



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

Trabajo

Ministerio de Trabajo - Promoción del Empleo

"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

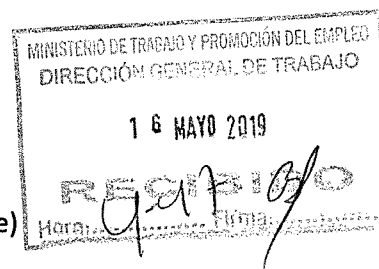
INFORME N° 70 -2019-MTPE/2/14.1

PARA : JUAN CARLOS GUTIÉRREZ AZABACHE
Director General de Trabajo

DE : VÍCTOR RENATO SARZO TAMAYO
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)

REFERENCIA : Informe N° 1197-2019-MTPE/4/8 (H.R. N° I-074487-2019)

FECHA : 16 MAYO 2019

**I. ASUNTO**

Opinión técnica sobre ordenanza aprobada por el Consejo Regional de Cusco relativa a la contratación de extranjeros.

II. BASE LEGAL

- Constitución Política del Perú.

III. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo solicita opinión técnica sobre la Ordenanza Regional aprobada por el Consejo Regional de Cusco, sobre contratación de extranjeros.

Conforme a lo previsto en el literal c) del artículo 49 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2014-TR, la Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo cuenta con la función de emitir opinión técnica en materia de trabajo. Ello implica la posibilidad de pronunciarse emitiendo criterios generales sobre los alcances de la legislación laboral. No obstante, la opinión técnica contenida en el presente documento de ninguna manera resuelve casos concretos, ya que ello corresponde a las instancias administrativas o judiciales competentes de acuerdo al marco legal.

En atención a lo expuesto, esta Dirección procede a pronunciarse sobre los aspectos consultados en el marco de nuestras competencias.

IV. ANÁLISIS

1. Si bien aún no ha sido publicada, se conoce a través de los medios de comunicación que la ordenanza regional busca priorizar la contratación de la población del Cuzco en las convocatorias de nuevos puestos de trabajo. Asimismo, prohibiría el despido de peruanos con la finalidad de contratar extranjeros en condiciones de informalidad y subempleo.
2. En primer lugar, ya existe una norma de **alcance nacional** que establece una preferencia por la contratación de peruanos (sean de Cuzco o no) y limita la contratación de extranjeros. Se trata del Decreto Legislativo N° 689, el cual señala que "los empleadores,



*“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”
“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”*

cualquiera fuere su actividad o nacionalidad, darán preferencia a la contratación de trabajadores nacionales” (artículo 1). En ese sentido, la referida norma de alcance nacional establece límites en cuanto al número de extranjeros posibles de contratar (20% del total de la planilla del empleador) y el monto máximo de remuneraciones que podrían percibir (hasta el 30% del total de remuneraciones que corresponde a la planilla del empleador).

3. La dación de una ordenanza regional que prioriza la contratación de la mano de obra local en nuevos puestos de trabajo representa una afectación para los demás peruanos (aquellos que no provienen de la región Cuzco) y para los extranjeros en general. Lo primero es una discriminación en razón del origen, en tanto lo segundo es una discriminación en función a la nacionalidad. Ambas conductas están proscritas por la Constitución Política del Perú (artículo 2) y, además, podrían configurar el delito de discriminación sancionado por el Código Penal.¹
4. De otro lado, la ordenanza regional pretende tutelar la conservación de puestos de trabajo a favor de los nacionales, de forma que sancionaría el despido de estos que se realice con intención de reemplazarlos por personal extranjero. Estamos frente a una norma regional que regularía el derecho al trabajo previsto en el artículo 22 de la Constitución Política: en concreto, el derecho a la conservación del puesto de trabajo (en este caso, de los nacionales) y el derecho de acceso al empleo (en este caso, de los extranjeros).

Sobre el particular, la regulación de los derechos fundamentales laborales corresponde al Poder Legislativo (a través del Congreso de la República), o de manera delegada, al Poder Ejecutivo, mas no a los Gobiernos Regionales o Locales. Ello es así porque, si bien la República del Perú es descentralizada, no deja de configurarse como un Estado unitario e indivisible (artículo 43 de la Constitución Política). Por ello, no resultan admisibles la creación de “parcelas de regulación” en torno a los derechos fundamentales laborales, según la visión política que impere en cada región o localidad.

Al respecto, es importante tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional del Perú, en el sentido que:

“cuando la Constitución deja abierta la posibilidad de que se regulen o reglamenten los derechos fundamentales o los ámbitos dentro de los cuales éstos puedan ejercerse, tal opción no puede entenderse sino como la necesidad de que el tratamiento regulativo a dispensar sea por principio igual

¹ Código Penal. Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación

El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36.



*"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"*

en todas las circunstancias. Para cumplir con dicho objetivo, es sólo la ley (o en casos excepcionales, el decreto legislativo) la única forma normativa que, como expresión de la voluntad general de toda la colectividad, puede asegurar por sus alcances universales, el cumplimiento de un principio tan elemental como el de igualdad. No ocurre lo mismo con la ordenanza municipal o, en definitiva, con cualquier otra expresión normativa circunscrita sobre ámbitos territoriales más o menos amplios o reducidos, pues independientemente de que su jerarquía o rango sea el mismo que el de una ley, es un hecho inobjetable que sus efectos (los de la ordenanza u otras variables similares) no se aplican sobre todos los individuos que conforman la colectividad de un Estado, sino tan sólo sobre aquéllos que integran la respectiva repartición descentralizada.

(...) bajo la perspectiva antes descrita, si se permitiera que mediante una ordenanza municipal se estatuyera el tratamiento directo de cualesquiera de los derechos fundamentales, ya sea para establecerles límites o restricciones, o por el contrario, para dispensarles criterios amplios o extensivos de operatividad, resultaría que en un mismo Estado existirían tantos tratamientos regulativos de derechos como corporaciones descentralizadas de gobiernos locales, con manifiesto y evidente perjuicio —cuando no desnaturalización grotesca—, del principio de igualdad².

Aun cuando el criterio citado precedentemente ha sido expuesto con ocasión de una demanda de amparo planteada en contra de una ordenanza municipal, lo mencionado por el máximo intérprete de la Constitución resulta plenamente aplicable al presente caso, por cuanto se sustenta en la imposibilidad de que mediante normas de niveles de gobierno inferiores al nacional (y que por tanto solo resultan aplicables en su respectiva circunscripción) puedan regularse o normarse los derechos fundamentales de la persona, pues se trata de una materia reservada al acto legislativo, que no puede estar sujeta a regulaciones diferenciadas en función de ámbitos territoriales más o menos reducidos.

5. De otro lado, el despido contrario a ley, así como la contratación informal, ya cuentan con regulación de alcance nacional que prevé consecuencias jurídicas frente a tales actos, independientemente de que el afectado sea un nacional o un extranjero.

Así, por ejemplo, un despido arbitrario origina el derecho al pago de una indemnización para el trabajador. De la misma forma, la contratación informal (aquella que se realiza sin declaración en la planilla electrónica) o la propia situación de informalidad laboral (derivada, por ejemplo, del incumplimiento de los derechos laborales), son materias sancionables por la Autoridad Inspectiva de Trabajo (multas administrativas).

6. Finalmente, y sin perjuicio de lo señalado anteriormente, no puede dejarse de lado la existencia de una preocupación por parte de las autoridades regionales respecto a la situación del empleo en su circunscripción. Sin embargo, consideramos que las iniciativas que se adopten sobre el particular, lejos de estar dirigidas a establecer medidas limitativas

² Fundamentos 5 y 6 de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 19 de noviembre de 1999, recaída en el expediente N° 57-98-AA/TC. Un razonamiento similar ha sido expuesto en los fundamentos 9 y 10 de la sentencia de fecha 20 de enero del 2000, recaída en el expediente N° 1211-99-AA/TC.





*“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”
“Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres”*

de derechos, deberían orientarse a garantizar el cumplimiento de la normativa sociolaboral así como a promover la generación de empleo productivo y el aumento de la empleabilidad en la región, tales como acciones para reducir la informalidad laboral, fortalecimiento de los servicios de empleo, acciones de capacitación laboral, entre otros.

V. CONCLUSIONES

- a) Es posible que la ordenanza regional que emita el Gobierno Regional del Cuzco contravenga el mandato de no discriminación previsto en el artículo 2 de la Constitución Política.
- b) La regulación de los derechos fundamentales es una materia que corresponde al Poder Legislativo (y al Poder Ejecutivo de forma delegada), mas no a los Gobiernos Regionales y Locales.

Atentamente,

.....
RENATO SARZO TAMAYO
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)
Dirección General de Trabajo