Reglamento de DU. 038-2020 que establece medidas para mitigar efectos económicos

Lima, martes 21 de abril de 2020

Alerta Legal Laboral

REGLAMENTO DEL DECRETO DE URGENCIA 038-2020

El 21.04.20 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 011-2020-TR (en adelante "DS"), Reglamento del Decreto de Urgencia N° 038-2020 (en adelante "DU"), que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras medidas, con miras a preservar los empleos.

¿A quiénes se aplica?

Según el DU, a trabajadores y empleadores del sector privado (art. 2). El DS precisa que el DU es aplicable a todos los empleadores y trabajadores del sector privado, bajo cualquier régimen laboral (art. 2). Así, comprende a grandes, medianas, pequeñas y microempresas de cualquier sector de actividad económica, incluyendo los que tienen un régimen especial (construcción civil, agrario, minero, portuario, etc.). Además, según el DU, también están comprendidas las empresas estatales y sus trabajadores bajo el ámbito del Fonafe(Quinta DCF).

¿Qué se entiende por naturaleza de las actividades y nivel de afectación económica para justificar las medidas?

Según el DU, los empleadores que no puedan implementar el trabajo remoto o aplicar la licencia con goce de haber recuperable, por la naturaleza de sus actividades o por la afectación económica que padecen, pueden adoptar las medidas que resulten necesarias a fin de mantener el vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, privilegiando el acuerdo con los trabajadores (art. 3.1).

El DS ha precisado lo siguiente:

1) Imposibilidad de trabajo remoto por la naturaleza de las actividades se da cuando se requiere la presencia del trabajador de forma indispensable, por la utilización de herramientas o maquinarias que solo puede operar en el centro de trabajo, u otras situaciones que resulten inherentes a las características del servicio contratado (art. 3.1.1).

2) Imposibilidad de aplicar licencia con goce de haber compensable por la naturaleza de las actividades se da cuando no es razonable la compensación por causas objetivas vinculadas a las labores, como cuando el empleador tiene distintos turnos que cubren su actividad de forma continua las 24 horas del día (3 turnos), cuando la extensión de la jornada puede poner en riesgo la seguridad y salud de los trabajadores (por cansancio en empresas que contratan el SCTR), cuando el horario de atención del empleador se sujete a restricciones establecidas por leyes o disposiciones administrativas (restaurantes, bares, discotecas) o, cuando se den otras situaciones que manifiestamente escapen al control de las partes (art. 3.1.2).

3) Imposibilidad de aplicar el trabajo remoto o licencia con goce de haber compensable por el nivel de afectación económica, cuando el empleador esté en una situación económica tal que le impide severa y objetivamente aplicar dichas medidas (art. 3.2). Se entiende por nivel de afectación económica (art. 3.2.1):

a) Para los empleadores exonerados de la cuarentena:

a.1) cuando el ratio resultante de dividir las remuneraciones de todos los trabajadores declarados en la planilla electrónica entre su nivel de ventas de marzo 2020, comparado con el ratio del mismo mes 2019, registra en

marzo 2020 un incremento mayor a 6 puntos porcentuales para el caso de pymes y mayor a 13 puntos porcentuales para el caso de medianas y grandes empresas. Esto aplica para las medidas adoptadas en abril 2020 al amparo del DU.

a.2) cuando el ratio resultante de dividir las remuneraciones de todos los trabajadores declarados en la planilla electrónica entre su nivel de ventas al mes previo en el que adopta la medida, comparado con el ratio del mismo mes 2019, registra en dicho mes 2020 un incremento mayor a 12 puntos porcentuales para el caso de pymes y 26 puntos porcentuales para el caso de medianas y grandes empresas. Esto aplica para las medidas adoptadas desde mayo 2020 al amparo del DU.

b) Para los empleadores no exonerados de la cuarentena:

b.1) cuando el ratio resultante de dividir las remuneraciones de todos los trabajadores declarados en la planilla electrónica entre su nivel de ventas de marzo 2020, comparado con el ratio del mismo mes 2019, registra en marzo 2020 un incremento mayor a 4 puntos porcentuales para el caso de pymes y mayor a 11 puntos porcentuales para el caso de medianas y grandes empresas. Esto aplica para las medidas adoptadas en abril 2020 al amparo del DU.

b.2) cuando el ratio resultante de dividir las remuneraciones de todos los trabajadores declarados en la planilla electrónica entre su nivel de ventas al mes previo en el que adopta la medida, comparado con el ratio del mismo mes 2019, registra en dicho mes 2020 un incremento mayor a 8 puntos porcentuales para el caso de pymes y 22 puntos porcentuales para el caso de medianas y grandes empresas. Esto aplica para las medidas adoptadas desde mayo 2020 al amparo del DU.

c) Para los empleadores con menos de un año de funcionamiento, estén o no exonerados de la cuarentena, en lugar de comparar con el ratio del mismo mes 2019, la comparación se realiza en función al ratio promedio mensual de ventas de los 3 primeros meses de funcionamiento. Si las ventas del mes previo a la adopción de la medida sean 0, el empleador podrá aplicar la medida.

4) El cálculo de los ratios antes mencionados se realiza conforme al anexo que publicará el Mintra en su portal institucional.

¿Qué se puede aplicar unilateralmente o pactar con los trabajadores?

Ahora bien, concretamente ¿qué medidas pueden adoptarse? Según el DS, el empleador debe intentar primero, privilegiando el diálogo con los trabajadores, inclusive del grupo de riesgo (art. 4.1, Sexta Disp. Comp. Final):

1) Otorgar vacaciones adquiridas y pendientes de goce.
2) Acordar física o virtualmente el adelanto de vacaciones.
3) Acordar física o virtualmente la reducción de la jornada diaria o semanal, con la reducción proporcional de la remuneración.
4) Acordar física o virtualmente la reducción de la remuneración, proporcionalmente a las causas que la motivan y sin rebajarla por debajo de la RMV.
5) Adoptar otras medidas reguladas por el marco legal vigente, siempre que permitan el cumplimiento del objetivo del DU.

Antes de aplicarlas, estas medidas deben ser informadas al sindicato o, en su defecto, a los representantes de los trabajadores elegidos o los trabajadores afectados, explicando los motivos para su adopción a fin de entablar negociaciones que busquen satisfacer los intereses de ambas partes. Se debe dejar constancia de la remisión de información y la convocatoria a negociación (art. 4.2).

Según el DU, estas medidas pueden regir hasta 30 días calendario luego de terminada la emergencia sanitaria (09.06.20), por lo que pueden durar hasta el 09.07.20. El Ministerio de Trabajo y el de Economía pueden prorrogar este plazo por decreto supremo (art. 3.5).

Dice también el DU, que estas medidas pueden ser aplicadas sólo hasta el 09.06.20 al personal del grupo de riesgo, si el empleador no puede aplicar trabajo remoto ni licencia con goce de haber recuperable (art. 4).

¿Cuál es el trámite de la suspensión perfecta de labores?

Se pudo desde que empezó la cuarentena, en aplicación de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Pero, con el DU aparece regulada expresamente como medida excepcional, bajo las siguientes pautas aplicables desde el 15.04.20 (art. 3.2 a 3.5) y, según el DS, ejercitable solo luego de haber agotado la posibilidad de implementar las medidas antes mencionadas (art. 5.1):

1) El empleador debe presentar por mail una comunicación al Ministerio de Trabajo, con carácter de declaración jurada según formato que debe ser publicado el 14.04.20 en la web de dicho ministerio.

2) En dicha comunicación debe exponerse los motivos que la sustentan: caso fortuito, fuerza mayor, impacto económico o cualquier otra causa que no permita reanudar las labores o pagar las remuneraciones del personal. Sugerimos sustentar esta medida con estadísticas, ventas, proyecciones y demás información relevante.

3) Dentro del plazo de 30 días útiles de presentada la comunicación en referencia, la Sunafil verificará la existencia de la causa invocada. De comprobarse su inexistencia o la afectación a la libertad sindical (lo que implica usar deliberadamente la suspensión para incurrir en actos antisindicales, pero no prohíbe incluir personal sindicalizado en la medida siempre que se justifique), el Ministerio de Trabajo deja sin efecto la suspensión, debiendo el empleador abonar los sueldos no pagados y reanudar labores cuando corresponda (esto es, si la empresa ya puede operar normalmente). En este caso, el período dejado de laborar es considerado como laborado para todo efecto legal.

4) El Ministerio de Trabajo emite resolución confirmando o no la suspensión dentro de sétimo día útil de efectuada la verificación por la Sunafil. Si no lo hace, se aplica el silencio administrativo positivo, esto es, se asume confirmada la suspensión. Puede llegarse hasta 03 instancias de resolución, si es que el o los centros de trabajo en los que se aplique la suspensión están en una sola región. Si están en más de una región, la Dirección General de Trabajo (Lima) resuelve en instancia única. La decisión de última instancia puede cuestionarse judicialmente a través de una demanda contenciosa administrativa.

Según el DS, al plazo de 7 días útiles, puede añadirse el plazo de notificación de 05 días útiles desde que se emite la resolución administrativa (art. 7.5).

5) La suspensión puede regir hasta 30 días calendario luego de terminada la emergencia sanitaria (09.06.20), por lo que puede durar hasta el 09.07.20. El Ministerio de Trabajo y el de Economía pueden prorrogar este plazo por decreto supremo.

Agrega el DS que si, durante la suspensión de labores, el empleador puede implementar el trabajo remoto u otorgar licencia con goce de haber recuperable, puede dejar sin efecto total o parcialmente la suspensión, debiendo comunicarlo máximo al día útil siguiente al Mintra por la plataforma virtual, quedando sin efecto para los trabajadores excluidos de la suspensión los beneficios a los que accedieron durante ésta (art. 8.3).

6) Si el Ministerio de Trabajo confirma la suspensión, el tiempo que dure esta no es computable para CTS, gratificaciones, participación en las utilidades y solo es computable para el récord vacacional.

7) Durante la suspensión, el empleador deja de aportar a Essalud, pero esta entidad continuará prestando su asistencia en dicho lapso, financiada por el Ministerio de Economía.

Precisa el DS que, si no se aprueba la suspensión de labores, el empleador debe reembolsar a Essalud los gastos en los que hubiere incurrido al atender a los trabajadores afectados por la suspensión (art. 18.2). Además, el empleador y el trabajador comprendido en la suspensión pueden acordar que la IAFAS (compañía de seguros) respectiva continúe prestando el servicio de atención en salud, siempre que cualquiera de las partes asuma total o parcialmente dicho costo (art. 18.3).

Dice el DS que la suspensión perfecta de labores puede comprender a uno o más trabajadores (art. 5.2). No puede afectar la libertad sindical o la protección de la mujer embarazada. Se protege especialmente a las personas con discapacidad, con coronavirus, del grupo de riesgo, y no puede implicar un trato discriminatorio (art. 5.3). Esto no implica que no puedan ser incluidas en la suspensión perfecta de labores, pero el empleador tendrá que justificar especialmente porqué lo hace.

Agrega el DS que la comunicación de la suspensión perfecta de labores que comprenda a centros de trabajo ubicados en más de una región, se realiza máximo hasta el día siguiente de adoptada a través de la plataforma virtual del Mintra.

Resolverá en instancia única la Dirección General de Trabajo (art. 6.1). Si la suspensión perfecta de labores solo afecta centros de trabajo ubicados en una región, se aplica el mismo plazo para comunicarla al Mintra por la misma vía, pero se derivará a la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos de la región respectiva (art. 6.2), por lo que puede haber hasta 3 instancias.

Añade el DS que, antes de comunicar la suspensión perfecta de labores al Mintra, el empleador debe comunicarla a los trabajadores afectados y a sus representantes elegidos, de existir, física o virtualmente. Cuando el empleador comunique la suspensión perfecta de labores al Mintra, debe incluir las direcciones electrónicas de los trabajadores y sus representantes, de ser el caso (arts. 6.3 y 6.4).

Según el DS, el inspector que constatará o no la existencia de la causa invocada para la suspensión perfecta verificará la información del empleador sobre la naturaleza de sus actividades o el nivel de afectación económica, que sustente que no puede aplicar el trabajo remoto ni otorgar licencia con goce de haber recuperable, según lo expresado por el empleador en su comunicación. El empleador debe presentar la DJ mensual del IGV-Renta o, en su defecto, debe calcular el monto que corresponde reportarse como “ingreso neto del mes” y acreditarlo con su registro de ventas u otros libros contables; el Plame del mes o, en su defecto, información de remuneraciones del personal declarado en el T-Registro cuya relación laboral no acabe ese mes; información sobre el acceso y destino de los subsidios de origen público (el “35%”); información que pruebe que los trabajadores comprendidos en la suspensión perfecta se mantengan inactivos y que sus puestos estén desocupados; en el caso de una suspensión parcial, información que demuestre que el personal no comprendido está laborando presencialmente o de manera remota; información que pruebe que la inclusión de sindicalizados en la suspensión obedece a que sus puestos de trabajo están paralizados; información que demuestre que se procuraron adoptar medidas distintas a la suspensión, privilegiando el acuerdo y los motivos del porqué no se pudo llegar a este (art. 7.1).

Además, el DS señala que, aun cuando no se realice la inspección, cabe que el empleador sea fiscalizado posteriormente, la que debe realizarse cuando menos respecto del "20%" de las suspensiones comunicadas al Mintra. Si se encuentra que carece de sustento la causa invocada para la suspensión, puede declararse la nulidad de la resolución expresa o ficta que la convalidó y se ordenará el pago de los sueldos devengados durante la suspensión en un plazo de 48 horas. Además, se puede imponer una multa de entre 5 y 10 UIT, así como comunicar al Ministerio Público para interponer la acción penal correspondiente (art. 11).

Las suspensiones perfectas de labores presentadas hasta el 21.04.20 en aplicación del DU, deben ser adecuadas a lo establecido en el DS en 5 días útiles, que vencen el 28.04.20 a través de la plataforma virtual del Mintra, usando el número de registro asignado a la comunicación presentada. Recién una vez realizada la adecuación, corre el plazo de 30 días útiles para que se lleve a cabo la inspección (Única Disp. Comp. Transitoria).

¿Qué ingresos percibirán los trabajadores afectados por la suspensión de labores?

De acuerdo al DU, los que tienen cuenta CTS pueden disponer de lo depositado en esta hasta por una remuneración bruta mensual por cada mes calendario vencido durante la suspensión de labores. Las entidades depositarias deben desembolsar el monto correspondiente a solicitud del trabajador y a la cuenta que este indique, previa confirmación que éste está comprendido en una suspensión aprobada en la plataforma que habilitará el Ministerio de Trabajo o por información que este brinde a tales entidades (art. 7.1). El plazo para el

desembolso, según el DS, es de 2 días útiles (art. 14.3).

Se considera como remuneración bruta mensual, según el DS, la percibida antes del inicio de la suspensión perfecta de labores (art. 13.1). En el caso de comisionistas, destajeros y otros que perciban remuneración principal imprecisa, debe calcularse el promedio de los 6 meses previos a la suspensión de labores. Si el período es inferior a 6 meses, se promedia lo percibido en dicho período (art. 13.2). A solicitud del trabajador, el empleador debe emitir un documento físico o virtual indicando que está comprendido en la suspensión de labores, la duración de ésta y el monto de su remuneración bruta mensual (art. 13.3).

Precisa el DU que, esta facultad del trabajador es adicional a la del retiro de hasta S/. 2,400.00 prevista en el Decreto de Urgencia N° 033-2020, que puede ser ampliada a S/. 2,400.00 adicionales mediante decreto supremo del Ministerio de Trabajo hasta el 09.06.20 (art. 7.1).

Añade el DU que, los que no tengan saldo en su cuenta CTS pueden pedir a su empleador el adelanto del pago de la CTS de mayo 2020 (no depósito) y la gratificación de julio 2020, calculados a la fecha del desembolso. El plazo para que el empleador lo haga es 05 días calendario de efectuada la solicitud por el trabajador, mediante depósito en la cuenta que el trabajador indique (art. 7.2).

Para tal efecto, según el DS, el trabajador debe adjuntar a su solicitud al empleador, el documento que sustenta que no tiene saldo en su cuenta CTS, que debe dárselo su entidad depositaria (art. 15.1).

El DS ha señalado que estos beneficios son aplicables no solo a las suspensiones perfectas implementadas con el DU, sino a las previamente comunicadas en base a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (art. 12).

Los trabajadores de la microempresa sujetos al régimen PYME que perciban un sueldo mensual bruto de hasta S/. 2,400.00 (en planilla), percibirán de Essalud una prestación económica de hasta S/. 760.00 por mes vencido que dure la suspensión, hasta por 3 meses (art. 7.3). Estos trabajadores deben solicitar dicha prestación de manera virtual en la plataforma que Essalud implemente, en base a la información de las suspensiones que el Ministerio de Trabajo le proporcione. Tales trabajadores deben brindar su CCI de la cuenta en la que deseen les depositen la prestación, que no puede ser su cuenta CTS (arts. 7.4 y 7.5).

El DS precisa que, para que proceda esta prestación, la PYME debe haber logrado que su suspensión sea aprobada expresa o tácitamente por el Mintra (art. 16). Essalud la debe pagar dentro de quinto día útil de recibida la información del Mintra y, siempre que el trabajador haya presentado la solicitud de pago en la plataforma que para ello se habilitará (art. 17.3).

¿Podrán disponer de sus fondos pensionarios los trabajadores afectados por la suspensión de labores?

El DU señala que los que, de continuar laborando durante la suspensión de labores, hubieran alcanzado los aportes necesarios para acceder a una pensión en el SNP, no se les exigirá los aportes del período de suspensión y pueden pedir a la ONP que les otorgue tal pensión. Esta entidad puede reconocerles hasta 3 meses de aportes, para lo cual el trabajador solo tiene que acreditar estar incurso en la suspensión de labores. Para el cálculo de la pensión no se toman en cuenta los sueldos por el período excepcional acreditado (art. 9).

Los afiliados a una AFP podrán retirar hasta S/. 2,000.00 de su fondo, previa solicitud presentada a su AFP desde el 30.04.20. Las AFP confirmarán que corresponde el desembolso, en base a la información de las suspensiones aprobadas que el Ministerio de Trabajo le proporcione. Este beneficio es excluyente con el retiro de hasta S/. 2,000.00 autorizado por Decreto de Urgencia N° 034-2020 para los afiliados que, hasta el 31.03.20, no tengan aportes por al menos 6 meses consecutivos (arts. 10.1 y 10.2).

¿Los trabajadores no incluidos en una suspensión de labores pueden retirar parte de su fondo de AFP?

Según el DU sí, pueden retirar hasta S/. 2,000.00, siempre que su última remuneración declarada no supere S/. 2,400.00, y en tanto al momento de la evaluación de su pedido puedan acreditar el aporte devengado en febrero 2020 o marzo 2020. Dicho monto será entregado en dos pagos mensuales consecutivos, el primero de S/.

1,000.00 y el segundo por la diferencia. Este retiro es de libre disponibilidad e inembargable y, es excluyente con el retiro de hasta S/. 2,000.00 autorizado por Decreto de Urgencia N° 034-2020 para los afiliados que, hasta el 31.03.20, no tengan aportes por al menos 6 meses consecutivos (arts. 10.3 a 10.7).

¿Se puede aplazar el depósito CTS de mayo?

De acuerdo al DU, el empleador puede hacerlo hasta noviembre 2020, excepto para los trabajadores que ganen hasta S/. 2,400.00 o estén incluidos en una suspensión perfecta de labores (at. 11.1). El DS precisa que se trata de cualquier suspensión, sea ejecutada en aplicación del DU o la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (art. 20.4).

Según el DU, el depósito CTS que debió realizarse en mayo y fue postergado hasta noviembre, será pagado en esta ocasión con la tasa de interés que se hubiera aplicado desde mayo si el depósito se hubiera hecho en esta fecha (arts. 11.2 y 11.3).

El DS precisa que el empleador debe comunicar al trabajador dicha decisión física o virtualmente, hasta el 30 de abril (art. 20.1).

¿Cómo se declaran en la planilla electrónica los trabajadores en trabajo remoto?

Según el DS deben ser registrados como teletrabajadores según la Tabla Perimétrica N° 35 “Situación Especial”.