f) Religioso, son aquellos miembros de organizaciones religiosas reconocidas por el Estado Peruano que ingresan al país en cumplimiento de funciones vinculadas al credo que profesan.

g) Estudiante, aquellos que ingresan al país con fines de estudio en Instituciones o Centros Educativos reconocidos por el Estado Peruano.

h) Negocios, son aquellos que ingresan al país sin ánimo de residencia, que no pueden percibir renta de fuente peruana y que están permitidos de firmar contratos o transacciones.

i) Trabajo, son aquellos que ingresan al país con el fin de realizar actividades laborales en virtud de un contrato previamente aprobado por el Ministerio de Trabajo.

De la simple lectura, podríamos suponer que basta con tener el contrato de trabajo aprobado por la AAT para que automáticamente podamos contar con la visa de trabajo.

Sin embargo, la realidad es totalmente distinta. Si bien la calidad migratoria habilitante supone contar con la visa de trabajo, ésta visa no es otorgada por los Consulados Peruanos en los países de origen, aún cuando el extranjero presente copia del contrato de trabajo debidamente autorizado por la AAT.

Para iniciar el referido trámite el extranjero debe gestionar una visa de negocios ante el Cónsul del Perú en el país de origen o gestionar un permiso para firmar el trabajo, en caso haya ingresado con visa de turista.

Con la calidad migratoria respectiva, se presenta el contrato de trabajo aprobado con el pago de los derechos correspondientes ante la Dirección de Migraciones y Naturalizaciones de la Dirección General de Gobierno Interior solicitando el cambio de la calidad migratoria a visa de trabajo.

Este trámite que en principio tiene un plazo aproximado de 45 días, generalmente se extiende por razones no imputables a la Dirección de Migraciones y Naturalización, sino a los tiempos específicos que tienen los servicios de Interpol de cada país, y que además exige la permanencia del extranjero hasta obtener el cambio de calidad migratoria. De allí que si el extranjero necesita salir del país en el entretanto, requiere de un permiso especial que en muchos casos, suspende el trámite de la visa.

Y durante todo este tiempo, la pregunta natural que surge es ¿ qué hace el extranjero? Dado que teóricamente no puede trabajar y por lo tanto no contribuye en la generación de la renta de su empresa, pero sí a la generación de gastos que se generan como consecuencia de su estadía obligatoria.

Y la respuesta lógica es, en muchos casos, que el extranjero en forma esporádica y tangencial inicia la prestación efectiva de servicios, corriendo el riesgo que luego de una fiscalización de la Policía de Extranjería, se le deporte del país.

III. Ley del Impuesto a la Renta

En nuestros primeros comentarios de esta reflexión, hacemos alusión a una tercera norma que conforma este triunvirato regulatorio del régimen migratorio laboral, y es la Ley del Impuesto a la Renta, que contrariamente a las restricciones y exigencias destacadas en los párrafos precedentes, acepta que un extranjero con visa de negocios perciba rentas en el territorio nacional. En otras palabras, para la Administración Tributaria un extranjero con contrato de trabajo aprobado y con sólo visa de negocios puede trabajar y percibir renta por ello.

Así las cosas, la Ley del Impuesto a la Renta no considera como requisito para el inicio de las labores de un trabajador extranjero, el contrato de trabajo aprobado por la AAT y la calidad migratoria habilitante, que es la visa de trabajo.

El artículo 13° de la Ley del Impuesto a la Renta señala en su tercer párrafo lo siguiente:

> *"Los extranjeros en caso de ingresar con visa de negocios o de no imigrantes residente, y que cuenten con un contrato de trabajo aprobado o presentado antes las autoridades de trabajo pertinentes, entregarán a las autoridades migratorias, al momento de salir del país, una carta de garantía de sus empleadores o de los representantes legales de éstos, por medio de la cual certifiquen haber efectuado la retención de impuestos correspondiente y conste que, en todo caso, se responsabilizarán por cualquier tributo que pudiera adeudarse por dicho concepto."*

De allí que a la salida del país de un extranjero con visa de negocios, se le exige la presentación de una carta de la empresa certificando que le han efectuado las retenciones debidas, producto de la ejecución de labores o como sucede también en muchos casos, señalando que no ha realizado labor alguna y en consecuencia, no se ha generado renta.

Resulta evidente que del análisis de las normas bajo comentario, el sistema migratorio laboral no es claro, ya que por un lado las normas laborales y migratorias apuntan a privilegiar el status o condición del extrajero, por otro lado, la norma tributaria se ocupa de la generación de ingresos, estableciendo y permitiendo un supuesto negado por las anteriores.

La grave contradicción vigente en la normatividad nacional sobre este particular y las dificultades de los procedimientos, promueven el incumplimiento reiterado de las normas laborales y migratorias por parte de las empresas contratantes. Por consiguiente, es necesario consensuar los campos de aplicación de las disposicio-

nes bajo análisis, sus considerandos a efectos de conseguir un punto de equilibrio que permita por un lado, proteger al trabajador nacional, garantizar la idoneidad del trabajador extranjero y eliminar la evasión tributaria.

IV. Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Atendiendo, en consecuencia, a la problemática que se presenta diariamente en la contratación de personal extranjero, el Anteproyecto de Ley General de Trabajo propone, en el artículo 46°, la modernización del procedimiento de aprobación de los contratos de trabajo de extranjeros, estableciendo la aprobación automática de los mismos, contra su sola presentación ante la AAT con los documentos de sustento requeridos, sin perjuicio de que ésta realice el control posterior, para verificar la autenticidad de los datos.

Adicionalmente, en el artículo 45° del Anteproyecto se señala que la autoridad competente al otorgar la visa correspondiente, tendrá en cuenta el plazo de duración del contrato. Esta salvedad, es muy importante, ya que de acuerdo a lo previsto en el artículo 34° de la Ley de Extranjería, el carnet de extranjería como documento de identidad del extranjero en nuestro país, tiene un plazo de un año, de tal manera que los contratos de trabajo por períodos menores no generan el derecho a dicho carné, sino solamente a un permiso temporal.

Ahora bien, consideramos que esta propuesta legislativa debería comprender también, un grado de flexibilidad en lo que respecta al trámite migratorio. Y así como se plantea la aprobación automática del contrato de trabajo sujeto a revisión posterior, debería plantearse también la posibilidad de una autorización temporal de trabajo, en tanto dure el trámite correspondiente ante la Dirección General de Migraciones y Naturalización y los servicios de Interpol, lo que supone que la empresa y el extranjero han cumplido con los requisitos exigidos por la AAT para la aprobación del contrato y que el trámite para la obtención definitiva de la visa de trabajo.

La resistencia a permitir la existencia de un permiso temporal para trabajar se basa en el temor a la proliferación de la informalidad en la contratación de personal extranjero y en la falta de control de la idoneidad de la persona. Si bien esta necesidad rigurosa de control es exigible, pensamos que para el caso de la contratación de personal extranjero, éste control se da previamente en dos momentos: el empleador quien elige al trabajador por sus cualidades personales y profesionales y la AAT, quién verifica la formalidad del empleador y las calificaciones profesionales del extranjero.

La implementación de la aprobación automática del contrato de trabajo y de la extensión de un permiso temporal para trabajar, previo a la visa de trabajo, otorgaría mayor flexibilidad y efectividad al sistema de contratación de personal extranjero y restringiría, cuando no eliminaría, cualquier indicio de corrupción que pueda darse tanto a nivel de la Dirección General de Migraciones y Naturalización y la Policía de Extranjería.

Este mayor dinamismo en la contratación de personal permitirá que la inversión privada, sea nacional o extranjera, pueda contar con el personal capacitado y calificado que requiere para sus actividades en el menor tiempo y sin los sobrecostos propios de la falta de articulación de la normatividad vigente.