

LOS TRABAJADORES DESIGNADOS Y SU REGULACIÓN LEGAL EN EL PERÚ: ANÁLISIS DESDE LO TRIBUTARIO - LABORAL

 Ernesto CÁRDENAS TERRY

SUMARIO I. Concepto de trabajadores designados. II. Conceptos tributario-laborales. 1. Contribuciones a EsSalud. 2. Aportaciones previsionales. 3. Impuesto a la Renta. III. Legislación aplicable a los trabajadores designados. IV. Propuestas respecto a la regulación de los trabajadores designados. 1. Efectiva fiscalización del servicio inspectivo del Ministerio de Trabajo. 2. Exigibilidad de contribuciones y aportaciones al empleador extranjero. 3. Celebración de convenios internacionales en materia de contribuciones y aportaciones tributario-laborales. V. Conclusiones

I. CONCEPTO DE TRABAJADORES DESIGNADOS

Desde la perspectiva legal, el análisis de la política migratoria adoptada por nuestro país (que es la que determinará si los criterios de admisión del personal extranjero que viene a prestar servicios al Perú serán flexibles o rigurosos) debe efectuarse a partir de la regulación contenida en el Decreto Legislativo N° 703, Ley de Extranjería⁽¹⁾, norma que fue parcialmente modificada en el año 2008 mediante Decreto Legislativo N° 1043.

Así, el artículo 11° de la norma bajo comentario contiene dos calidades migratorias que permiten a los extranjeros prestar servicios de manera subordinada o dependiente en el territorio nacional: (i) calidad migratoria de trabajador; y (ii) calidad migratoria de trabajador designado.

(1) En principio, el Decreto Legislativo N° 703, que fue publicado el 14 de noviembre de 1991, condicionó su vigencia a la publicación de su Reglamento (Quinta Disposición Transitoria). Sin embargo, mediante el Decreto Ley N° 25599 se dejó sin efecto dicha condición y la Ley de Extranjería empezó a regir a partir del 18 de julio de 1992 (pese a que aún existen varios temas en la Ley que hacen referencia a su posterior regulación por el Reglamento).

Conforme a lo dispuesto en los artículos 13° y 15° de la referida norma, a la calidad migratoria de trabajador designado le corresponde solamente una visa temporal, que permite la admisión y permanencia de un extranjero en el territorio nacional hasta por 90 días, prorrogables (hasta por 1 año). En cambio, a la calidad migratoria de trabajador se le podrá otorgar visa temporal o de residente (según sea solicitado por el interesado); en este último caso, la visa autoriza la admisión y residencia de un extranjero en el país por un año, prorrogable (de manera indefinida, siempre que se cumpla con las prórrogas anuales y con el requisito de permanecer en el Perú por más de 183 días en cualquier periodo de 12 meses, conforme al artículo 42° de la norma en comentario). Esto significa que los trabajadores designados solo pueden obtener un sello de visa temporal en sus pasaportes, mientras que los extranjeros que ostentan la calidad migratoria de trabajador pueden solicitar una visa de residente y el correspondiente Carné de Extranjería.

Para los efectos de la presente ponencia, nos limitaremos a analizar la primera figura mencionada, por lo que nos referiremos a aquellos extranjeros que ingresan a nuestro país con dicha calidad migratoria como “trabajadores designados”.

Esta calidad migratoria resulta aplicable para aquellos extranjeros “que ingresan al país sin ánimo de residencia y con el fin de realizar actividades laborales enviados por su empleador extranjero por un plazo limitado y definido, para realizar una tarea o función concreta o un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o altamente especializados de otra índole”⁽²⁾. La norma citada añade que dicha calidad migratoria permite firmar contratos o transacciones, pero no habilita a realizar actividades remuneradas o lucrativas ni recibir renta de fuente peruana, salvo el caso de dietas como Director de empresas domiciliadas en el Perú u honorarios como conferencistas o consultores internacionales en virtud de un contrato de servicios que no exceda de 30 días calendario continuos o acumulados dentro de un periodo cualquiera de 12 meses.

Apreciamos, pues, la existencia de una contradicción. Esta calidad migratoria aplica para los trabajadores que van a realizar actividades laborales por encargo de un empleador no domiciliado en el país, pero –de acuerdo con la propia norma– no permitiría que tales actividades sean remuneradas o generen rentas de fuente peruana. Sobre este último concepto ahondaremos más adelante, pero en este punto conviene señalar que la Dirección General de Migraciones y Naturalización del Ministerio del Interior (Digemin) en los hechos ha salvado esta contradicción interpretando que la prohibición contenida en la norma se refiere a una retribución recibida de una empresa local, por lo que sí se permite que el trabajador designado reciba su remuneración pero de quien es su empleador (la empresa extranjera)⁽³⁾.

(2) Literal r) del artículo 11° del Decreto Legislativo N° 703, incorporado por el Decreto Legislativo N° 1043.

(3) Esta interpretación, por ejemplo, lleva a los funcionarios de Digemin a exigir que en el contrato de servicios entre las empresas, se señale expresamente que toda remuneración será pagada

Ahora bien, es importante destacar que la calidad migratoria bajo análisis implica la presencia de dos empresas: la primera debe estar domiciliada en el Perú y realizar labores en el país, mientras que la segunda debe estar domiciliada en el extranjero. Ambas deben celebrar un contrato de prestación de servicios, en virtud del cual la empresa domiciliada en el extranjero se obliga a prestarle cierto tipo de servicios a la empresa domiciliada en el Perú. Esos servicios deben ser de tal naturaleza que justifiquen el desplazamiento de personas al territorio nacional para que se ocupen de la ejecución total o parcial de las obligaciones contractuales asumidas por la empresa domiciliada en el extranjero conforme a lo pactado en el referido contrato de servicios.

Ahora bien, a través de este mecanismo la empresa peruana evita suscribir contratos de trabajo con los ciudadanos extranjeros, ya que el vínculo laboral existente entre estos últimos y su empleador no domiciliado subsiste. De este modo, se configura una contratación “indirecta” (o una tercerización de servicios extranjera) con diferentes consecuencias laborales y tributario - laborales.

Pensemos por un momento en una relación de trabajo ordinaria de un funcionario extranjero, que es contratado en virtud de un contrato laboral, conforme a la regulación contenida en el Decreto Legislativo N° 689. En ese caso, el empleador peruano debe abonarle la remuneración convenida, pagarle los beneficios regulados en la ley peruana y, además, desde la perspectiva fiscal –laboral dicha relación está afecta a los siguientes tributos⁽⁴⁾: (i) contribuciones a la Seguridad Social en Salud–EsSalud, (ii) aportaciones a un sistema previsional (Sistema Privado de Pensiones o Sistema Nacional de Pensiones), y (iii) el Impuesto a la Renta de quinta categoría.

En el personal designado, en cambio, dado que la empresa peruana que recibe el servicio no mantiene un vínculo laboral con dichos trabajadores, esta no los registra en sus planillas ni, por tanto, retribuye sus servicios, porque no se trata de trabajadores que estén bajo su poder de dirección o, en otras palabras, no se encuentran subordinados a la entidad nacional (sino más bien a su empleador extranjero). Por la misma razón, la empresa domiciliada no realiza el pago de contribuciones a EsSalud, ni efectúa retención alguna por aportes pensionarios o Impuesto a la Renta.

Esta situación particular permite plantearnos una primera interrogante: dado que nos encontramos ante una relación laboral ejecutada en territorio peruano, pero por encargo de un empleador extranjero ¿se puede estimar aplicable la legislación laboral peruana y, en particular, la tributario-laboral? Desde la perspectiva de la

única y exclusivamente por el empleador extranjero.

(4) Si bien podría discutirse la calificación de tributos de todos los conceptos referidos en: (i) y (ii), por ejemplo, los aportes al Sistema Privado de Pensiones), para efectos del presente trabajo nos referiremos a dichos conceptos dentro de dicha categoría.

empresa local esta pregunta es relevante en tanto le permite conocer el costo del servicio que ha contratado, pues si bien no es la empleadora del personal designado, naturalmente dentro de la retribución que le pague a la entidad extranjera por el servicio prestado se incluirán los costos de la remuneración y tributos de los trabajadores designados que resulten aplicables. Desde el punto de vista de los trabajadores, importa conocer cuál será su carga impositiva por los ingresos que generen.

Antes de responder dicha pregunta, escribiremos brevemente los tres tributos mencionados en los párrafos anteriores.

II. CONCEPTOS TRIBUTARIO - LABORALES

1. Contribuciones a EsSalud

Desde el año 1997, con ocasión de la publicación de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley N° 26790, se adoptó en el Perú un nuevo sistema de protección en salud, en virtud del cual, los trabajadores subordinados (afiliados regulares⁽⁵⁾), así como sus derechohabientes⁽⁶⁾, pueden acceder a prestaciones diversas en materia de salud para el adecuado mantenimiento y recuperación de la misma, así como de su nivel de vida. Esas prestaciones, que son en principio brindadas por el Seguro Social de Salud-EsSalud (antes, Instituto Peruano de Seguridad Social-IPSS)⁽⁷⁾, se financian a través de las aportaciones efectuadas por los empleadores de dichos trabajadores al Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud (RCSSS), que equivale al 9% de las remuneraciones que abonan a su personal.

Las principales prestaciones que brinda el RCSSS son de prevención, promoción y recuperación de la salud, maternidad, prestaciones económicas, y prestaciones de bienestar y promoción social. Ello se encuentra recogido en el artículo 3° de la Ley N° 27056. A continuación incluimos un cuadro con la descripción de las referidas prestaciones:

- (5) La Ley N° 26790 también considera como afiliados regulares a los pensionistas y a cualquier otro que sea calificado como tal por leyes especiales. Sin embargo, debido al alcance del presente trabajo, nos limitaremos a hacer referencia a los trabajadores subordinados y su régimen legal aplicable.
- (6) De acuerdo con el artículo 3° de la Ley N° 26790, son derechohabientes el cónyuge o el concubino a que se refiere el artículo 326° del Código Civil, así como los hijos menores de edad o mayores incapacitados en forma total y permanente para el trabajo, siempre que no sean afiliados obligatorios.
- (7) Mediante la Ley N° 27056 se creó el Seguro Social de Salud - EsSalud sobre la base del IPSS. En virtud de la segunda disposición final y derogatoria de dicha norma se reemplazó toda mención al "Seguro Social de Salud" en la Ley N° 26790 y normas complementarias, por "Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud".

TIPO DE PRESTACIÓN	DESCRIPCIÓN
Prevención y promoción de la salud	Educación para la salud, evaluación y control de riesgos e inmunizaciones
Recuperación de la salud	Atención médica, medicinas e insumos médicos, prótesis y aparatos ortopédicos imprescindibles y servicios de rehabilitación
Bienestar y promoción social	Actividades de proyección, ayuda social y de rehabilitación para el trabajo
Económicas	Subsidios por incapacidad temporal, maternidad, lactancia y sepelio.
Maternidad	Cuidado de la salud de la madre gestante, y la atención del parto, extendiéndose al período de puerperio y al cuidado de la salud del recién nacido.

Ahora bien, analizando la situación de los trabajadores designados, podemos concluir –desde la perspectiva de estos– que ellos no tienen acceso a las prestaciones de salud mencionadas, toda vez que no cuentan con aportes al RCSSS (porque, como ya hemos adelantado, su empleador es un sujeto no domiciliado en el país y la empresa peruana que recibe sus servicios no mantiene formalmente ningún vínculo jurídico con el trabajador designado). Evidentemente, si no existen aportaciones acreditadas a favor de una persona, esta no podrá gozar de las distintas prestaciones que otorga el RCSSS (artículo 10° de la Ley N° 26790).

2. Aportaciones previsionales

Actualmente, en nuestro país existe un sistema de pensiones alternativo a elección del trabajador, en virtud del cual este puede decidir su afiliación al Sistema Privado de Pensiones (administrado por las denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones-AFP, y que funciona bajo la modalidad de cuentas individuales de capitalización) o al Sistema Nacional de Pensiones (que está a cargo de la Oficina de Normalización Previsional-ONP, y opera bajo el sistema de reparto). Los aportes previsionales son financiados exclusivamente por los trabajadores (aunque son retenidos y pagados por los respectivos empleadores). En el caso del Sistema Privado de Pensiones, las aportaciones mensuales están compuestas por tres rubros: (i) un 10% de la remuneración asegurable que va a la cuenta individual de capitalización del trabajador, (ii) un porcentaje de la remuneración asegurable destinado a financiar las prestaciones de invalidez y sobrevivencia, y un monto destinado a financiar la prestación de gastos de sepelio; y (iii) un porcentaje cobrado por las AFP por concepto de comisión. En promedio, la tasa de aportación vigente al Sistema Privado de Pensiones es de 13.22%. En cambio, en el Sistema Nacional de Pensiones la aportación es única y equivale al 13% de la remuneración asegurable del trabajador.

Las principales prestaciones que brindan ambos sistemas son las siguientes: prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio. A continuación, presentamos un cuadro describiendo las referidas prestaciones:

TIPO DE PRESTACIÓN	DESCRIPCIÓN
Pensión de jubilación	Pensión a la que tiene derecho el afiliado al cumplir 65 años de edad (en el caso del Sistema Nacional se exige, además, una cantidad mínima de aportaciones).
Pensión de invalidez	Los afiliados que queden en condición de invalidez total o parcial tienen derecho a recibir esta prestación.
Pensión de sobrevivencia	Pensión a la que tienen derecho los beneficiarios del afiliado, a la muerte de este.
Gastos de sepelio	Gastos de sepelio de los trabajadores afiliados al momento de su fallecimiento (solo en el Sistema Privado; el Sistema Nacional de Pensiones otorga un capital de defunción, si no hay beneficiarios de pensión de sobrevivientes).

La situación de los trabajadores designados en materia previsional es similar a la descrita en lo que a contribuciones de salud se refiere. En efecto, el personal extranjero designado, mientras dure su permanencia laboral en el país, no efectúa aportes a ningún sistema pensionario peruano, porque su empleador no es la empresa local que es la destinataria "final" de sus servicios, sino una entidad extranjera, con quien la primera ha celebrado un contrato de prestación de servicios.

3. Impuesto a la Renta

El Impuesto a la Renta que grava el trabajo personal y dependiente es el denominado de quinta categoría, y se encuentra regulado en el artículo 34° de la Ley del Impuesto a la Renta (LIR). Para determinar el importe del impuesto, se debe determinar la condición fiscal del trabajador al inicio de cada ejercicio gravable, esto es, si califica como un sujeto domiciliado o no domiciliado.

En el caso de los extranjeros, estos califican como no domiciliados, y pueden adquirir el domicilio para efectos fiscales si cumplen con permanecer en el país por más de 183 días en un periodo cualquiera de 12 meses. Una vez cumplida dicha condición, el cambio opera al 1 de enero del año siguiente. Por ejemplo, si un trabajador extranjero ingresa al país el 15 de agosto y permanece de manera continua en el territorio nacional, cumpliría el requisito de permanencia por más de 183 días recién en febrero del año 2013, por lo que para el año 2012 y 2013 calificará como no domiciliado; en el año 2014 podrá ser tratado como domiciliado para efectos del impuesto bajo análisis.

Los trabajadores no domiciliados solo tributan por sus rentas de fuente peruana, aplicándoseles una tasa única de 30%, sin que se les permita ninguna deducción. En cambio, los trabajadores domiciliados están sujetos a unas tasas escalonadas del 15%, 21% y 30%, y se les permite una deducción anual de 7 UIT (actualmente, S/. 25,550). Sin embargo, deben tributar por sus rentas de fuente mundial, aunque se admite que puedan tomar como crédito los impuestos pagados en el exterior para evitar un excesivo impacto fiscal (sujeto a ciertas condiciones y limitaciones establecidas en el artículo 88 de la LIR).

Si bien el impuesto a la renta es de cargo del trabajador, el responsable de su pago al fisco peruano es el empleador que abona rentas que califican como de quinta categoría quien actúa como agente de retención, conforme lo exige el artículo 75 de la LIR. Sin embargo, dicho dispositivo resulta aplicable solo a las empresas domiciliadas en el país, por lo que en el caso de los trabajadores designados, estos deben pagar directamente el impuesto a la renta que grava los ingresos que reciben por su trabajo subordinado en el Perú y, posteriormente, al momento de salir del país, presentar la documentación que demuestre el pago de impuestos, conforme al artículo 13° de la LIR.

En este punto, debemos recordar que, según el texto vigente de la Ley de Extranjería, los trabajadores designados no pueden realizar actividades que generen rentas de fuente peruana. Sin embargo, el artículo 9° de la Ley del Impuesto a la Renta dispone lo siguiente:

“En general y cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones y el lugar de celebración o cumplimiento de los contratos, se considera rentas de fuente peruana: (...)

f) Las originadas en el trabajo personal que se lleven a cabo en territorio nacional”.

Si tenemos en consideración que la norma tributaria considera al ingreso obtenido por trabajo realizado en el Perú como renta de fuente peruana, como ya hemos adelantado, existiría una contradicción en la definición de la norma migratoria al considerar que los trabajadores designados se encuentran habilitados a realizar actividades laborales, pero no pueden percibir rentas de fuente peruana, pues naturalmente el personal extranjero debe ser retribuido (por su empleador no domiciliado) por su trabajo dependiente.

Esta contradicción entre la regulación migratoria y la tributaria ha sido resuelta por el Informe N° 236-2008-SUNAT/2B0000 de Sunat, del 11 de diciembre de 2008, en el que la Autoridad Tributaria concluye que los ciudadanos extranjeros enviados por su empleador extranjero que ingresan al territorio nacional bajo la calidad migratoria de trabajador designado generan rentas de fuente peruana para fines del Impuesto a la Renta por la ejecución de sus actividades laborales. En consecuencia, no cabe duda que dicho personal debe tributar en el país por las rentas que recibe de su trabajo dependiente.

III. LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS TRABAJADORES DESIGNADOS

Si bien en la actualidad no existe norma alguna que regule de manera general las relaciones laborales que presentan componentes internacionales, es decir, las que algún momento relevante de ellas (la celebración del contrato o el cumplimiento de la relación) se produce en el territorio de más de un Estado, consideramos

que, como lo señala NEVES⁽⁸⁾, no debe aplicarse supletoriamente a las relaciones laborales la regulación civil para determinar la ley aplicable en este caso, por existir oposición de naturaleza.

Ahora bien, en nuestro concepto la ley laboral peruana resulta aplicable en los siguientes supuestos: (i) si el trabajador es contratado en el Perú para laborar en el país; (ii) si el trabajador es contratado en el Perú para laborar en el extranjero; y (iii) si el trabajador es contratado en el extranjero, pero presta servicios en el Perú (que es precisamente el caso de los designados). Estos criterios estaban recogidos en el Reglamento de la Ley N° 4916 (actualmente derogado), y fueron replicados por la jurisprudencia laboral (por ejemplo, en una sentencia de la Sala Laboral del 8 de setiembre de 1981).

Estos criterios inclusive han sido recogidos en el último Proyecto de Ley General del Trabajo, que en su artículo XIXI del Título Preliminar señala que “la presente Ley regula las relaciones laborales cumplidas en el Perú o nacidas de contratos de trabajo celebrados en el Perú”; lo que demuestra que su aplicación es, a nuestro modo de ver, aún pertinente⁽⁹⁾.

Sin perjuicio de ello, dichos criterios no pueden ser extendidos, sin más, al ámbito tributario-laboral que nos ocupa, el cual tiene sus propias particularidades. Así, por ejemplo, en materia de pensiones, toda vez que los trabajadores designados vienen al país de manera esencialmente temporal, con la finalidad de desarrollar un servicio específico a favor de su empleador no domiciliado en el Perú, lo usual es que dichos trabajadores, una vez que cumplan con la labor para la que han sido asignados al país, regresen a sus lugares de origen y sea en dichos países en los que puedan y pretendan ejercer sus derechos de jubilación. Es más, dado que su empleador extranjero es el responsable del pago de sus remuneraciones durante el periodo de ejecución de labores en el Perú, lo regular será que se les retenga una porción de sus sueldos para fines previsionales en el extranjero. Siendo ello así, debe determinarse si el servicio que brindan los trabajadores designados estará sujeto a un doble descuento previsional, tanto en el Perú como en el extranjero. Lo mismo sucede para el caso de las contribuciones al sistema de salud, porque en cuanto al Impuesto a la Renta, ya hemos señalado que nuestra legislación sí regula el supuesto en concreto, al obligar a los trabajadores designados a efectuar el pago de dicho impuesto sobre la remuneración que reciben por su labor en el país, a través del pago directo del mismo. Ello sin perjuicio de las disposiciones especiales que pueden estar contenidas en los convenios de doble imposición celebrados por el Perú⁽¹⁰⁾.

Entonces, para las contribuciones y aportaciones tributario - laborales, debemos acudir a los tratados vigentes celebrados por el Perú que puedan resultar aplicables al caso concreto y, solo en su defecto, a las normas de derecho internacional del Código Civil⁽¹¹⁾.

En este ámbito, podemos aplicar lo prescrito por el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante (La Habana, 20 de febrero de 1928), que en su artículo 198° establece que: “también es territorial la legislación sobre accidentes del trabajo y protección social del trabajador”⁽¹²⁾; esto es, que se debe aplicar la ley del país en el que se desarrolló la relación laboral⁽¹³⁾. Por tanto, siguiendo este criterio, en principio a los trabajadores designados sí les resultaría aplicable la legislación peruana que determina la obligación de efectuar contribuciones al Seguro Social de Salud-EsSalud y efectuar aportes a los Sistemas de Pensiones (naturalmente, mientras dure su designación en el país). Sin perjuicio de ello, dado que este es un tratado general, por aplicación del principio de especialidad podría resultar pertinente en un supuesto determinado otro tratado internacional más específico en materia de contribuciones de salud o aportes previsionales (por ejemplo, el celebrado con el país de domicilio del empleador del trabajador extranjero, que sí contenga provisiones especiales en dichas materias ante casos de relaciones laborales internacionales).

Si bien llegamos a la conclusión que en materia de aportaciones y contribuciones tributario-laborales la legislación peruana sí es de aplicación a los trabajadores designados, como ya hemos adelantado, en los hechos esto no ocurre, y los trabajadores designados rigen su vínculo jurídico con base en la legislación de su país de origen (o más precisamente el de su empleador). Como el tema del Impuesto a la Renta está claramente regulado (pues los trabajadores designados perciben renta de fuente peruana y deben tributar sobre ella), surgen interrogantes adicionales en el ámbito de las referidas contribuciones y aportaciones: ¿Cómo efectivizar los pagos a los sistemas de salud peruanos y previsionales en el caso de los trabajadores designados, si su empleador es una entidad extranjera? Y más aún, ¿es esta “doble regulación” (por la ley peruana como la extranjera) eficiente desde el punto de vista de los trabajadores designados? A nuestro modo de ver no en el ámbito pensionario, pues se entiende que quienes podrán acceder a prestaciones previsionales son quienes residen en el país (sean nacionales o extranjeros), y no quienes vienen al Perú por un tiempo limitado, pues en general para el acceso a una pensión se requiere de un determinado número de años de aportaciones como sucede en el Sistema Nacional de Pensiones. Si bien ello no es indispensable en el

(8) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, agosto 2003, p. 89.

(9) No nos detendremos en el análisis del aspecto laboral por sobrepasar los alcances del presente trabajo.

(10) Nuestro país, por ejemplo, ha celebrado dichos convenios con Canadá, Brasil y Chile. En este último caso, es importante mencionar que los trabajadores no tributarán en el Perú si su presencia en el país no excede los 183 días en un periodo de 12 meses.

(11) *Ibidem*, p. 86.

(12) Sobre el concepto de protección social, ver DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. “Protección Social Privada y Protección Social Pública: Dos Técnicas Convivientes”. En: *Las reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*. Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid, 1998, pp. 127-131.

(13) NEVES MUJICA, Javier. *Ob. cit.*, p. 88; y RENDON VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho de la Seguridad Social*. Editorial Ital-Perú, Lima, 1992, pp. 11-54.

Sistema Privado de Pensiones, la misma lógica del sistema hace que sea necesario efectuar un número considerable de contribuciones para que la prestación sea de una entidad suficiente para sobrellevar adecuadamente el evento que desencadena la misma (edad de jubilación, invalidez, etc.). Como ya hemos mencionado antes, lo usual más bien es que los trabajadores designados mantengan su cotización previsional en sus países de origen, por lo que no habría necesidad de exigirles aportaciones en esa materia en el país.

Ante estas interrogantes trataremos de plantear algunas posibles respuestas, más aún si tenemos en cuenta que la conclusión jurídica a la que arribamos no se condice con lo que sucede en la práctica.

IV. PROPUESTAS RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LOS TRABAJADORES DESIGNADOS

1. Efectiva fiscalización del servicio inspectivo del Ministerio de Trabajo

La primera alternativa a analizar no es, en puridad, tal. Se trata más bien de una medida para "sincerar" la situación de determinados trabajadores extranjeros.

La figura materia de análisis en esta ponencia se aplica cuando el personal asignado al país se encuentra subordinado a una empresa extranjera, que es la que actúa como su empleador, para efectos de ejecutar la prestación que ha sido contratada por una empresa local. Sin embargo, en los casos en los que se pueda demostrar que, en los hechos, el personal designado está efectivamente subordinado a la empresa local, se debería aplicar el principio de la primacía de la realidad para determinar al verdadero empleador.

En efecto, como señala PLÁ, el referido principio implica que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos⁽¹⁴⁾. De ese modo, si en los documentos existe un convenio de prestación de servicios entre una empresa peruana y otra extranjera, en virtud del cual esta última desplaza a un trabajador extranjero para que labore en el país, pero en la realidad dicho trabajador extranjero es dirigido, supervisado y fiscalizado por la entidad local, el principio antes aludido nos llevará a concluir que el empleador real es la empresa peruana y, por tanto, que existe un vínculo laboral directo con esta entidad, que debe estar sujeto a todas las obligaciones tributario - laborales aplicables en el Perú (tales como contribuciones a EsSalud, aportaciones a un sistema previsional y retenciones por Impuesto a la Renta de quinta categoría). En otras palabras,

(14) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 243.

el objetivo será detectar las relaciones laborales indirectas (por estar involucrado un empleador formal, en estos casos, extranjero) simuladas, y declarar su carácter directo, para que se reconduzca la situación del personal extranjero indebidamente calificado como designado, a la que ostenta el personal extranjero que sí está registrado en planillas y, por tanto, tiene la misma carga tributario - laboral que los trabajadores nacionales.

Una segunda forma de llegar al mismo objetivo es a través de las normas que regulan las prestaciones de servicios entre empresas (tercerización de servicios o intermediación laboral). Como se sabe, en nuestro país, la tercerización de servicios se encuentra regulada por la Ley N° 29425, el Decreto Legislativo N° 1038, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR. Dichas normas exigen que la prestación de servicios de una empresa a favor de otra, que implique la ejecución de una actividad principal de la receptora del servicio e involucre desplazamiento continuo⁽¹⁵⁾ de personal, cumpla con los requisitos siguientes: (i) asumir los servicios contratados por su cuenta y riesgo; (ii) contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; (iii) ser responsables por los resultados de sus actividades; y (iv) que sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Los elementos característicos de dicha figura son, entre otros, (i) la pluralidad de clientes, (ii) que cuente con equipamiento, (iii) la inversión de capital y (iv) la retribución por obra o servicio. Las referidas normas son enfáticas en señalar que en ningún caso se admite la sola provisión de personal, es decir, el mero destaque de mano de obra⁽¹⁶⁾.

Dado que las normas legales que regulan la tercerización no distinguen entre servicios prestados por empresas nacionales o extranjeras, consideramos que los requisitos exigidos a la tercerización pueden ser aplicados ante un supuesto de fraude en la contratación de trabajadores designados. En otras palabras, si en la relación de servicios entre el empleador extranjero del personal designado y la empresa nacional no se cumplen con los requerimientos de ley, se configuraría en la práctica una provisión de mano de obra (intermediación laboral) prohibida, que es sancionada con la incorporación en la planilla de la empresa principal (peruana) de los trabajadores desplazados (en este caso, personal extranjero designado).

Siguiendo cualquiera de los dos criterios, podemos reconducir relaciones laborales simuladas, para garantizar que los trabajadores extranjeros que sí se encuentren subordinados a una empresa peruana, sean registrados en la planilla de esta, y estén sujetos plenamente a la legislación peruana en materia tributario - laboral.

(15) Desplazamiento continuo se define en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR como aquel que se configura si: (i) ocurre cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o (ii) exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

(16) En nuestro país el destaque de personal está estrictamente regulado (Ley N° 27626) y solo se admite en determinados supuestos (temporalidad, complementariedad y alta especialización en servicios no vinculados a la actividad principal).

Para tales efectos, los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo pueden ser una herramienta eficaz, pues la alternativa jurisdiccional implicaría que el propio trabajador designado presente una demanda contra su real empleador, lo cual es muy difícil que se materialice en los hechos. Cabe señalar que, en virtud del numeral 2) del artículo 2° de la Ley General de Inspección (Ley N° 28806), los inspectores de trabajo están facultados para aplicar el principio de primacía de la realidad, así como a verificar supuestos de destaque de personal prohibido, conforme al numeral 34.1 del artículo 34° del Reglamento de la norma señalada. Del mismo modo, la Sunat está habilitada en la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario a preferir los hechos sobre las formas.

2. Exigibilidad de contribuciones y aportaciones al empleador extranjero

Como ya hemos adelantado, a las relaciones laborales de los trabajadores designados (salvo que exista un convenio internacional más específico que regule el vínculo laboral internacional de manera distinta) les resultaría en estricto aplicable la legislación peruana en materia de contribuciones y aportes tributario - laborales.

Siendo ello así, podría concluirse que los empleadores extranjeros deberían estar obligados a pagar contribuciones a EsSalud sobre la base de las remuneraciones que acrediten a favor del personal designado al Perú, así como retener parte de dichas remuneraciones para destinarlas a un sistema de pensiones en el Perú.

Sin embargo, ello en la práctica constituye una medida inconveniente a nuestro modo de ver, pues que ello se materialice es, en el mejor supuesto, remoto⁽¹⁷⁾ y, en todo caso, la posibilidad de las instituciones administradoras o recaudadoras de exigir el pago de los aportes es virtualmente nula. Asimismo, de lo que hemos podido conversar con funcionarios de dichas entidades, el que una empresa extranjera efectúe contribuciones y aportes tributario - laborales no parecer ser para ellos una opción viable.

3. Celebración de convenios internacionales en materia de contribuciones y aportaciones tributario-laborales

En nuestro concepto, dada la poca eficacia de exigir el pago de contribuciones y aportes tributario-laborales a entidades no domiciliadas en el país, la solución idónea pasa por regular estas relaciones laborales internacionales en convenios entre Estados. Un ejemplo de ello, que analizaremos a continuación, es el Convenio

(17) Ello supondría que los empleadores extranjeros gestionen un número de Registro Único de Contribuyentes ante Sunat como establecimiento permanente, a fin de declarar a través de la Planilla Electrónica las contribuciones a EsSalud y los aportes al Sistema Nacional de Pensiones. En el caso del Sistema Privado, el número de RUC les posibilitaría la afiliación al sistema de AFP NET.

de Seguridad Social entre la República del Perú y el Reino de España, celebrado el 16 de junio de 2003 (que entró en vigencia el 1 de febrero de 2005).

El referido convenio regula, por parte de nuestro país, a la legislación relativa al RCSSS en el ámbito de las prestaciones sanitarias (de salud) y económicas; a la legislación relativa al Sistema Nacional de Pensiones, en lo referente a prestaciones económicas de invalidez, jubilación y sobrevivencia; y a la legislación relativa al Sistema Privado de Pensiones, en lo referente a las prestaciones económicas de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio.

En su artículo 7°, el referido convenio internacional contiene una regulación coincidente con la general recogida en el ya mencionado Código de Bustamante. En efecto el referido establece que: “los trabajadores a quienes sea aplicable el presente Convenio, estarán sujetos exclusivamente a la legislación de Seguridad Social de la Parte Contratante en cuyo territorio ejerzan la actividad laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8”. Sin embargo, a continuación se establecen ciertas excepciones.

Precisamente, una de dichas excepciones resulta aplicable a los trabajadores designados. En efecto, el literal a) señala lo siguiente: “El trabajador asalariado al servicio de una Empresa, cuya sede se encuentre en el territorio de una de las Partes Contratantes y sea enviado por dicha Empresa al territorio de la otra Parte para realizar trabajos de carácter temporal, quedará sometido en su totalidad a la legislación de la primera Parte, siempre que la duración previsible del trabajo para el que ha sido desplazado no exceda de dos años, ni haya sido enviado en sustitución de otro trabajador cuyo periodo de desplazamiento haya concluido”. A renglón seguido, el inciso b) añade: “Si, por circunstancias imprevisibles, la duración del trabajo a que se refiere el apartado anterior excediera de los dos años, el trabajador continuará sometido a la legislación de la primera Parte Contratante por un nuevo periodo, no superior a un año, a condición de que la Autoridad Competente de la segunda Parte u organismo en quien delegue dé su conformidad”.

Como se aprecia, los trabajadores designados califican claramente en este supuesto, pues son desplazados a un territorio distinto del de domicilio de su empleador, por un periodo determinado de tiempo para ejecutar una prestación laboral específica. Esto se aclara aún más con lo previsto en el artículo 6° del Acuerdo Administrativo para la aplicación del convenio bajo análisis, que precisa que se considere desplazado al trabajador asalariado que presta sus servicios para una empresa domiciliada en una Parte Contratante y que se traslada temporalmente al territorio de la otra Parte Contratante para prestar sus servicios, manteniendo su vínculo laboral.

De este mismo modo, además, lo ha entendido el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en la resolución Ministerial N° 003-2009-TR, en cuyos

considerandos se expresa que el concepto de los trabajadores dependientes que se desplazan temporalmente, tanto para los que son desplazados al Perú como los que son desplazados desde el Perú, debe asimilarse el concepto de trabajador designado contemplado en el Decreto Legislativo N° 1043, norma que modificó la Ley de Extranjería.

Así, los empleadores de dichos trabajadores no estarán obligados a efectuar contribuciones a EsSalud ni efectuar retenciones por aportaciones pensionarios en el Perú, siempre que el destaque tenga una duración máxima de 2 años (salvo que sea para remplazar a otro trabajador ya previamente desplazado), prorrogable por 1 año más con la conformidad de la autoridad competente (en nuestro caso, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo).

Este mecanismo (suscripción de convenios) clarifica la situación del trabajador designado, al establecer que en materia de contribuciones y aportaciones tributario-laborales se sigue rigiendo por su legislación de origen. Ello tiene plena lógica en materia pensionaria, pues se entiende que el trabajador pretenderá pensarse bajo la legislación de su país y no en el Perú, por lo que se debe evitar que esté obligado a efectuar aportes a un sistema previsional nacional. Sin embargo, en nuestro concepto, sí representa un problema desde la perspectiva del trabajador en materia de protección en salud, pues al establecer que el trabajador designado continúa con la cobertura en salud de su país de origen, no admitiría que este reciba prestaciones de salud en el país en el que se encuentre desplazado temporalmente.

En efecto, si bien el artículo 9° del Convenio regula un supuesto de prestaciones de asistencia sanitaria en estancias temporales (que incluye la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud en casos de enfermedad común o profesional, maternidad o accidente, cualquiera que sea su causa), dicho supuesto solo se aplica para los trabajadores que, teniendo cobertura en salud en una de las partes del convenio, se desplacen temporalmente al país del cual son nacionales y que requieran de atenciones por emergencia médica o precisen de forma inmediata la asistencia sanitaria (que implica la situación en que la prestación de salud no pueda ser diferida sin que se ponga o se pueda poner en grave peligro la vida o la salud del interesado). Por ejemplo, un trabajador peruano asegurado en España que se desplaza temporalmente al Perú, ante una emergencia médica podría atenderse en EsSalud, con cargo a reembolso del Instituto Nacional de la Seguridad Social en España; ello también se aplicaría si un trabajador español tiene la nacionalidad peruana en virtud del Convenio de Doble Nacionalidad.

Similares disposiciones existen en los Convenios suscritos con Chile y Argentina, pues —con algunos matices— recogen la regla general de que los trabajadores deben regirse por la legislación del país donde realizan sus labores (principio

de aplicación territorial de la normativa nacional), siendo exceptuados de tal regla los desplazados temporalmente (en Chile por tres meses prorrogables, y en Argentina por doce meses prorrogables). Por tanto, la conclusión es la misma: se clarifica el panorama tributario - laboral para el empleador extranjero (que solo tiene que efectuar contribuciones y aportaciones en el país de origen), pero se genera un problema a los trabajadores designados en materia de salud⁽¹⁸⁾.

Pese a ello, en nuestra opinión, la suscripción de convenios internacionales que permitan precisar que los empleadores de los trabajadores designados no están obligados a efectuar aportaciones y contribuciones en el país (porque dichas obligaciones subsisten en sus países de origen) es la solución idónea para clarificar la situación legal particular que se presentan en este tipo de relaciones laborales internacionales, desde la perspectiva laboral - fiscal. Siendo ello así, resulta deseable que la política en materia de relaciones exteriores del Perú continúe por esa línea, a fin de contar con más convenios internacionales en vigor en materia de aportaciones y contribuciones tributario - laborales. Sin embargo, dada la posible desprotección en materia de salud que ello representa (pues los trabajadores designados pueden presentar una enfermedad o pueden sufrir un accidente mientras están desplazados en territorio nacional), debería proponerse una solución complementaria para tales efectos.

En ese sentido, en nuestro concepto se debiera exigir como un requisito adicional a los solicitados por Digemin para obtener la visa de trabajador designado, que se acredite que el solicitante de la visa cuente con una cobertura médica en el país, que le permita la atención adecuada de su salud y la recuperación de la misma. Dicha cobertura debe ser suficiente, es decir, incluir prestaciones que se encuentran dentro de la capa simple (actualmente, PEAS) y de la capa compleja (ya que esta última cobertura podría ser necesaria ante la ocurrencia de un accidente de trabajo, por ejemplo). Esta cobertura puede ser cubierta por su empleador extranjero, o por la empresa peruana que contrata a dicho empleador, pero debe asegurar la cobertura en salud dentro del territorio nacional.

La finalidad de esta cobertura médica es que el personal extranjero designado se encuentre protegido en el territorio nacional mientras ejecuta sus servicios en el Perú, pues sabemos que ellos mantendrán su cobertura principal en sus países de origen.

(18) Cabe señalar que el artículo 13° del Convenio suscrito con Argentina señala que las personas protegidas de una parte que por cualquier motivo se encuentren circunstancialmente en el territorio de la otra parte, tendrán derecho a asistencia médica sanitaria en caso de urgencia, siempre que justifiquen que están en uso de tal derecho en la primera, con cargo a la Entidad Gestora de dicha Parte, en los términos que los acuerdos especiales convengan. Sin embargo, tal supuesto no ha sido regulado en el Acuerdo Administrativo respectivo (ratificado mediante Decreto Supremo N° 077-2011-RE, del 17 de junio de 2011).

V. CONCLUSIONES

- La calidad migratoria de trabajador designado permite prestar servicios en el país de manera subordinada, a los extranjeros que vienen al Perú a realizar actividades laborales por encargo de su empleador no domiciliado.
- Pese que podemos concluir que en materia de contribuciones y aportes tributario-laborales dichos trabajadores están sujetos a la legislación peruana (en la medida en que la relación se ejecuta en nuestro territorio), en los hechos sus vínculos de trabajo se siguen rigiendo solamente por la legislación de sus países de origen.
- Como propuestas ante esta discrepancia entre la conclusión jurídica y la realidad, resulta deseable que los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo fiscalicen adecuadamente la situación del personal designado, para verificar si existen o no relaciones de trabajo indirectas simuladas. Por otro lado, no resulta conveniente exigir a los empleadores no domiciliados que efectúen aportes y contribuciones tributario - laborales en el Perú.
- El mecanismo idóneo para regular las contribuciones y aportes tributario - laborales de los trabajadores designados son los convenios internacionales. Sin embargo, los que actualmente están en vigor, si bien clarifican la situación de los designados, generan un problema de desprotección en salud. Ante ello, proponemos como medida complementaria el exigir como requisito para el otorgamiento de la visa de trabajador designado la acreditación de un seguro con cobertura de salud para el beneficiario.

APROXIMACIONES A LA REGULACIÓN DE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS EN EL DERECHO LABORAL PERUANO



Claudia CERMEÑO DURAND

*Bachiller en Derecho de la Pontificia Universidad
Católica del Perú.*

SUMARIO

I. La transmisión de empresas. 1. La empresa como objeto de transmisión. 2. Mecanismos de transmisión de empresas. II. La transmisión de empresas en el derecho del trabajo. 1. Garantías individuales: la continuidad de la relación laboral. 2. Garantías colectivas. III. A modo de reflexión final

Las decisiones de reorganización empresarial adoptadas por los accionistas de una persona jurídica, pueden dar lugar a la transmisión de la empresa o de una parte de la misma, lo que, sin duda alguna, incidirá en las relaciones laborales del personal involucrado. Sin embargo, las decisiones que se adopten en el marco del derecho societario, no son las únicas susceptibles de afectar a los trabajadores, pues existen otros supuestos regulados en diversas áreas del Derecho que también generan el traspaso de una unidad empresarial. Por ello, el estudio interdisciplinario de las relaciones laborales, nos conduce a la posibilidad de reflexionar acerca del fenómeno de la transmisión de empresas, sus efectos en los trabajadores, y la respuesta que el derecho del trabajo les ha brindado, temas a los que pretendemos aproximarnos en la presente ponencia.

I. LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

La transmisión de empresas es un fenómeno que tiene por resultado el cambio de titular en la empresa que ha sido objeto de transmisión, de manera que, efectuada la misma, la empresa se mantiene con los elementos patrimoniales y personales