

Editorial

Por Ralph Salas
Asociado

La Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Lima mediante la sentencia contenida en el Expediente N° 00756-2022-0-1801-SP-DC-03 ha resuelto en primera instancia las demandas de acción popular interpuestas contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que prohíbe la tercerización para actividades que formen parte del núcleo del negocio y aquellas que no sean principales.



Al respecto, la Sala Constitucional declaró la nulidad del artículo 1°, que se refiere a la definición y alcances del concepto "núcleo de negocio", así como de la única Disposición Complementaria Transitoria, relacionada con el "Plazo de adecuación". Se expuso que la definición de "núcleo de negocio" no era concreta, lo que abría la posibilidad a que sucedan vulneraciones a la libertad de empresa.

Adicionalmente, se propone eliminar la restricción a la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio, a menos que se acredite su uso indiscriminado y abusivo con el consiguiente perjuicio a los derechos laborales de los trabajadores.

Hubiera sido deseable que se precise adecuadamente los alcances del "uso discriminatorio" o cuáles son los "derechos laborales" que restringirían el uso de la tercerización del núcleo del negocio. Ciertamente, dicha labor le corresponderá a la Corte Suprema cuando analice los recursos de apelación que han sido interpuestos, en aras de garantizar seguridad jurídica y predictibilidad en las futuras decisiones judiciales o ante fiscalizaciones por parte de SUNAFIL.

Normas y Proyectos relevantes



1. ■

Ley que crea las pensiones mínimas y promueve los aportes voluntarios alternativos con fines previsionales.

Mediante el Decreto Supremo N° 065-2023-EF, publicado el día 18 de abril de 2023, se aprueba el Reglamento de la Ley N° 31670, con la finalidad de garantizar una adecuada implementación de lo dispuesto en ella, mencionando, principalmente, lo siguiente:

- Sobre el acogimiento a la Pensión Mínima Objetivo (PMO):
 - (i) Cualquier afiliado activo perteneciente al Sistema Privado de Pensiones (SPP), de forma voluntaria puede acogerse a una Pensión Mínima Objetivo (PMO). Siendo el monto fijado por el afiliado y no debe ser menor a la Canasta Básica de Consumo (CBC).
 - (ii) La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) aprueba las normas sobre el procedimiento de acogimiento de la PMO, la cual comprende la obligación de la AFP de informar al afiliado lo siguiente:
 - Las características de la PMO.
 - El cálculo del Saldo Mínimo de Jubilación requerido, sus ajustes por grupo familiar y proyecciones.
 - Los beneficios del acogimiento.
 - El momento en que se ejerce la opción de la PMO y cuando se accede al Excedente del SMJ.
- El acogimiento a una PMO permite a la AFP proyectar el Saldo Mínimo de Jubilación (SMJ) requerido para el pago de la pensión al momento de la jubilación por edad legal, en función al Capital requerido. Para efectos de dicha determinación, la modalidad a ser utilizada para el cálculo es el Retiro Programado de acuerdo con los procedimientos estipulados en las normas del SPP. El valor del SMJ se actualiza hasta el momento en que el afiliado solicita su pensión de jubilación, conforme a los procedimientos estipulados en las normas del SPP.
- El seguro de pensión de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio se rige por la normativa vigente y las disposiciones complementarias que dicte la SBS.
- La solicitud de pago de la PMO se realiza al momento de la jubilación. Después, la AFP evalúa si el afiliado cuenta con el Saldo Mínimo de Jubilación (SMJ) en relación con sus fondos en la Cuenta Individual de Capitalización (CIC), para el pago de la pensión bajo modalidad de retiro programado. Sin embargo, si el afiliado se desiste al acogimiento a la PMO, puede solicitar pagos a otra pensión mediante los modelos vigentes en la SPP o puede solicitar el retiro de hasta 95.5% de fondo de su CIC.
 - La PMO, se encuentra afecta al aporte del 4% para acceder a las prestaciones de salud.

- La extinción del acogimiento a la Pensión Mínima Objetivo (PMO) se da cuando el afiliado:
 - (i) No cuente con el SMJ suficiente para la PMO, cuando solicite la pensión de jubilación.
 - (ii) Solicita acceder a la pensión de jubilación anticipada en el SPP, y cuenta con los requisitos.
 - (iii) Retira hasta el 95.5% de la CIC y cuando el remanente resulte inferior al valor del SMJ,
 - (iv) Elija otra modalidad básica de pensión de jubilación (totalidad de sus fondos).

- Cuando el afiliado opte por la PMO, se le informa si existe o no un excedente del Saldo Mínimo Objetivo. Si el Excedente existe, el afiliado puede disponer libremente de dichos recursos, trasladarlos a la cuenta de aportes voluntarios sin fin previsional en su AFP o retirar dicho excedente del sistema previsional, emitiendo garantías negociables por la totalidad.

- La garantía negociable se celebra entre el afiliado y su acreedor, y una vez que aquél ha retirado el excedente de fondos respecto del SMJ, se sujeta para su constitución a la regulación de las garantías mobiliarias, y para su negociación a través de la cesión u otras formas de tratamiento de las operaciones comúnmente aceptadas en el ámbito comercial.

La SBS dicta las normas complementarias y aprueba los procedimientos operativos para la implementación del presente reglamento.

2.

Ley que actualiza el bono de reconocimiento a los aportantes y exaportantes de la ONP.

Mediante la Ley N° 31729, publicada el 27 de abril de 2023, se dispone lo siguiente sobre el bono de reconocimiento a los aportantes y exaportantes de la ONP:

- (i) Tienen derecho a recibir el Bono de Reconocimiento, por los aportes realizados, los afiliados y exafiliados al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) que se trasladaron o se trasladen al Sistema Privado de Pensiones (SPP). Dicho bono se deposita de oficio en la cuenta individual de capitalización (CIC).

- (ii) Se modifica el artículo 12° del Decreto Ley 25897, que crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, a fin de precisar que los Bonos de Reconocimiento tienen el valor nominal, actualizado conforme a los índices de Precios al Consumidor para Lima Metropolitana que publica el INEI o el indicador que lo sustituya. Asimismo, se indica que la fecha a partir de la cual pueden efectuarse las transferencias por endoso indicada en el primer párrafo del presente artículo será fijada por decreto supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas.

En un plazo no mayor de 12 meses de publicada la presente ley, el Poder Ejecutivo, mediante decreto supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas, emite el Bono de Reconocimiento para los trabajadores afiliados al SNP que opten por incorporarse al SPP desde el año 2002 en adelante, facultándosele a establecer los requisitos y condiciones para acceder a este beneficio.

Asimismo, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) establece los procedimientos y orientación necesaria con las administradoras de fondos de pensiones, a fin de que los afiliados tomen conocimiento y puedan hacer efectivo su derecho al Bono de Reconocimiento aludido en la presente ley.

3.

Congreso aprueba la inclusión del 7 de junio como un nuevo día feriado por la conmemoración de la Batalla de Arica y el Día Nacional de la Bandera del Perú.

El 27 de abril de 2023, el Congreso de la República del Perú aprobó mediante su sesión plenaria el Proyecto de Ley N° 3121/2022-CR, que tiene como objeto declarar feriado nacional no laborable el 7 de junio de cada año en conmemoración de la “Batalla de Arica y Día de la Bandera del Perú”.

Para tales efectos, se modificará el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 713, para que quede redactado en los siguientes términos:

“Artículo 6°. - Son días feriados los siguientes:

- Año Nuevo (01 de enero).
- Jueves Santo y Viernes Santo (días movibles).
- Día del Trabajo (01 de mayo)
- Batalla de Arica y día de la Bandera del Perú (07 de junio)
- San Pedro y San Pablo (29 de junio)
- Fiestas Patrias (28 y 29 de Julio)
- Santa Rosa de Lima (30 de agosto)
- Combate de Angamos (8 de octubre)
- Todos los Santos (01 de noviembre)
- Inmaculada Concepción (08 de diciembre)
- Navidad del Señor (25 de diciembre)”

De esta forma, queda pendiente que el Poder Ejecutivo publique en el diario oficial El Peruano para que se oficialice la nueva norma.

Pronunciamientos relevantes



1. Sala Constitucional confirma la prohibición de tercerizar el núcleo del negocio y la desnaturalización de la tercerización para actividades que no sean principales

En la sentencia contenida en el EXP. N° 00756-2022-0-1801-SP-DC-03, la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Lima resolvió en primera instancia las demandas de acción popular interpuestas contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, el cual prohíbe la tercerización para actividades que formen el núcleo del negocio; así como respecto de las actividades que no sean principales. Para este efecto, entre otras consideraciones, la Sala señala lo siguiente:

- (i) Las definiciones sobre “núcleo de negocio” señaladas en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR tiene un alto grado de incertidumbre, por lo que no permite concretizar y garantizar el principio constitucional de tipicidad y taxatividad.
- (ii) La disposición sobre el núcleo del negocio impide la libertad de auto organización, afectando la facultad de dirección del empresario. En ese sentido, se vulnera la libertad de empresa. Ello también afecta a las empresas tercerizadoras, forzando incluso a la toma de decisiones de cierre o fin de actividades (liquidación), en perjuicio de trabajadores altamente especializados.
- (iii) En ese sentido, la prohibición de la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio bajo una definición indeterminada vulnera el derecho constitucional a la libertad de empresa.

Cabe destacar que se han interpuesto recursos de apelación de sentencia, por lo que la Corte Suprema deberá emitir un pronunciamiento definitivo.

2. Sunafil emite precedente sobre la obligación del empleador de garantizar el registro del control de asistencia

El día 26 de abril de 2023, a través del diario oficial El Peruano, se publicó la Resolución Sala Plena 007-2023-Sunafil/TFL, la cual ha calificado como precedentes administrativos de observancia obligatoria los siguientes considerandos:

- (i) La obligación de registro del control de asistencia implica que los empleadores observen la debida diligencia en su manejo, esto es, habilitar el registro físico o digital del mismo, además de realizar las acciones necesarias para que el mismo cumpla su finalidad (llenado, control y supervisión).

- (ii) Cuando los empleadores realicen el registro de asistencia de su personal de manera física, virtual o biométrico u otro, de similar naturaleza, deberán poner a disposición de sus trabajadores dicho registro, así como asegurar, bajo responsabilidad, que sus trabajadores cumplan con el registro de su asistencia al centro de labores. En cualquier escenario, ante la ausencia del registro de asistencia de uno o más trabajadores, el empleador debe actuar con la debida diligencia para garantizar su adecuada implementación.
- (iii) El empleador debe garantizar que el registro de asistencia no sufra alteraciones de ningún tipo, ya sea deterioro parcial o total. En caso se evidencie que ha sufrido algún daño, este debe ser motivo de verificación oportuna por el empleador, así como objeto de la adopción de los mecanismos pertinentes para continuar con el correcto registro de la asistencia.
- (iv) Si bien la infracción referida a la ausencia de marcación en el registro de asistencia podría contemplarse como una de carácter objetivo (cuya gravedad se encuentra tipificada en el numeral 25.19 del artículo 25 del RLGIT), existen circunstancias que llevan a que la autoridad administrativa examine la responsabilidad del sujeto inspeccionado, como puede ocurrir cuando existe inmediatez entre los hechos, y la posible formulación de exhortaciones a través de medidas adecuadas tales como la advertencia o el requerimiento.
- (v) Si el inspeccionado logra probar ante el inspector actuante, en ejercicio de su derecho de defensa durante la fase de fiscalización, el incumplimiento, el inspector deberá examinar los actuados de forma cuidadosa para poder emitir una propuesta de sanción adecuadamente motivada. Así, de verificarse que el lapso por el que se extendió el posible incumplimiento puede entenderse válidamente subsanado —y no exista un periodo de incumplimiento mayor al de la posible conducta subsanadora— no correspondería imputar responsabilidad al administrado, por la falta de determinación de un comportamiento culpable y en aplicación del principio de razonabilidad.
- (vi) La inspección del trabajo y la autoridad administrativa sancionadora deben cumplir con la aplicación coordinada de los principios de tipicidad y de razonabilidad en este tipo de casos.
- (vii) Se debe verificar la conducta del empleador dirigida a garantizar el cumplimiento del registro de asistencia por parte de su personal con inmediatez.

Tip Laboral

Las empresa debían cumplir con el pago de la compensación por tiempo de servicio dentro de los primeros quince días del mes de mayo con respecto de aquellos trabajadores que laboren en una jornada mínima de 4 horas diarias en promedio.