

## RÉGIMEN LEGAL DE LAS MYPES: ¿ACIERTO O FALLA?

**Mario Pasco Cosmópolis\* versus**

**Javier Neves Mujica\*\***  
**Miembro del Comité Consultivo de THEMIS**

*El Decreto Legislativo 1086, emitido a mediados del año pasado, crea un régimen laboral especial para las Micro y Pequeñas Empresas (MYPES). Este régimen ha sido acogido por un sector de los críticos como deficiente, pues se asegura que entorpece más de lo que ayuda el desarrollo de este tipo de empresas.*

*En el presente artículo, uno de los artífices de esta norma, el ex-Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, Dr. Mario Pasco Cosmópolis, nos explica a qué realidad y motivos responden las disposiciones creadas, mientras que el también ex-Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, Dr. Javier Neves Mujica, le da un vistazo crítico a las mismas.*

\* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo. Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

\*\* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP.

**POLÍTICAS DE FOMENTO A LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA**

Decir que las micro y pequeñas empresas (en adelante, las "MYPE") constituyen la absoluta e inmensa mayoría de empresas en el país es un lugar común. También lo es el que en esa mayoría absoluta esté concentrado casi todo el empleo. Y finalmente, el mayor de los lugares comunes es que, en especial en la micro empresa, el empleo es informal, porque las propias empresas lo son.

Todos estos son simples datos nada novedosos. Pero allí están, así son. Esa es la realidad de nuestro país. Allí radica el mayor de los retos para una política social que parta de reconocer que el único programa efectivo de lucha contra la pobreza es aquel que tiene como eje la creación de empleo. Pero empleo de calidad, empleo decente, en los términos acuñados por la Organización Internacional del Trabajo.

La única manera de lograrlo es a través de la paulatina incorporación a la formalidad de ese vasto universo productivo y laboral.

Sólo dentro de la formalidad puede aspirar un trabajador a conseguir un trabajo permanente, adecuadamente retribuido, con protección social suficiente y con acceso a las prestaciones básicas.

**I. LAS MYPE: SU CARACTERIZACIÓN Y SU ROL SOCIAL**

Es verdad incontrovertible, en efecto, que las empresas más pequeñas procrean, en relación con los medios invertidos en su puesta en marcha, más puestos de trabajo que la gran empresa, tanto en términos absolutos como relativos. Por eso, toda política de desarrollo debe prestar atención a este fenómeno, ya que, como expresa Verdadera<sup>1</sup>:

- "Generan empleo directo de manera más rápida que la gran o media empresa en razón al menor monto de inversión por empleo creado y el menor período de maduración de la inversión;
- Tienen la mayor integración nacional en la adquisición de insumos –consumo intermedio– con mayor impacto indirecto sobre el empleo y los ingresos y el menor consumo de divisas;

- Satisfacen las necesidades básicas de los más pobres pues producen bienes a bajos precios;
- Utilizan los recursos nacionales, regionales y locales existentes, fomentando el desarrollo regional y local;
- Tienen un alto efecto demostración. Al notar el avance de las primeras pequeñas y medianas empresas (en adelante, "PYMES") en un sector, otros trabajadores se instalan como PYMES, dada la facilidad de entrada.

Pero, de otra parte, las PYMES también muestran muchas debilidades que derivan de:

- Falta de preparación de los microempresarios en gestión empresarial y en comercialización;
- La necesidad de mejorar la calidad de los productos, los acabados y la presentación. Se compete con bajos precios y no en calidad, la que más bien se sacrifica. Falta capacitación en desarrollo de productos industriales.
- Falta de capacitación técnico-productiva;
- Muchas se sostienen por subvenciones, mediante programas de crédito;
- Existe dispersión de las PYMES, lo que dificulta su organización;
- Existe dispersión gremial en varias instituciones (APEMIPE, FENAPI, APIC, Comité de Pequeña Industria de la SIN), las mismas que actúan con altibajos."

Por cierto, una cuestión previa es la caracterización de la micro, pequeña y mediana empresa, para lo cual pueden utilizarse criterios cuantitativos o conceptuales. Son más socorridos los primeros.

Así, se suelen utilizar con frecuencia tres criterios, sea en forma aislada, sea concurrente: el número de trabajadores dependientes, el volumen de la facturación y la cuantía de los activos. Otros criterios, aunque menos aplicados, son las capacidades tecnológicas, el volumen de producción, el tipo de actividad económica<sup>2</sup>. La norma peruana utiliza los dos primeros<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> VERDERA V., Francisco. "Programas de empleo e ingresos en Perú". En: MARTÍNEZ, Daniel y Gustavo MÁRQUEZ (Coord.) AA.VV. Programas de empleo e ingresos en América Latina y el Caribe. BID/OIT.1998, p. 332.

<sup>2</sup> Por cierto, las pautas de medición de las empresas según su envergadura varían en los países desarrollados y subdesarrollados. En aquellos, empresas que según sus parámetros internos califican como pequeñas serían colocadas uno o dos escalones más arriba en los países pobres, en los que empresas con cien trabajadores son colocadas en el rubro de "mediana o gran empresa".

<sup>3</sup> Para la microempresa, un máximo de 10 trabajadores y un tope de ventas de 150 UIT; para la pequeña, un máximo de 100 trabajadores y ventas hasta por 1700 UIT.

Como una suerte de aproximación a una definición conceptual, es común identificar a la micro empresa con la empresa unipersonal o familiar, lo que no excluye, sin embargo, los emprendimientos mínimos en los que hay trabajo subordinado y remunerado, todo lo cual hace que sean numéricamente las más abundantes en prácticamente todo país.

En la pequeña empresa –el escalón siguiente– se constata por lo general la “existencia de dos niveles jerárquicos; predominio de comunicación verbal; decisiones centralizadas y superposición de funciones en la figura del empresario/dueño. Se trata mayoritariamente de empresas familiares, con bajos niveles de inversión, orientadas casi exclusivamente al mercado interno”<sup>4</sup>.

## II. UNA POLÍTICA DE ESTADO PARA LAS MYPE

Según las estadísticas hay más de 3’200,000 micro y pequeñas empresas. Son estas pequeñas unidades productivas las que generan la inmensa mayoría de los empleos a nivel nacional; empleo, sin embargo, de baja calidad, sin protección real, y sin derechos.

Para afrontar tan enorme problema se requiere de una política integral que parta de una realidad que el Presidente Alan García definió muy acertadamente en su momento: el microempresario es, él mismo, un trabajador, es un trabajador que da empleo a otros trabajadores. El microempresario, en efecto, no es un inversionista que coloca su capital para que otros se lo administren, y vivir de sus utilidades, sino que es, él mismo, un trabajador. Un trabajador, huelga decirlo, también marginal y desprotegido.

Eso debe llevar a verlo, asumirlo y tratarlo, no como un evasor o trasgresor de la legalidad que

debe ser perseguido y acosado, sino como una persona a la que el Estado debe proteger, porque al hacerlo esa protección se extenderá a esos otros trabajadores que laboran para él.

Por eso es necesaria toda una política de estado. No una simple ley, sino una decisión y un conjunto de acciones que comprometan, transversalmente, a todas las instituciones y entidades del estado: gobierno central, gobiernos regionales y locales, empresas, entidades públicas; pero también a organizaciones sindicales y empresariales, cámaras de comercio, ONG, todos los integrantes de la sociedad oficial y civil alineados con las grandes estrategias para lograr una inserción o incorporación progresiva a las ventajas de la modernidad.

Eso lleva a un necesario deslinde en las estrategias encaminadas a la pequeña y a la microempresa, como especies diferenciadas. Si la pequeña empresa requiere políticas que le permitan articularse, crecer, desarrollarse, la microempresa requiere políticas que le permitan sobrevivir.

Sino, miremos las estadísticas: ochenta por ciento de las microempresas en el Perú no llegan a vivir dos años. La tasa de mortalidad infantil de la microempresa es altísima.

A nuestro criterio, la acción del Estado debe encaminarse a lograr, para el microempresario y sus trabajadores, un mínimo indispensable de seguridad social, acompañado de una sola exigencia: el respeto de los derechos laborales fundamentales, como enfáticamente proclama el Decreto Legislativo 1086<sup>5</sup>, tanto en forma genérica, cuanto con referencia específica a cada uno de tales derechos fundamentales.<sup>6</sup>

Lo demás vendrá después, casi por añadidura.

<sup>4</sup> Cit, por LANARI, María Estela, et al. “Informe por Argentina al XV Encuentro del Grupo Bologna/Castilla-La Mancha/Turín –CLMT”. Arequipa. 2006. p.3. Adolfo Vispo acota que en la empresa mediana existen “dos o más niveles jerárquicos; formas de delegación de autoridad; presencia de niveles de información inconexos y procesos decisorios centralizados con coexistencia de componente racionales e intuitivos”.

<sup>5</sup> El Decreto Legislativo 1086 publicado el 28 de junio de 2008 tiene como antecedente inmediato la Ley 28015.

<sup>6</sup> “Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1086

Derechos laborales fundamentales En toda empresa, cualquiera sea su dimensión, ubicación geográfica o actividad, se deben respetar los derechos laborales fundamentales. Por tanto, deben cumplir lo siguiente:

1. No utilizar, ni apoyar el uso de trabajo infantil, entendido como aquel trabajo brindado por personas cuya edad es inferior a las mínimas autorizadas por el Código de los Niños y Adolescentes.
2. Garantizar que los salarios y beneficios percibidos por los trabajadores cumplan, como mínimo, con la normatividad legal.
3. No utilizar ni auspiciar el uso de trabajo forzado, ni apoyar o encubrir el uso de castigos corporales.
4. Garantizar que los trabajadores no podrán ser discriminados en base a raza, credo, género, origen y, en general, en base a cualquier otra característica personal, creencia o afiliación. Igualmente, no podrá efectuar o auspiciar ningún tipo de discriminación al remunerar, capacitar, entrenar, promocionar, despedir o jubilar a su personal.
5. Respetar el derecho de los trabajadores a formar sindicatos y no interferir con el derecho de los trabajadores a elegir, o no elegir, y a afiliarse o no a organizaciones legalmente establecidas.
6. Proporcionar un ambiente seguro y saludable de trabajo”.

Ahora bien, por su importantísimo rol en la generación de empleo, además, obviamente, de su propia inserción dentro del entramado social y económico de los países, en especial los de menor desarrollo, esa política debe traducirse en un conjunto sistemático de medidas que incluyen, en los aspectos macroeconómicos, la orientación prioritaria de los recursos hacia las áreas productivas que generan mayor empleo; dotación de infraestructura de servicios; mecanismos de vinculación oferta-demanda, organizando la primera y estimulando la segunda, y orientándola hacia lo microeconómico, simplificación de los trámites administrativos y apoyo en la constitución societaria; líneas especiales de financiamiento; información sobre mercados; capacitación gerencial; asistencia técnica; asesoría y consultoría orientada a mejorar la eficiencia en el uso de recursos y, consecuentemente, la productividad; acceso al crédito, capacitación y tecnología.

A todo ello apunta el Decreto Legislativo 1086, puesto en vigor en el segundo semestre del año 2008, que busca superar las dificultades que restaron eficacia a la Ley 28015, que se proponía lo mismo aunque con menor amplitud de miras.

### III. RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL PARA LAS MYPE

Ahora bien, dentro de esas medidas se presenta una cuestión asaz polémica: el establecimiento de un régimen laboral especial o privativo con menos beneficios y un previsible menor costo laboral que el régimen común.

La posibilidad de segmentar la legislación en atención a la dimensión de la empresa es una medida de política que suele enfrentar a académicos y pragmáticos, a gobiernos y a gremios sindicales y empresariales: ¿es socialmente válido establecer regímenes laborales diferenciados: uno pleno para la gran industria, y otro moderado para las MYPE; o la legislación laboral debe ser única y general? Las municiones teóricas que entrecruzan los partidarios de una y otra posición son de grueso calibre.

Quienes propugnan un régimen especial de menores beneficios y bajos costos arguyen que las legislaciones suelen ser fijadas con la mira puesta en las empresas más visibles, que tienen los sindicatos más poderosos y que terminan siendo constructoras de las empresas de menor dimensión, que son así empujadas a la informalidad, espacio en el que los trabajadores carecen de toda protección y de todo derecho. La informalidad es la simple consecuencia del ya mencionado alto costo de la

legalidad, según desarrolla Hernando de Soto en "El otro sendero". Si los costos legales disminuyeran –incluidos, natural y preponderantemente, los laborales, como también los tributarios y administrativos–, la informalidad cedería paso a la formalidad, que es el estado deseable.

En la acera del frente se argumenta que la ley no puede crear trabajadores de primera y segunda categoría, tratamiento dispar que es atentatorio contra los principios de igualdad y no discriminación. Por otra parte –alegan–, crear un régimen de inferior nivel empujaría a las empresas a fraccionarse para aprovechar las ventajas de menores costos del nivel inferior: las empresas grandes vendrían en medianas, y éstas en pequeñas, con el resultado final de una atomización en la que los grandes perdedores serían los trabajadores.

El tema es agudo y merece un análisis atento y cuidadoso. Algunas líneas de coincidencia pueden existir entre posiciones tan encontradas. Veamos:

- Las políticas de empleo no pueden dejar de lado la promoción de las MYPE, sino que deben focalizarse en ellas, ya que allí radica el gran dinamismo de generación de puestos de trabajo.
- La legislación laboral debe actuar, en su generalidad y universalidad, como el piso mínimo del andamiaje de derechos y beneficios. Ese piso debe corresponder de manera racional a las posibilidades reales de la economía y de todas las empresas. Por ende, es válido y lícito eliminar beneficios exagerados, antitécnicos y antieconómicos, como en su momento proclamaron las reformas de los noventa.
- No contradice el principio de igualdad el que existan salarios diferenciados –en especial, los salarios mínimos, que son fijados por vía oficial y con carácter imperativo–, en atención al volumen de las empresas, como también a otros factores como la actividad productiva, la ubicación geográfica, el costo de vida relativo, etcétera. Como el salario suele ser la medida de los demás derechos, que por lo general se basan en él y lo usan como patrón de referencia, en materia de costos un salario menor produce en cadena beneficios de costo también menor.
- La manera adecuada de compensar las diferencias entre empresas sin con ello atentar contra la vivacidad de la producción es a través de la negociación colectiva. La negociación colectiva tiene como virtud suprema la de armonizar las necesidades y aspiraciones legítimas de los trabajadores con las posi-

bilidades reales de las empresas para atenderlas. No por la imposición ciega de un legislador distante, sino por la persuasión y el mutuo convencimiento.

Es importante advertir que, aunque son pocos los países en donde se ha creado un régimen laboral especial para las empresas de reducido tamaño, en gran número de ellos hay sin embargo normas diferenciadas sobre tópicos específicos.

Así, por ejemplo, es común que las diversas legislaciones reserven la participación en las utilidades sólo para las empresas de mediana y gran envergadura, como también que exoneren a las de menor dimensión de contar con un reglamento interno, o sala-cuna o lactario. De similar manera, en algunos países las normas sobre despido son menos rigurosas, no conllevan el derecho a reposición del trabajador que puede ser dispuesta en el caso de empresas grandes, y no se exigen a aquellos determinados servicios que sí son mandatorios en éstas, como *verbigracia* el comedor.

En materia colectiva, es usual que se exija un número mínimo de trabajadores para constituir un sindicato de empresa (20 ó 25), lo que en la práctica impide la existencia de organizaciones sindicales de esa índole en la pequeña y micro-empresa.

Quiere esto decir que la segmentación por tamaño es más regla que excepción: prácticamente todos los países admiten diferencias en su legislación, aunque con carácter puntual o específico. Además, todas estas medidas se han aplicado desde siempre y de modo pacífico en el Perú, donde la participación en las utilidades sólo rige en las empresas con más de veinte trabajadores, lo que no es garantía de que se trate de una empresa pequeña únicas además donde es factible constituir un sindicato de empresa; el reglamento interno y la obligación de contar con un servicio de "relaciones industriales" y de asistencia social aplica en las empresas con cien o más trabajadores. Estas son normas de índole general, que se adicionan implícitamente al régimen especial de la micro-empresa que veremos más adelante.

El Decreto Legislativo 1086, con el propósito explícito de promover su formalización y desarrollo, reconoce el derecho a descanso vacacional de quince días por año e indemnización por despido injustificado de diez remuneraciones diarias por cada año completo, con un máximo de 90 remuneraciones. No contempla, en cambio, gratificaciones, compensación por tiempo de servicios,

asignación familiar, seguro de vida ni participación en las utilidades.

La afiliación al Sistema Integral en Salud –SIS– es obligatoria, dentro de un régimen "subsidiado" en el cual el empleador y el Estado aportan mensualmente por partes iguales; en cambio, la afiliación en materia de pensiones es potestativa del trabajador, habiéndose creado al efecto un Sistema de Pensiones Sociales al que el Estado aporta, igualmente, un subsidio equivalente al 50% de la contribución.

#### IV. APRECIACIÓN CRÍTICA

La primera cuestión que debe quedar claramente sentada es que la problemática laboral, siendo importantísima, no es la única que afecta a las empresas de menor tamaño. Tanto o más pesantes resultan los aspectos administrativos, en orden a la constitución y registro; los tributarios, por su complejidad y alto costo; los financieros, por las enormes dificultades de acceso al crédito y las elevadas tasas de interés, que las afectan en mayor medida que a la mediana y gran empresa; como también las deficiencias en capacitación, el difícil acceso a los mercados, y un larguísimo etcétera.

El capítulo laboral es sólo uno de ellos. Sin embargo, despierta mayor polémica por una elemental razón: la existencia indispensable de un tercero en discordia, el trabajador. Mientras las otras medidas, todas ellas, tienen que ver con una relación bilateral del empresario de la micro o pequeña empresa con el Estado, con otros empresarios o con el consumidor, en el tema laboral hay otra parte comprometida. Y no es una parte cualquiera, sino la más importante, se la mire desde donde se la mire.

Es aquí donde retornamos a la idea central: el empresario de la micro empresa es, él mismo, un trabajador que da trabajo a otros trabajadores.

Sólo al tomarse conciencia de ello, al internalizarse su contenido, recién se puede comprender que el tema MYPE no es exclusivamente económico; no es, siquiera, prevalentemente económico. Es ante todo, y por sobre todo, un tema social.

En efecto, desde la perspectiva laboral, empleadores y trabajadores conforman estamentos distintos, separados, contradictorios, hasta hostiles entre sí. El derecho del trabajo tiene una entraña conflictiva, pues está encaminado a proteger al trabajador frente a los poderes enormes de que está dotado el empleador, y que si fueran ejercidos sin control devendrían en situaciones abierta-

mente antisociales, como sucedía sin más en las épocas aurales del maquinismo y la industrialización.

Esa óptica, que nos lleva a verlos como sectores antagónicos y enfrentados, conduce a que la legislación los trate de manera necesariamente diferente, acumulando o acreciendo derechos para los trabajadores al tiempo de restringir las atribuciones patronales.

Nada de lo que se legisla en pro del trabajador es trasplantable o aplicable al empleador; se trata de dos mundos diferentes, regidos por pautas distintas y encaminados a diversos resultados.

Por eso, en los países cuya seguridad social es de tipo contributivo, que son la inmensa mayoría a nivel mundial, dicho sistema está constreñido a los trabajadores, es un mecanismo para los trabajadores; el empleador es apenas un aportante pasivo, un sujeto tributario cuya participación se traduce en el pago de la contribución y cuya acción se concentra en los aspectos de la administración tripartita de los entes gestores, sin que el empleador sea, en ninguno de tales sistemas, un derecho-habiente de la seguridad social. Lo son sólo los trabajadores y sus familiares.

Pues bien, la nueva Ley MYPE trae un giro radical en esta conceptualización: el empresario es asumido y tratado como un trabajador, ya que normalmente lo es. Pasa a ser, por ello, derecho-habiente de la seguridad social, tanto en materia de salud como de pensiones.

Ahí está el *quid* de la cuestión: el empresario como trabajador.

Prima hoy un criterio economicista: la visión –por cierto atendible y plausible– de que lo que la microempresa requiere es capacidad para crecer. Sin duda que eso es importante; y debe ser tomado en consideración para sentar estrategias que permitan la incorporación plena de la microempresa en la economía formal.

Pero antes de que ello suceda, lo primero que debemos garantizar es que la microempresa pueda sobrevivir. Como se ha señalado, más de ochenta por ciento de microempresas desaparece antes de cumplir dos años de existencia. La microempresa adolece de alta mortalidad infantil. Parte de la explicación para este fenómeno implacable es la falta de inclusión y protección social.

El empresario dedica demasiado tiempo y esfuerzo a la tarea infecunda de constituir y registrar

su empresa, y a realizar trámite tras trámite ante innumerables ventanillas burocráticas, en vez de dedicarlos a aquello a lo que están destinados: producir. Mientras se hace cola en una oficina no se puede producir, como tampoco llenando formularios ni haciendo pagos.

Naturalmente, el reconocimiento del empresario como trabajador y la posibilidad consiguiente de acceder a niveles básicos de inserción y promoción social no es suficiente para incentivarlo a acogerse a la formalidad. Era necesaria una visión más amplia y comprensiva, que acumulara suficientes ventajas, que es lo que creemos ha conseguido y consagrado la Ley MYPE: la constitución y registro de la empresa en apenas 72 horas, el acceso a mecanismos de financiamiento, el monitoreo de la información sobre mercados, el estímulo a la creación de conglomerados y *clusters*, las incubadoras de proyectos y empresas, y otras muchas medidas, concretan lo que en realidad la norma representa: una política de estado.

## V. RESTAN DOS CUESTIONES POLÉMICAS

A estas alturas, salvo doctrinarios recalcitrantes, son pocos los que objetan la necesidad de un régimen laboral especial para la microempresa. Se ha introducido ya en la conciencia social, política y jurídica de nuestro país que la idea voluntarista de extender a la microempresa el régimen general es impracticable y, peor aún, negativa, porque al empujar al empresario a la informalidad, condena al trabajador a una condición mísera y desprotegida.

Un régimen *ad hoc* resulta, pues, opinable desde una perspectiva teórica, pero incuestionable desde una óptica realista, ya que es mejor el cincuenta por ciento de algo que el ciento por ciento de nada.

Restan sin embargo, dos cuestiones que son pasto para análisis.

La primera: admitiendo la necesidad de tal régimen en la microempresa, ¿por qué extenderlo a la pequeña empresa, que constituye una realidad diferente?

La segunda: tal régimen especial, ¿debe ser temporal o puede ser permanente?

En cuanto a lo primero, prima también una consideración práctica: si entre el régimen común y el especial no se interpusiera un escalón, que permita un tránsito razonable, ningún empresario de microempresa se animaría a crecer, o lo haría

utilizando subterfugios que ocultaran su envergadura. Se hace indispensable, para constituir un verdadero estímulo a su desarrollo, que el tránsito sea progresivo, paulatino, ya que de lo contrario se constituiría en una barrera infranqueable.

No se trata en este caso de promover formalidad, porque ella en gran medida ya existe, sino en no empujar a la informalidad, ni mucho menos al fraude.

Por cierto, el régimen especial sólo se aplica a los trabajadores que ingresen con posterioridad a la

vigencia de la ley, sin que puedan ser afectados los derechos dentro del régimen común de quienes venían laborando con anterioridad.

En cuanto al plazo, fijarlo como hacía la Ley 29015 abre también otra perspectiva amenazante<sup>7</sup>. El empresario acogido al régimen especial se habrá de preguntar, sin duda, ¿qué sucederá cuando el plazo expire? Y si la respuesta es que, a partir de ese momento, deberá asumir todas las cargas del régimen común, lo más probable es que prefiera permanecer en la informalidad, y mantener a sus trabajadores dentro de la misma.

## EXPOSICIÓN DE JAVIER NEVES MUJICA:

### EL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL PARA LAS MYPE

En julio del 2003 se creó un régimen laboral especial para las microempresas que duraría cinco años. Se hizo mediante la Ley 28015. Finalmente, se le introdujeron sustanciales modificaciones por el Decreto Legislativo 1086 –el Texto Único Ordenado se aprobó por Decreto Supremo 007-2008-TR– y se le reglamentó por Decreto Supremo 008-2008-TR. Los cambios principales han consistido en convertir en permanente el régimen especial y ampliarlo a las pequeñas empresas, categoría que a su vez se ha extendido.

En las líneas que siguen voy a plantear las mayores objeciones que me provoca esta nueva regulación. Primero un cuestionamiento de forma y luego varios de fondo.

#### I. ¿UN NUEVO RÉGIMEN APROBADO SIN DIÁLOGO SOCIAL?

El anteproyecto de Ley General del Trabajo ha venido discutiéndose alrededor de seis años en tres instancias plurales, en búsqueda de consenso: técnico, en la llamada Comisión de Expertos compuesta por cinco profesores de Derecho del Trabajo de nuestra Facultad, de orientaciones ideológicas diversas: social, en el Consejo Nacional del Trabajo integrado por el Estado, los gremios empresariales y las centrales sindicales; y político, en la Comisión de Trabajo del Congreso. Se había alcanzado un importante acuerdo sobre la gran mayoría de su contenido,

exceptuando –como era previsible– los asuntos más controvertidos, no obstante lo cual ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo han tenido verdadero interés en aprobarlo. Contrariamente, el gobierno sí ha priorizado la regulación laboral en las micro y pequeñas empresa (en adelante, MYPES). *Régimen general no, pero regímenes especiales sí*, parece ser la agenda normativa oficial para la actividad privada. Lo mismo ha sucedido en el sector público: se paralizó el debate sobre la Ley General del Empleo Público mientras se regulaba el nuevo contrato administrativo de servicios.

Lo más grave es que mientras el régimen general fue sometido a un prolongado diálogo social, el régimen especial se modificó mediante facultades legislativas delegadas, sin participación de las organizaciones de trabajadores. Podría decirse que en el Consejo Nacional del Trabajo no están suficientemente representados los microempresarios, pero entonces hubiera sido cuestión de incorporarlos.

El daño producido al principal mecanismo democrático de producción de normas, que es el diálogo social, ha sido enorme: si el Poder Ejecutivo no quiere que se apruebe una norma, entonces la falta de acuerdo total es una buena excusa para paralizarla; pero si quiere, no resulta necesario acuerdo alguno.

Mario Pasco Cosmópolis versus  
Javier Neves Mujica

<sup>7</sup> La Ley 28015 establecía una temporalidad inicial de cinco años, ampliada posteriormente por cinco años más según la Ley 28851. Algunas analistas le atribuyen a esta característica la poca eficacia de la norma.

## II. ¿SE JUSTIFICAN LOS RÉGIMENES ESPECIALES POR TAMAÑO DE LA EMPRESA?

Hay regímenes especiales que atienden a distintos factores. La naturaleza de la actividad parece el criterio más razonable para fijarlos. Así un régimen especial, al menos en ciertos aspectos, para los trabajadores de construcción civil, los pescadores, los estibadores o los mineros, resulta comprensible. ¿La dimensión de la empresa es un criterio apropiado? A mi juicio el asunto es harto discutible. Entre los mayores motivos de preocupación que me suscita está el de cuál es la valla y quién la determina. El gran riesgo es que tienda a ampliarse desmedidamente, desnaturalizando el propio régimen especial. Lo ocurrido con la ley modificatoria ha ido en esta equivocada dirección.

En el supuesto de que se justificaran, serían, como dicen los abogados, condición necesaria pero no suficiente: sería indispensable acompañar las medidas laborales con otras en los planos tributario, administrativo, crediticio, financiero, etc. La simple degradación de derechos no promueve ni la formalidad ni el empleo, de lo que dejó evidencia empírica –como dicen los economistas– la experiencia de la llamada Ley de Fomento del Empleo de 1991. Lamentablemente, siempre es el campo laboral en el que se producen las mayores flexibilidades.

## III. ¿SE JUSTIFICAN LOS RÉGIMENES ESPECIALES PERMANENTES?

Un régimen laboral especial por tamaño de la empresa debería ser promocional: compensar temporalmente la desventaja en productividad mediante una disminución integral –y no solo o fundamentalmente laboral– de trabas, para conseguir al cabo de unos años una igualdad efectiva. Si se vuelve permanente, configura un trato desigual injustificado y genera estímulos negativos al crecimiento. En un estudio sobre este sector, Juan Chacaltana sostiene que el salto de productividad de las microempresas se produce hacia el sexto año de funcionamiento, por lo que plantea que el régimen laboral especial fuera gradual y durara diez años. Lamentablemente, no fue el camino seguido por nuestra norma.

Si el Tribunal Constitucional mantiene –como es de esperar por seguridad jurídica– el criterio sentado en la sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley del Régimen Especial Agrario, al menos este aspecto del régimen MYPES será declarado inconstitucional.

## IV. ¿SE JUSTIFICA LA ELEVACIÓN DE LA VALLA?

Para determinar la pertenencia a la categoría de micro o pequeña empresa se emplean dos criterios conjuntos: número de trabajadores y volumen de ventas anuales. En el caso de la microempresa ninguno de ellos se ha modificado: de uno a diez trabajadores y 150 unidades impositivas tributarias de ventas anuales. Pero en el de la pequeña empresa se han duplicado: antes eran de uno a cincuenta trabajadores y ahora de uno a cien y, en cuanto a las ventas, antes eran de 151 hasta 750 y ahora hasta 1500 unidades impositivas tributarias. ¿Cuál es el sustento técnico de dicho cambio?

Peor aun, el régimen laboral especial antes abarcaba sólo a las microempresas y ahora comprende también a estas crecidas pequeñas empresas, que –según el estudio de Juan Chacaltana– tienen un nivel de producto por trabajador tres veces mayor que el de las microempresas. Y resulta que, mientras la relación formalidad/informalidad en las primeras es de 4/96, en las segundas es muy pareja: 47/53. Las cifras son proporcionadas por el Ministerio de Trabajo. ¿Se justifica que para estimular que ese 53% que incumple la legislación se formalice se someta al 100% a un régimen especial? Es cierto que ese 47% no podrá acogerse al régimen especial, pero queda una muy mala señal: los empresarios infractores son premiados con una oportunidad de sujetarse a un régimen con menores derechos para sus trabajadores y encima con amnistías respecto del Estado, y los cumplidores son castigados con permanecer en el régimen general.

## V. ¿LA LEY EXCLUYE REALMENTE LA RECONTRATACIÓN?

La ley modificatoria pretende evitar que las empresas formales cesen por diversas vías a sus trabajadores actuales y los recontraen sujetos al nuevo régimen especial. Para ello, exige que entre el cese y la recontratación medie por lo menos un año. ¿Es esta una garantía adecuada? Me parece que no. Primero, porque tratándose de mano de obra poco calificada, el empresario puede cesar al trabajador formal y sustituirlo por otro en el régimen especial. Segundo, porque efectivamente puede esperarse un año y recontraar al mismo. En estricto debió prohibirse que un empresario que cese personal sujeto al régimen general pueda contratar en el régimen especial.

## VI. DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

Los derechos individuales de los trabajadores están severamente circunscritos en las microempresas: la remuneración mínima puede rebajarse, las vacaciones son de quince días, no hay gratificaciones, compensación por tiempo de servicios ni participación en las utilidades, la indemnización por despido injustificado es de diez días por año con tope de noventa días y el seguro social esta muy recortado. En las pequeñas empresas las vacaciones, gratificaciones y compensación por tiempo de servicios son equivalentes a la mitad de las del régimen general y la indemnización por despido injustificado es incluso menor.

En derechos colectivos, implícitamente en el caso de las microempresas y explícitamente en el de las pequeñas empresas, la ley modificatoria las somete al régimen general. ¿Pero pueden ejercerse los derechos colectivos en este régimen? Para constituir un sindicato se requiere veinte trabajadores conformes. Es una cifra imposible para una microempresa que apenas llega a diez en total y muy difícil de alcanzar en una pequeña empresa. Se podría argumentar que cabría constituir sindicatos de rama y sería cierto. Pero, ¿para qué se forma un sindicato? ¿No es fundamentalmente para negociar colectivamente? ¿Y para

### RÉPLICA DE MARIO PASCO COSMÓPOLIS:

Con arreglo a la mecánica que nos explicaron los editores de Themis, el Dr. Javier Neves Mujica y el suscrito fuimos invitados a exponer nuestros puntos de vista sobre el tema propuesto: el régimen legal de las MYPE, luego de lo cual intercambiaríamos nuestros respectivos textos para hacer recíprocos comentarios.

Corresponde, pues, que haga los comentarios pertinentes al artículo de Javier.

Comienzo por expresar mi respeto y aprecio por sus opiniones, siempre versadas, claras y lúcidas.

Ello no me lleva a compartirlas necesaria y absolutamente, aunque de la comparación de nuestros artículos se advertirán no pocas coincidencias.

Por razones meramente didácticas, trataré referirme uno por uno a los siete temas que él desarrolla.

hacerlo en nivel supraempresarial, no se requiere el acuerdo de los empleadores? ¿Qué hacemos con un sindicato de rama que no puede negociar en ese ámbito porque los empresarios no están conformes? Debieron dictarse reglas especiales sobre mínimo de trabajadores para formar un sindicato y decisión unilateral de los trabajadores respecto del nivel negocial, para compensar en lo colectivo siquiera en algo la desventaja en lo individual.

Régimen especial en materia individual, en que se rebaja o suprime derechos, y general en materia colectiva en que no pueden ejercerse, parece una fórmula siniestra.

## VII. TRASLADO DE COMPETENCIA

Para rematar la situación, tras la modificación del régimen laboral especial se dispuso la transferencia de la competencia sobre las MYPES del sector Trabajo al de Producción. En todo el proceso de debate interno al gobierno sobre la regulación de las MYPES, Producción sostuvo las tesis más absurdas, que extendían hasta el infinito los confines de estas categorías. ¿Qué puede ocurrir en el futuro, en que dicho sector podrá formular nuevas propuestas normativas? ¿La Telefónica, Yanancocha y el Banco de Crédito serán MYPES?

### I. DIÁLOGO SOCIAL

La objeción consiste en que el Decreto Legislativo 1086 –Ley MYPE– no fue consultado con el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo –CNTPE.

Claro, no era ése el ámbito adecuado, sino el del *Consejo Nacional para el Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa* –CODEMYPE.

En el CNTPE están las grandes empresas, emblemáticamente representadas por CONFIEP, la SNI, ADEX, etcétera, y las centrales sindicales –CGTP, CTP, CNT, CUT– que afilian a los trabajadores sindicalizados, que son precisamente los de las grandes empresas.

En cambio, en CODEMYPE están los empresarios de la micro y pequeña empresa, y sus trabajadores. Y a ellos sí se les consultó. No sólo respecto

del que a la postre sería el Decreto Legislativo 1086, sino de los proyectos que lo antecedieron, elaborados durante la gestión de la ministra Susana Pinilla, y se recibieron del Consejo y sus integrantes múltiples aportes para su perfeccionamiento.

De modo, pues, que hubo diálogo social. Pero donde debía: no ante el CNTPE, sino ante CODEMYPE

## II. ¿SE JUSTIFICA LA EXISTENCIA DE RÉGIMENES ESPECIALES SEGÚN EL TAMAÑO DE LA EMPRESA?

Por cierto que se justifica, más que en ningún otro caso, un trato especial para las empresas más pequeñas.

¿Tiene lógica que una microempresa esté sujeta a las mismas obligaciones que el Banco de Crédito, que Southern Perú Copper Corporation, Wong, Ripley o Yanacocha? ¿Es razonable una sola legislación universal para la empresa transnacional, la gran empresa, la mediana, la pequeña y, sobre todo, la microempresa?

La respuesta óptima sería que sí, *siempre y cuando fuera una legislación de mínimos*, no de máximos como es nuestra legislación laboral común. ¿En cuántos países del mundo es obligatorio otorgar dos gratificaciones de un sueldo cada una al año, o dar 30 días de vacaciones desde el primer año de servicios, o pagar un sueldo y medio de indemnización por cada año trabajado, o depositar un sueldo por año como compensación por tiempo de servicios?

La legislación laboral común fue elaborada pensando en las grandes empresas, no en las micro empresas.

Esa legislación excesiva ha traído aparejado un efecto no querido y hasta cierto punto perverso: el empobrecimiento de la negociación colectiva. En efecto, ¿qué más se puede pedir u obtener en materia de vacaciones, de gratificaciones, de indemnizaciones? Por eso la negociación en el Perú discurre sobre tópicos intrascendentes, no sobre materias esenciales. ¡Cuán distinto hubiera sido el sindicalismo peruano si hubiera tenido los es-

pacios negociales que la legislación le ha arrebatado!

Pero ante una legislación desbocada, omnicompreensiva, pensada en máximos y no en mínimos, es indispensable un régimen especial que le permita a la microempresa lo esencial, que es sobrevivir y formalizarse. Lo demás es voluntarismo, no realismo.

## III. RÉGIMEN PERMANENTE

La Ley 28015 fracasó, entre otras razones, porque introdujo un régimen temporal, transitorio. El empresario de la microempresa tenía que preguntarse, ante la disyuntiva de formalizarse o permanecer en la informalidad, qué iría a suceder después. Si la respuesta era –como fue– que al cabo de unos años pasaría obligatoria y forzosamente al régimen común, la reacción obvia tenía que ser la que se dio en la práctica: nadie se formalizó. Mayores eran las ventajas (perversas) de la informalidad que los beneficios (temporales) de la formalidad.

Legislar es un acto difícil y delicado. Exige un prudente equilibrio entre lo deseable y lo posible, entre la teoría y la práctica, entre lo que dicta la doctrina y lo que exige la realidad. Si la Ley 28015 fracasó por ponerle un plazo al régimen especial, repetir el error sería contumacia.

## IV. LA VALLA DE LA PEQUEÑA EMPRESA.

En la Ley 28015, la definición de pequeña empresa remitía a un máximo de 50 trabajadores y una facturación anual de 850 UIT<sup>8</sup>. El Decreto Legislativo 1086 duplica exactamente ambas cifras<sup>9</sup>.

Todo límite, todo plazo, es siempre arbitrario: ¿por qué 850 UIT y no 500, 1000, o 1500 ó 2000? ¿Por qué 50 trabajadores y no 20, 30, 70 ó 100? Lo importante, entonces, no es la cifra, sino el por qué de la cifra, a partir de la premisa de que, cualquiera ella sea, será siempre arbitraria.

Pues bien, la implantación de un régimen especial para la pequeña empresa no apunta únicamente a su formalización. Muchas de ellas, acaso la mayoría, ya son formales.

<sup>8</sup> Dicho al paso, las cifras son 850 y 1700 UIT, y no 750 y 1500, como inadvertidamente indica JNM.

<sup>9</sup> Un dato curioso, anecdótico, es que la matemática duplicación no fue deliberada, sino casual: se manejaron cifras, se concordaron dentro un mínimo y un máximo, y se fijaron en las acordadas, sin que nadie se percatara, sino tiempo después, que correspondían exactamente a un ciento por ciento de crecimiento.

A lo que apunta es a introducir un escalón entre la microempresa y el régimen común. Ninguna microempresa crece abruptamente de mediana o grande, en una especie de proceso de sublimación (pasar de sólido a gaseoso sin pasar por el estado líquido), sino que la evolución natural es que la microempresa evolucione a pequeña, ésta a mediana y la mediana, finalmente, a grande.

El futuro del Perú está en la pequeña empresa, no en la micro ni en la grande. La microempresa tiene todos los atributos para generar empleo, pagar remuneraciones razonables, reconocer los derechos, negociar con los sindicatos, y, en fin, constituir el escalón de acceso a ese *desideratum* que es el trabajo decente. Hay que procurarle en consecuencia un régimen que no la asfixie ni la aniquile, sino que le permita crecer y desarrollarse. Para eso está precisamente la negociación colectiva, que a partir de una base o piso razonable permite avanzar hacia mayores y mejores derechos para los trabajadores, pero dentro de las posibilidades reales de cada empresa para asumir su costo, sin la generalidad ciega de la ley, sino con la visión objetiva de la realidad. Ésa es la explicación.

## V. LA RECONTRATACIÓN

La ley tiene un candado para evitar que las empresas despidan fraudulentamente a un trabajador del régimen común para luego recontratarlo bajo condiciones diferentes. ¿Será eficaz la ley para impedirlo? ¿Esa acaso eficaz la ley laboral común para el ciento por ciento de los trabajadores que están en teoría bajo su imperio? No es posible una respuesta afirmativa categórica, porque ¿cuán eficaces son las leyes en el Perú? No se le puede, entonces, atribuir a esta ley una impotencia que no le es privativa, sino que es universal.

La vigilancia, el contralor, corresponden al Poder Ejecutivo, al Ministerio de Trabajo concretamente. En lugar de culpar a la ley por su presunta (y quizás real) imposibilidad de garantizar que se cumpla, habrá que volver los ojos hacia quien tiene la responsabilidad de hacerla cumplir, que es el Poder Ejecutivo.

## VI. DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

La imposibilidad de constituir un sindicato de empresa en aquella que tiene menos de 20 trabaja-

dores no proviene del Decreto Legislativo 1086; ni siquiera de la antigua Ley 28015. Tal regla está contenida en una ley anterior: la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que a su vez sólo recogió lo que ya era norma en el Perú desde tiempos inmemoriales. ¿Por qué, entonces, imputarle a la nueva norma lo que proviene de una normativa anterior que nadie había objetado?

El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo ha considerado siempre, y lo ha reiterado numerosas veces, que exigir un mínimo de 20 trabajadores para constituir un sindicato de empresa es razonable, no atenta contra la libertad sindical. Tiene razón. Si ya es exiguo un sindicato de 20 afiliados, ¿qué sería un "sindicato" de 9 miembros, todos ellos dirigentes? Un ejército con más generales que soldados.

La solución es otra, y Javier la insinúa: la forma natural de sindicación para los trabajadores de las empresas de menor dimensión no es el sindicato de empresa, sino el de gremio y, sobre todo, el de rama de actividad.

Para eso no se necesita ningún cambio normativo. Entre otras cosas, porque la legislación bajo comentario no acarreo ninguno.

Lo que se necesita es otro sindicalismo. Y que los trabajadores adviertan que la solución está en sus propias manos.

¡Claro!, muchos dirigentes tendrían que renunciar a algunos de sus privilegios. Porque no hay en el mundo sindicatos que tengan tantos dirigentes como los peruanos. Son miles. Y disfrutan de fuero, de licencias, de permisos, de estatus, que ahora quieren extender a la micro empresa.

## VII. TRASLADO DE COMPETENCIAS

Aquí existe coincidencia absoluta con Javier: las MYPE debieran haber seguido a cargo del Ministerio de Trabajo, que no sólo tenía la experiencia, sino la experticia para ello.

Desafortunadamente, por razones que no alcanzo a comprender, se decidió políticamente que esas competencias fueran trasladadas al Ministerio de la Producción. Por esa, y no por ninguna otra razón, renuncié a la cartera.

Mario Pasco Cosmópolis versus  
Javier Neves Mujica

El gobierno, seguido casi unánimemente por la prensa, planteó el debate en los siguientes términos: los trabajadores de las MYPES tienen en el papel todos los derechos que reconoce la legislación laboral general, sin embargo, en los hechos no disfrutan de ninguno, porque aquella valla es muy alta y los empresarios no pueden cumplirla; por tanto, hay que bajar la valla, para que al menos tengan efectivamente ciertos derechos. Es mejor –se dijo– pocos derechos en la realidad que muchos en la teoría.

Detengámonos primero en la coherencia interna de esa concepción. Podría ser válida para la microempresa, donde impera casi absolutamente la informalidad, pero ¿por qué se comprende entonces en el régimen laboral especial a la pequeña empresa, que es casi mitad y mitad formal e informal? ¿Los pequeños empresarios todavía informales que se acojan al nuevo régimen no van a competir ahora oficialmente con ventaja indebida sobre los ya formales, fundada en la minusprotección laboral? Van a poder contratar con el Estado y con los particulares ofreciendo menores costos sobre la base del pago inferior de beneficios económicos a sus trabajadores. Dos situaciones fácticas iguales: ambos son pequeños empresarios, con tratamiento legal diverso: uno en el régimen laboral general y el otro en el especial, ¿con mo-

tivo justificado? ¿cuál? Si se extiende al pequeño empresario informal la razonable ventaja que tenía el formal de acceder al sistema, ¿se alienta la formalidad?

En el caso de los microempresarios, la norma alentará la formalidad solo de aquellos interesados en acceder al sistema, que no lo habían hecho por los supuestos altos costos laborales y no por otros motivos. ¿Cuántos son? A los demás, les seguirá conviniendo permanecer en la informalidad, que siempre será más barata: no otorgar ningún derecho será menos caro que otorgar los pocos que reconoce la norma.

Finalmente, la degradación de derechos para una enorme masa de trabajadores, aunque muchos de ellos no rigieran efectivamente, debe ser siempre el último recurso al que acuda el Estado constitucional de derecho, conforme al test de razonabilidad que aplica nuestro Tribunal Constitucional. ¿Este es el caso? ¿Se ha demostrado? ¿Cómo? Si ni siquiera ha habido un debate público y plural sobre esta trascendental reforma. Siempre que haya protección, habrá evasión. ¿Para evitar esta debemos rebajar o desaparecer a aquella? ¿El Estado nos disminuye los impuestos a la renta del trabajo a los que cumplimos para que los que incumplimos paguen?