

Agosto 2011
Año 11
Nº 104

TLS

Boletín Tax & Legal

pwc

Contenido:

- Los indicios o “rasgos de laboralidad” en la locación de servicios, _____ **3**
a propósito de una Sentencia del Tribunal Constitucional.
- Algunas consideraciones del Nuevo Régimen de Tributación Minera _____ **5**
- Normas Legales Agosto 2011. _____ **7**

Los indicios o “rasgos de laboralidad” en la locación de servicios, a propósito de una Sentencia del Tribunal Constitucional.

Por:
Vanessa Barzola

La contratación laboral en el Perú es muy costosa, tanto por los beneficios que se les reconoce a los trabajadores como por las cargas sociales que el empleador debe asumir. En la mayoría de los casos, esta onerosidad en la contratación ha dado lugar a una no muy sana decisión de contratar trabajadores dependientes a través de contratos de locación de servicios; sin embargo, ello ha llevado a las autoridades respectivas, tanto a nivel del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo como a nivel del Poder Judicial, a establecer pautas para fiscalizar el correcto uso de los contratos de locación de servicios y así evitar cualquier violación de los derechos laborales de los trabajadores.

A continuación, efectuaremos algunos comentarios sobre la sentencia del Tribunal Constitucional que estableció algunos criterios que podrían ser aplicados tanto por los inspectores de trabajo, en el marco de una inspección laboral dirigida a determinar si existe una relación laboral encubierta, o en su caso, por los trabajadores a fin de probar la existencia de una relación laboral ante el Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional dentro del Proceso de Amparo signado con el Expediente N° 02069-2009-PA/TC, con fecha 25 de marzo de 2010, estableció ciertos criterios para determinar cuándo nos encontramos frente a una relación laboral y no frente a un contrato civil o comercial. Esta sentencia es de especial importancia, ya que servirá de base para que los empleadores que cuenten con locadores de servicios tomen mejores decisiones sobre la contratación de

recursos humanos, a fin de evitar posibles denuncias ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo o demandas laborales ante el Poder Judicial, sobre reconocimiento de una relación laboral encubierta.

El artículo 1764 del Código Civil, establece: “Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución;” de manera que se puede concluir, un contrato de locación de servicio se diferencia de un contrato de trabajo por cuanto en el contrato de servicios no existe el elemento de subordinación.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional mediante la sentencia objeto de comentario ha establecido ciertos parámetros como “rasgos de laboralidad” a efecto de determinar en los hechos la existencia de un contrato de trabajo, los cuales comentaremos brevemente a continuación:

- **Control sobre el desarrollo de la prestación o la forma en que ésta se ejecuta:** Este es un claro indicador de la existencia de la facultad de dirección y fiscalización por parte del empleador. Este “rasgo de laboralidad” se pone de manifiesto cuando el empleador determina cómo, cuándo y dónde se presta el servicio. Incluye también la supervisión que efectúa el comitente del servicio prestado por el locador.

- **Integración en la estructura organizativa del Empleador:** Esto significa que, para que se configure como un contrato civil, la función que realice el locador no debe encontrarse dentro del organigrama de la empresa. De ser así, los locadores podrían estar realizando las mismas funciones que un trabajador registrado en la planilla de la empresa.
- **Prestación ejecutada dentro de un horario determinado:** Los locadores de servicios no están sujetos a una jornada laboral, ni a un horario de entrada ni de salida, como si lo están los trabajadores en planilla. En efecto, este es el rasgo principal por el cual se hace evidente la existencia de subordinación y por ende de un contrato de trabajo.
- **Continuidad o prestación del servicio con cierta duración:** Se entiende que los contratos de locación de servicios se encuentran referidos a prestaciones puntuales, que no generan una continuidad en el tiempo, es decir son prestaciones esporádicas. Si nos encontramos frente a situaciones que reflejan todo lo contrario, entonces estaremos ante un indicio de permanencia, característica de los contratos de trabajo.
- **Suministro de herramientas y materiales al locador para la prestación del servicio:** En los

contratos de locación de servicios, el prestador del servicio o locador al brindar un servicio especializado debe contar con sus propias herramientas y materiales, sólo por cuestiones de seguridad se admitiría lo contrario. Ello genera que el empleador no se encuentre obligado a entregar a los locadores materiales de trabajo, útiles de oficina, fotochecks, tarjetas de presentación con membrete del empleador, correo electrónico institucional, entre otros.

- **Pago de Remuneración al Locador:** Mediante un contrato de locación de servicios, el usuario del servicio busca un producto final, y no una prestación continua. Siendo ello así, el usuario debe pagar por el íntegro del servicio prestado, pudiendo existir adelantos del mismo. La existencia de pagos mensuales o de otra periodicidad por la misma cantidad o con variaciones en los meses de julio y diciembre, son indicios que pueden llevar a determinar que se está pagando una remuneración y no una retribución por un servicio específico.
- **Reconocimiento de Derechos Laborales:** Los locadores de servicios en estricto, no tienen derechos laborales pues no son trabajadores dependientes. Por ello, si a un locador de servicios se le paga conceptos tales como gratificaciones, CTS, vacaciones, a través de recibos por honorarios es indudable que estamos ante indicios

que podrían llevar a concluir que en realidad no es un locador sino un trabajador.

Así mismo, consideramos importante resaltar que si bien el Tribunal Constitucional ha recogido las referidas características como “rasgos de laboralidad”, ello no es una lista cerrada. Pueden existir otras situaciones que sirvan de indicios para determinar que existe una subordinación de por medio y por ende una relación laboral, como por ejemplo, sancionar a los locadores, entregarles certificados, solicitar su participación en actividades de la empresa, entre otros.

El empleador debe poner atención a estas situaciones a fin de evaluar cuándo nos encontramos ante una relación laboral generada por la celebración de un contrato de trabajo, y cuándo frente a una prestación autónoma que genera la celebración de un contrato civil.

Finalmente debemos señalar que el Tribunal Constitucional ha precisado que para determinar la existencia de una relación laboral encubierta mediante un contrato civil, se debe evaluar si en los hechos se presenta en forma alternativa y no concurrente cualquier de los “rasgos de laboralidad” antes descritos, siempre y cuando dichos indicios estén sustentados en suficientes medios probatorios que así lo acrediten, pues de lo contrario el pedido del trabajador será declarado infundado, tal como ocurrió en el expediente objeto del presente comentario.

Algunas consideraciones del Nuevo Régimen de Tributación Minera

Por:
Daniela Comitre

Con fecha 28 de setiembre de 2011 se publicaron en el Diario Oficial El Peruano las siguientes normas:

- *Ley No.29788, la cual modificó la Ley de Regalía Minera, aprobada mediante Ley No.28258;*
- *Ley No.29789, la cual creó el Impuesto Especial a la Minería (IEM); y*
- *Ley No. 29790, la cual estableció el marco legal del Gravamen Especial a la Minería (GEM).*

Dichas Leyes y sus correspondientes Reglamentos entraron en vigencia el 1 de octubre de 2011.

La nueva regalía minera y el IEM serán de aplicación a aquellas empresas que, al momento de publicación de las referidas normas, no cuenten con contratos de estabilidad tributaria al amparo de la Ley General de Minería, mientras que el GEM será aplicable a aquellas que sí cuenten con dichos convenios y siempre que acuerden suscribir un convenio con el Estado para dicho efecto.

Tanto la regalía minera, el IEM y el GEM deben ser calculadas sobre la utilidad operativa trimestral de los sujetos de la actividad minera (enero-marzo, abril-junio, julio-setiembre, octubre-diciembre), la cual resulta de deducir de los ingresos los costos de ventas y gastos operativos, los cuales deben determinarse de acuerdo a las normas contables, con algunas excepciones.

Es así que considerando las normas contables aplicables a la participación de los trabajadores en las utilidades se genera un efecto respecto al cálculo de los referidos gravámenes mineros y al cálculo del Impuesto a la Renta del ejercicio correspondiente.

En efecto, hasta el año 2009, las compañías reconocían la participación de los trabajadores en las utilidades de acuerdo a los criterios contemplados en la NIC 12 - "Impuesto a la renta". En consecuencia, el registro de la participación de los trabajadores contemplaba el efecto de las partidas temporales que afectaban la base de su cálculo. De otro lado, por convención en Perú, la participación de los trabajadores se mostraba en el estado de ganancias y pérdidas en la línea anterior a la del IR.

Sin embargo, en setiembre de 2010, el comité de interpretaciones IFRIC (CINIIF por sus siglas en castellano) emitió un informe en el que respondió a la solicitud de agregar a su agenda la revisión del tratamiento contable de la participación de los trabajadores en las utilidades.

En este documento, el comité concluyó que, de acuerdo con las NIIF, resulta claro que estas participaciones se deben reconocer en los Estados Financieros siguiendo los criterios contemplados en la NIC 19 - "Beneficios a los empleados".

Este cambio en la política contable genera como consecuencia que la participación de los trabajadores del área administrativa se

incluya ahora como gasto operativo en el estado de ganancias y pérdidas; mientras que la participación correspondiente a los trabajadores de planta, forma parte de los costos de ventas.

Bajo ese contexto, se debe tomar en cuenta que las normas que regulan los nuevos impuestos y contribuciones mineras, los cuales deben determinarse en base a las normas contables, no han excluido de los costos de ventas la participación de los trabajadores en las utilidades. Sin embargo, en cuanto a los gastos operativos, los Reglamentos de la Ley de regalía minera, Ley del IEM y Ley del GEM, sí han establecido que la participación de los trabajadores no está incluida dentro del concepto de "gasto operativo".

Así, a efectos de determinar los gastos operativos que a su vez sirven para calcular la "utilidad operativa" sobre la cual se determina la regalía minera, el IEM y el GEM no se deberá incluir la participación de los trabajadores. Tomando en cuenta que a su vez dichos conceptos (regalía minera, IEM y GEM) serán deducibles para efectos de calcular la renta neta imponible del impuesto a la renta y la misma participación de los trabajadores, se estaría generando un efecto circular que afectará el cálculo regular del impuesto a la renta.

Es preciso señalar que los elementos constitutivos de la obligación tributaria,

como es el caso de las deducciones que inciden en su cálculo o los requisitos vinculados a las mismas solamente pueden ser establecidas por ley o decreto legislativo, de conformidad con el principio de legalidad contenido en la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario y el artículo 74 de la Constitución Política del Perú.

En efecto, conforme a la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario, sólo por ley o por decreto legislativo, en caso de delegación, se puede crear, modificar y suprimir tributos; señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota; el acreedor tributario, el deudor tributario y el agente de retención o percepción.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 74 de la Constitución Política del Perú, los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. No surten efecto las normas tributarias dictadas que no cumplan con este mandato legal.

En ese sentido, los elementos esenciales y determinantes del tributo sólo podrán ser regulados a través de leyes o decretos legislativos, de modo que los reglamentos

únicamente podrán regular aquéllos elementos adicionales que complementen la regulación legal; caso contrario, se estaría vulnerando el Principio de Legalidad o Reserva del Ley.

Tomando en cuenta lo anterior, podría sostenerse que el Reglamento de la Ley del IEM al definir a los "gastos operativos" y excluir de dicho concepto a la participación de los trabajadores en las utilidades estaría vulnerando el referido principio de legalidad.

Otro asunto a considerar es que las leyes que regulan estos tres gravámenes mineros, establecen que serán calculados sobre la utilidad operativa trimestral, es decir, el cálculo deberá hacerse cada trimestre y de manera independiente, sin la posibilidad de que el resultado de un trimestre puede ajustarse en el siguiente trimestre.

Sin embargo, al parecer no se habría tomado en cuenta que la participación de los trabajadores en las utilidades no se determina de manera trimestral, es decir, antes de fin de año las compañías únicamente tienen un estimado de su participación de los trabajadores en las utilidades. En ese sentido, será necesario efectuar un corte trimestral y tomar el estimado más cercano de la participación de los trabajadores de cada trimestre para determinar la referida utilidad operativa.

Normas Legales

Agosto 2011

NORMAS LEGALES - AGOSTO 2011

PODER LEGISLATIVO

Ley No.29783 (20-08-2011).- Ley de Seguridad y Salud en el trabajo.

La norma bajo comentario busca promover una cultura de prevención de riesgos laborales en el país. Esta nueva Ley de Seguridad y Salud en el trabajo (SST) incorpora una nueva y más exigente regulación para los empleadores, tipificándose incluso un nuevo ilícito, mientras que para los trabajadores se mejoran las medidas de protección, abriéndoles más alternativas para el ejercicio de sus derechos laborales.

La presente norma es más exigente y extiende la intervención de los sindicatos para participar en comités de seguridad y salud en el trabajo. El incumplimiento al deber de prevención generará la obligación de indemnizar a las víctimas o a sus derechohabientes, de los accidentes y enfermedades profesionales.

Es de señalar que en materia penal, se impondrán penas de hasta 5 y 10 años, para quienes omitan adoptar medidas de Seguridad y Salud en el Trabajo, que pongan en riesgo la vida, salud o integridad física del trabajador, o acarreen muerte o lesiones graves.

Asimismo, se fortalece la competencia y fiscalización de la Autoridad de Trabajo (AT), la cual comenzará a ejercer dichas facultades en las empresas del sector energía y minas, además de las divisiones de comercio, industria, servicios y construcción civil.

Finalmente, se establece las normas mínimas para la prevención de riesgos laborales, pudiendo los empleadores y los trabajadores establecer libremente niveles de protección.

La presente norma entró en vigencia al día siguiente de su publicación.

PODER EJECUTIVO

ECONOMÍA Y FINANZAS

Resolución Ministerial No.551-2011-EF/15 (05-08-2011).- Fijan índices de corrección monetaria para efectos de determinar el costo computable de los inmuebles enajenados por personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades conyugales que optaron tributar como tales.

La norma bajo comentario dispone los índices que serán utilizados para efectos de determinar el costo computable de los inmuebles enajenados por personas naturales, que se efectuaron entre el 5 de agosto de 2011 hasta la fecha en que se publique la resolución ministerial que apruebe los índices para el mes siguiente.

Dichos índices, se encuentran en el portal del Ministerio de Economía y Finanzas: www.mef.gob.pe.

Resolución Viceministerial No.016-2011-EF/15 (05-08-2011).- Precios CIF de referencia para la aplicación del derecho variable adicional o rebaja arancelaria a que se refiere el D.S No. 115-2011-EF, aplicable a importaciones de maíz, azúcar, arroz y leche entera en polvo.

La norma bajo comentario dispone los precios CIF de referencia para la aplicación del derecho variable adicional o rebaja arancelaria a que se refiere el Decreto Supremo No.115-2001-EF y modificatorias.

La norma entró en vigencia al día siguiente de su publicación.

Resolución Viceministerial No.017-2011-EF/15 (23-08-2011).- Precios CIF de referencia para la aplicación del derecho variable adicional o rebaja arancelaria a que se refiere el D.S No. 115-2011-EF, aplicable a importaciones de maíz, azúcar, arroz y leche entera en polvo.

La norma bajo comentario establece en su artículo único los precios CIF de referencia para la aplicación del derecho variable adicional o rebaja arancelaria a que se refiere el Decreto Supremo No.115-2001-EF y modificatorias.

La norma entró en vigencia al día siguiente de su publicación.

ORGANISMOS EJECUTORES

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA.-

Resolución de Superintendencia No.211-2011/SUNAT (23-08-2011).- Modifican el PDT Planilla Electrónica - PLAME, Formulario Virtual No.0601 - Versión 2.0 y el PDT Planilla Electrónica, Formulario Virtual No.0601 - Versión 1.9.

La norma bajo comentario establece la modificación del PDT Planilla Electrónica - PLAME, Formulario Virtual No.0601 - Versión 2.0 aprobado por el numeral 3.3 del artículo 3 de la Resolución de Superintendencia No.183-2011/SUNAT, a la nueva Remuneración Mínima Vital de seiscientos setenta y cinco nuevos soles (S/. 675.00) establecida por el Decreto Supremo No.011-2011-TR.

El referido PDT estará a disposición de los interesados en SUNAT Virtual el 31 de agosto de 2011 y deberá ser empleado por los sujetos obligados a que se refiere el artículo 4 de la citada Resolución para cumplir con la presentación de la PLAME y la declaración de las obligaciones por los conceptos señalados en el artículo 7 de la mencionada norma, que se generen a partir del mes de agosto de 2011 y que deben ser presentadas a partir del mes de setiembre de 2011 así como para efectuar el pago que corresponda.

La presente resolución entró en vigencia a partir del día siguiente de su publicación.

Resolución de Superintendencia No.212-2011/SUNAT (27-08-2011).- Postergan la utilización PDT Planilla Electrónica - PLAME, Formulario Virtual No.0601 - Versión 2.0 y establecen supuestos para su implementación gradual.

La resolución bajo comentario, establece que el referido PDT será puesto a disposición de los interesados en SUNAT Virtual desde el 30 de noviembre de 2011 para ser utilizado a partir del 1 de diciembre de 2011.

El cronograma fijado mediante la Resolución de Superintendencia No.340-2010/SUNAT será aplicable para la presentación del PDT Planilla Electrónica - PLAME por los períodos de noviembre y diciembre de 2011.

La presente resolución entró en vigencia a partir del día siguiente de su publicación.



*PricewaterhouseCoopers
Santo Toribio 143, Piso 8
San Isidro, Lima, Perú
T: +51 (1) 211 6500, +51 (1) 411 5800
F: +51 (1) 211 6565, +51 (1) 442 2073*

www.pwc.com/pe