

Las Relaciones de Trabajo y el Tamaño de la Empresa en el Ordenamiento Peruano

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU.

Profesor Ordinario de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Luis Hernández Berenguel, Abogados.

MARIETTA CALLE FARFÁN.

Abogada egresada de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Partiendo del concepto clásico establecido por el derecho mercantil que considera a la empresa como el conjunto organizado de trabajadores cuyo fin es la producción de bienes y servicios para un mercado, las relaciones de trabajo tienen una gran incidencia sobre ella.

En la actualidad se ha excluido de esta noción de empresa, a la empresa individual, aquella conformada por una sola persona natural en la que no existe pluralidad de sujetos, y también se ha excluido de dicha concepción la empresa familiar, aquella conformada por miembros unidos por vínculos sanguíneos sobre la base del autoconsumo. Desde esta perspectiva, el tamaño o dimensión de la empresa es una de las variables relevantes al analizar las relaciones laborales en un determinado ordenamiento y constituye uno de los ejes importantes de las relaciones de trabajo del Siglo XXI.

Los criterios para medir el tamaño de la empresa son muy variados, los más utilizados son el número de trabajadores ocupados, el monto del capital invertido, el volumen de producción, la tecnología empleada, entre otros; a pesar de ello, no existe unificación a la hora de evaluar la idoneidad de cada uno de los criterios para tal fin.

El tamaño de la empresa es determinante para la aplicación de políticas de promoción, de acceso a beneficios laborales, de discriminación en materia previsional social por parte del Estado.

El objeto del presente trabajo es analizar los criterios para la medición del tamaño de la empresa a la luz de las normas peruanas estableciendo tratamientos diferenciados según el tamaño de éstas, con especial énfasis en la pequeña y microempresa. En este sentido, apreciaremos los criterios que se utilizan para determinar la dimensión de una empresa y su incidencia en las relaciones laborales tanto individuales como colectivas; teniendo en cuenta el principio de igualdad ante la ley y su compatibilidad con las políticas estatales para fijar normas «diferenciadoras» en función al tamaño de la empresa.

Para ello, es indispensable contar con indicadores estadísticos sobre el tamaño de la empresa demostrando facticamente su realidad, su composición, el número de trabajadores, etc.

En este sentido, podremos apreciar si las políticas gubernamentales de fomento a determinadas empresas cumplen o no su objetivo y cómo se desarrollan las relaciones laborales en las diferentes empresas.

I. LAS EMPRESAS SEGÚN SU TAMAÑO EN EL PERÚ

Antes de analizar el tratamiento normativo del sistema laboral peruano en función al tamaño de las empresas, consideramos pertinente apreciar algunas variables significativas que determinan el tamaño de la empresa.

1. Criterios de clasificación para determinar el tamaño de la empresa

A continuación, en función a la realidad peruana, detallamos los principales criterios para establecer una clasificación de las empresas en función a su tamaño¹.

1.1. El número de trabajadores

Generalmente el tamaño de la empresa está determinado por el número de trabajadores que se emplea, aunque no existe uniformidad en el señalamiento del número que determina las fronteras entre pequeñas, medianas, grandes y microempresas. Esto en razón del nivel de desarrollo del país, ya que, por ejemplo, mientras un mismo número de trabajadores permite calificar como pequeña o mediana a una empresa norteamericana o europea, en un número apreciable de países latinoamericanos ella sería calificada como grande.

Entre los criterios empleados, por ejemplo, la OCDE (Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo) ha adoptado la siguiente calificación de las empresas:

- a. muy pequeñas (hasta 19 trabajadores)
- b. pequeñas (entre 20 y 99 trabajadores)
- c. medianas (entre 100 y 499 trabajadores) y
- d. grandes (500 o más trabajadores)

1.2. El capital invertido

Mediante este factor se tiene en cuenta el monto del capital invertido en la empresa, estimándose que son grandes las empresas en que el capital excede de un monto generalmente expresado en medidas referenciales; por ejemplo en Perú, las Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Así, son medianas aquellas que no llegan al mínimo capital señalado para las grandes; son pequeñas las empresas que no tienen el capital mínimo para ser calificadas como medianas y son microempresas aquellas cuyo capital es inferior al mínimo fijado para ser consideradas como pequeñas empresas.

1.3 El volumen de producción o de ventas

Mediante este factor se tiene en cuenta el volumen de producción o de ventas para la medición del tamaño de una empresa que determinan la presencia de grandes, medianas o pequeñas empresas o de microempresas.

Usualmente, mediante la utilización de este factor se prioriza la atención del volumen productivo o de las ventas, colocando en segundo lugar la cuantía del capital invertido y el número de trabajadores ocupados.

2. Las empresas en el Perú

Actualmente, la empresa peruana se está adecuando a las exigencias de un mercado global. En este contexto, las pequeñas y microempresas están teniendo un protagonismo en la realidad nacional a diferencia de las típicas y tradicionales empresas. En esta línea, el tamaño de la empresa tiene un papel determinante en la regulación de normas laborales.

No cabe duda que la relación empresa – Derecho del Trabajo presenta rasgos diferentes según el tamaño de la empresa y según la formalidad o informalidad de la misma. A la vez, se puede afirmar que esas relaciones presentan importantes matices «diferenciadores» según se trate de grandes o medianas empresas.

En suma, los trabajadores de las empresas de menor tamaño afrontan mayores obstáculos normativos y fácticos para constituir sindicatos y afiliarse a ellos por ejemplo. Igual situación se presenta en el ejercicio del derecho a negociar colectivamente. Por otro lado, la propensión a la huelga suele ser mayor en las empresas grandes, y no existe un mecanismo idóneo de solución de conflictos o mecanismos de prevención en este tipo de empresa.

Generalmente, en el Perú existen 2 clasificaciones de las empresas; según su tamaño y sus efectos laborales. Según su tamaño podemos clasificarlas en gran empresa, mediana empresa, pequeña empresa y

¹ Un interesante estudio sobre los criterios para clasificar a las empresas según su tamaño puede encontrarse en MORGADO VALENZUELA, Emilio. "Las relaciones de trabajo y el tamaño de la empresa". En: Las relaciones de trabajo en el Siglo XXI. III. APERT. Lima, 1999, pp. 45 y ss.

microempresa. Dicha clasificación responde a criterios cuantitativos respecto al número de trabajadores tal como dispone el Decreto Legislativo No. 705. La norma peruana describe que la pequeña y microempresa son aquellas que tienen 20 o menos trabajadores; el Ministerio de Trabajo y Promoción Social acostumbra clasificar a las empresas según cuenten con 10, 20, 50, 100 y 500 trabajadores²; y otros con 2, 10 y 50 trabajadores³.

Si bien desde una óptica económica esta división se estima justificada, desde un punto de vista netamente laboral no hemos logrado ubicar estudios completos que reflejen la real situación de los trabajadores en función al tamaño de las empresas ni los criterios que se han tenido en cuenta para su clasificación. Pese a ello, al margen de las clasificaciones empleadas, la mayor parte de las observaciones que realizaremos en este acápite se derivan de casi todas las clasificaciones.

En el año 1997 -en miles de trabajadores privados del sector urbano-, la microempresa (de 2 a 9 trabajadores) tenía una PEA (Población Económicamente Activa) contratada de 1,437; la pequeña empresa (de 10 a 49 trabajadores) una PEA de 595 y; la mediana y gran empresa (50 a más trabajadores) una PEA de 734. Además, los trabajadores independientes sumaban 2,498, los trabajadores del sector público 632 y el resto de las personas (practicantes, trabajadores del hogar, trabajo familiar no remunerado) 849.

De lo expuesto, se aprecia que la ínfima distancia que existe entre los trabajadores dependientes del sector privado (2,766) y los trabajadores independientes (2,498). A su vez, dentro de la composición laboral en general, los trabajadores dependientes de los sectores público y privado (3,398), apenas supera a los trabajadores independientes y de regímenes especiales (3,347).

Si sumamos el número de trabajadores de la microempresa y pequeña empresas (2,032), apreciaremos que supera largamente al personal de las medianas y grandes empresas (734). Inclusive, solamente los trabajadores de las microempresas (1,437) superan a los que laboran en las pequeñas, medianas y grandes empresas (1,329).

De esta forma, en el Perú se aprecia una marcada composición atomizada de las empresas -una importante participación de las microempresas- y una enorme cantidad de personas que prestan servicios como independientes (informales, ambulantes, locadores de servicios, etc.).

En América Latina, únicamente Perú, Argentina, Panamá y Brasil establecen disposiciones o legislaciones particulares para el sector informal o la pequeña y mediana empresa. Salvo Perú que prevé un sistema de reconversión productiva, los demás países mencionados les imponen unas condiciones particulares y distintas respecto de ciertos temas como el de las vacaciones, la seguridad e higiene, o el auxilio de cesantía.

En México la Ley Federal de Trabajo exige del reintegro al

empleador que está en contacto directo y permanente con el trabajador y así lo estima la Junta de Conciliación y Arbitraje. La Ley Nacional de Empleo argentina define de forma general la actividad informal bajo índices económicos. En algunos países como Colombia o Ecuador el artesano es regulado por la ley, delimitando en torno a un concepto de empresa reducida.

Tras la reforma laboral, se observa una ligera tendencia a regular el tema de las pequeñas y microempresas y, de este modo, distinguir por el tamaño de la empresa (como ocurre en Perú y Argentina).

«(...) desde un punto de vista netamente laboral no hemos logrado ubicar estudios completos que reflejen la real situación de los trabajadores en función al tamaño de las empresas(...)»

² Véase el Anuario Estadístico 1997. Ministerio de Trabajo y Promoción Social. Lima, 1998, pp. 63 y ss.

³ Véase BERNEDO, Jorge. "La pequeña empresa: esa incomprendida". En: Informe Laboral. Suplemento de Actualidad Laboral No. 158. Lima, marzo de 1999, pp. 1 y ss. En este caso, la información ha sido elaborada sobre la base de la información proporcionada en la Encuesta Nacional de hogares del año 1997 por el MTPS e INEI.

3. Evolución del empleo y el tamaño de las empresas

Los fenómenos económicos de la década del 90' han ocasionado una serie de variaciones importantes en la estructura de las empresas peruanas atendiendo a indicadores como el empleo. En efecto, en el Perú, se aprecia un crecimiento en los niveles de empleo en las microempresas y pequeñas empresas con relación a las grandes y medianas empresas.

La población asalariada del Perú –urbana- ha crecido si la comparamos con los niveles de empleo del año 1990. Más todavía, la tasa de empleo de las microempresas ha sido notoriamente mayor que el resto de las empresas. Así, en el año 1989, en Lima Metropolitana, las microempresas generaban el 31.9% del empleo asalariado y en 1997, 44.8%. Ello se explica, principalmente –al igual que los demás países de América del Sur-, por el número de puestos de trabajo creados por las microempresas cuya composición mayoritaria son trabajadores contratados sin contratos, es decir, informales⁴.

En el Perú urbano, el mayor crecimiento del empleo se verifica en los trabajadores informales y, de éstos, en las microempresas (menos de cinco trabajadores). Así, en el período 1991-96, la tasa de crecimiento de los trabajadores formales (conformada por los trabajadores registrados en planillas del sector público y privado) fue de 2,4 –el mayor crecimiento se aprecia en las microempresas con un 9,6-, mientras que en el sector informal, el crecimiento fue de 5,9%, siendo las microempresas informales las que cuentan con mayor índice de crecimiento (14,0)⁵.

Por su parte, en las empresas de mayor tamaño, el crecimiento se refleja especialmente en el número de trabajadores contratados a plazo fijo o sin contrato de trabajo –informales- que, respecto de los trabajadores contratados a plazo indeterminado, han crecido de un 40% en 1990 a un 65% del total de trabajadores en 1996. Ahora bien, el crecimiento de los trabajadores

contratados a plazo fijo tuvo una tasa de 1.3 veces con relación al crecimiento de los trabajadores contratados a plazo indeterminado⁶. Sobre esto último, es importante tener en cuenta que, en la referida proporción, tiene una enorme incidencia la subcontratación e intermediación laboral –empresas de servicios especiales, cooperativas de trabajadores y contratas- que supone una reducción de la mano de obra contratada por las medianas y grandes empresas pero no, ciertamente, una reducción del costo⁷.

De esta manera, un importante elemento en el crecimiento del empleo se verifica por las microempresas y, de éstas, en las que se sitúan en el sector informal (14,0). En este sector, las medidas del Estado por estimular la contratación formal –vía reducción de sobrecostos y creación de figuras contractuales que permiten flexibilidad en la contratación- no han tenido mucho efecto. Empero, en el sector formal, sí se verifica un crecimiento del empleo, impulsado por los trabajadores contratados a plazo fijo.

Por ello, las pequeñas y microempresas, son verdaderos centros generadores de empleo pero a la par de informalidad laboral.

Finalmente, con relación a los niveles salariales, la mayor tasa de crecimiento se aprecia en el sector formal y, en éste, en las medianas y grandes empresas. Así, en Lima Metropolitana, entre los años 1990-95, la tasa de crecimiento salarial –promedio anual- del sector formal fue de 12,0, mientras que en el sector informal de 4,6. Por su parte, en el sector formal, el crecimiento en las microempresas (5 o menos trabajadores) fue de 9,6; en las empresas de 6 a 49 trabajadores, 10,6; en las empresas de 50 a 99 trabajadores, 11,0 y; en las empresas de 100 a más trabajadores, 14,1⁸.

En suma, de acuerdo al tamaño y los niveles de formalidad de las empresas, mientras que el índice de empleo se incrementa conforme se reduce el tamaño de las empresas y se encuentren menores niveles de formalidad, el índice de remuneraciones se incrementa en forma inversamente proporcional –el índice au-

⁴ Véase AA.VV. (Ed. TOKMAN & MARTINEZ). Flexibilización en el margen: la reforma del contrato de trabajo. OIT. Lima, 1999, p.19.

⁵ Véase SAAVEDRA, Jaime. Empleo, productividad e ingresos Perú (1990-96). OIT. Lima, 1998, p. 35.

⁶ Véase AA.VV. (Ed. TOKMAN & MARTINEZ). Op. Cit., pp. 23-6.

⁷ Véase FLORES, Edgar. "El caso Perú". En: AA.VV. Población, pobreza y mercado de trabajo en América Latina. OIT. Santiago, 1998, p. 387.

⁸ Véase SAAVEDRA, Jaime. Op. Cit., p.54.

menta en función a los mayores tamaño y nivel de formalidad de las empresas-. Por ello, las pequeñas y microempresas, son verdaderos centros generadores de empleo pero a la par de informalidad laboral.

Sin duda, la información descrita no tiene consideración a la actual crisis económica y recesión. Los niveles de empleo, desde el año 1997 a la fecha se han reducido y probablemente los índices de informalidad se han incrementado a todo nivel de las empresas. Por lo pronto, de acuerdo al Ministerio de Trabajo y Promoción Social, en el periodo febrero de 1998/febrero de 1999, la tasa de empleo nacional urbano se redujo en -4,4 en las empresas que tienen menos de 10 trabajadores, -9,4 en las empresas que tienen entre 10 y 49 trabajadores y en 2,2 en las empresas que cuentan con más de 50 trabajadores⁹. Pese a lo dicho, consideramos que la relación entre el tamaño de las empresas y los niveles de empleo que hemos descrito no deberían modificarse en lo sustancial.

Un problema –compartido por los países latinoamericanos- que debe ser resuelto lo constituye el alto nivel de trabajadores informales, “cuentapropistas” y los trabajadores independientes, son altos pero las tasas de afiliación mínimas. En este sentido, se deberían efectuar reformas para incorporar a tales trabajadores a la formalidad y exista una regulación laboral especial teniendo en cuenta el carácter expansivo del Derecho del Trabajo y que éste está cambiando de sitio¹⁰.

II. MARCO NORMATIVO PERUANO Y EL TAMAÑO DE LAS EMPRESAS

1. Marco general: la regulación especial de las microempresas y pequeñas empresas

A nivel constitucional, el artículo 59° de la Constitución dispone que “*el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria (...). El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades*”.

Es una disposición que pretende que el Estado actúe a favor de las pequeñas empresas –entiéndase también a las microempresas-, inclusive otorgando facilidades iniciales, para que quienes compitan en un régimen desigual puedan actuar en razonable igualdad de condiciones dentro de los mercados en los que les toque operar.

Atención especial se confiere a las micro y pequeñas empresas porque no sólo son una vía de otorgamiento de trabajo a gran escala, sino que también constituyen un mecanismo por el cual la iniciativa privada puede expresarse tal vez con mayor posibilidad, tanto cuantitativa como cualitativamente en todo el universo social¹¹.

El Derecho del Trabajo abre así nuevas pautas, al considerar a la pequeña empresa como sujeto especial de las relaciones laborales. Si en un primer momento, al momento de configurar su alcance, la norma laboral delimitó y excluyó el trabajo autónomo y el familiar de su ámbito de aplicación (y lo hizo en razón de su particularidad); en la actualidad el reto se centra, ya no en apartarse de ciertos sectores, sino en responder a las necesidades de los grupos económicos de entidad reducida y en los cuales las relaciones de trabajo existentes, se modifican y califican para lograr el mayor acercamiento del trabajador a la actividad de la empresa y por su incidencia directa en la productividad de la empresa.

Ahora bien, en función al tamaño de las empresas, en el sistema peruano, existe una regulación especial para las microempresas y pequeñas empresas. De un lado, tenemos normas generales y, de otro, disposiciones específicas.

La Ley de Formación y Promoción Laboral (LFPL), aprobada por Decreto Supremo No. 002-97-TR, señala como una de sus principales finalidades el fomento a la pequeña empresa intensiva en mano de obra para incentivar su integración a la formalidad institucional (artículo 2). Por otro lado, se indica que el Estado propiciará la creación de programas especiales de fomento al empleo brindando ayuda

⁹ Véase Revista Análisis Laboral No. 262. Lima, abril de 1999.

¹⁰ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Personas protegidas, asegurados y beneficiarios”. En: AA.VV. Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AIBDTSS y ANAM. México, 1997, p. 648.

¹¹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. CIEDLA. Lima, 1996, pp. 307-8.

crediticia, financiera y de asesoría para la constitución y funcionamiento de microempresas y pequeñas empresas.

Al respecto, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social cuenta con un Programa de Autoempleo y Microempresa (PRODAME) que, desde su constitución en 1990 hasta mayo de 1998, había posibilitado la constitución de 14,501 empresas a nivel nacional. Resulta interesante advertir que, con relación al nivel educativo de las personas que constituyen las empresas, la tendencia es que la mayoría cuenta con una educación superior (por ejemplo, en mayo de 1998, 359 personas tenían educación superior frente a 272 que tenían educación secundaria y 102 educación primaria)¹².

Hay que anotar que el apoyo del Estado – al igual que las ONGs-, fundamentalmente, se centra en la asesoría y capacitación pero no en el incentivo o la facilidad para acceder al mercado económico o la entrega de créditos, promociones o subsidios¹³.

Por otra parte, existe una regulación específica en materia de microempresas y pequeñas empresas. El Decreto Legislativo No. 705 del mes de noviembre de 1991, estableció una serie de beneficios a favor de las empresas que contaban con un número mínimo de trabajadores. Esta norma, para efectos laborales, no tiene mayor incidencia en la medida que contiene una serie de beneficios relacionados con el régimen tributario y los procedimientos administrativos referidos al acceso a la formalidad. Pese a ello, es interesante apreciar los elementos que se tienen en consideración para apreciar el tamaño de las empresas.

El Decreto Legislativo No. 705 regula la micro y pequeña empresa, definidas como aquellas empresas donde opera una persona natural o jurídica bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial, y

que desarrolla cualquier tipo de actividad de producción, o de comercialización de bienes, o de prestación de servicios.

La microempresa se caracteriza por un número de 10 trabajadores como máximo. Y tiene un valor de ventas que no exceda de 12 UIT. Por su parte, la pequeña empresa tiene un número de trabajadores que no exceda los 20 y el valor total anual de ventas no exceda de 25 UIT. Como se puede apreciar las variables para clasificar el tamaño de la micro y pequeña empresa son dos: el número de trabajadores y el volumen de producción o de ventas.

Finalmente, en la Ley No. 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se establecen una serie de mecanismos que buscan fomentar la contratación de microempresas y pequeñas empresas en las adjudicaciones directas, sin que se verifique una preferencia legal a favor de éstas al momento de la adjudicación y contratación.

«(...) el apoyo del Estado se centra en la asesoría y capacitación pero no en el incentivo o la facilidad para acceder al mercado económico o la entrega de créditos, promociones o subsidios...»

2. Marco especial: las normas laborales en función al tamaño de las empresas

Tradicionalmente, el Derecho del Trabajo no tomaba en cuenta la dimensión del centro de trabajo para el estudio de las instituciones laborales. Las instituciones del Derecho del Trabajo eran abordadas sin que el tamaño de las empresas pudieran motivar un tratamiento específico –establecimiento de beneficios, restricciones o ventajas-.

Sin embargo, el Estado, interesado en establecer ciertos mecanismos que incentiven a la micro y pequeña empresas o, por la existencia de determinadas limitaciones para ciertas contrataciones, fue emitiendo una serie de disposiciones especiales en función al tamaño de las empresas. Además, el número de trabajadores que prestan servicios para las microempresas y

¹² Véase, Informe Estadístico Mensual del Ministerio de Trabajo y Promoción Social No. 25. Lima, mayo de 1998, pp. 55 y ss.

¹³ Un estudio interesante puede verse en VERDERA, Francisco. "Programa de empleo e ingresos en el Perú". En: AA.VV. Programas de empleo e ingresos en América Latina y el Caribe. OIT-BID. Lima, 1998, pp. 332 y ss. Y, en general, OIT. Desarrollo de empresas pequeñas y medianas. Turín, 1982.

pequeñas empresas se incrementó enormemente y ello motivó una mayor diferenciación de las empresas por su tamaño¹⁴.

Así, se puede apreciar de las estadísticas elaboradas por el Ministerio de Trabajo y mencionadas en el presente análisis, la micro y pequeña empresa se han convertido en foco de vital importancia para el desarrollo del país puesto que en éstas se concentra una gran cantidad de mano de obra y también una serie de características que las hace singulares apartándose –en muchos casos- de la formalidad de las normas laborales, apreciándose una situación *sui generis* que el derecho no puede ignorar.

En este sentido, apreciaremos si es necesario una regulación especial para este tipo de empresas, que tiene elementos «diferenciadores» del común de las empresas, o basta con el marco general que tiene deficiencias –que deberían salvarse con simples medidas correctivas- para la adecuación de la realidad de estas formas de asociación.

2.1. Relaciones no laborales en la empresa familiar

En nuestra realidad, las microempresas suelen estar constituidas e integradas por familiares. En este sentido, es importante apreciar la regulación del Derecho Laboral sobre el trabajo familiar.

Caso singular y especial es la empresa familiar definida como aquella figura donde el medio de vida de las personas que la conforman depende de la unidad familiar y no de la prestación de servicios de cada uno de los integrantes de dicha unidad familiar¹⁵.

Así al tener estas características especiales la ley peruana señala que no genera relación laboral este tipo de prestación de servicios, salvo -dice la ley- pacto en contrario; con el pretexto de este último párrafo podríamos encontrar empresas familiares en las que sí hay relación laboral. Ahora bien, la norma, además, advierte que dicha limitación es para los parientes consanguíneos hasta el segundo grado.

La razón de ser de esta limitación radica en que en el trabajo familiar los resultados y riesgos de los servi-

cios prestados se confunden con los beneficios y riesgos que tiene cada uno de los integrantes de la unidad familiar ya que todos los miembros de la unidad familiar trabajan para una misma finalidad (por razones afectivas, de convivencia y/o de dependencia económica), los resultados y riesgos de este trabajo repercutirán no sólo en la unidad familiar sino en cada uno de estos miembros. Así, en el trabajo familiar no hay ajenidad ya que todos sus integrantes prestan servicios para la propia unidad familiar.

Sin embargo, no toda prestación de servicios entre familiares importa la inexistencia de la ajenidad. La doctrina exige la configuración del siguiente requisito para apreciar la existencia de ajenidad o no: debe existir una convivencia física que importe una dependencia económica entre los integrantes de la unidad familiar. Piénsese, por ejemplo, en un establecimiento de abarrotes donde trabajan no sólo los padres sino los hijos que conviven y dependen económicamente de los primeros. En este caso, los resultados y riesgos de la prestación de servicios de los hijos incidirá directamente en el resultado y riesgo del negocio y con ello de la propia unidad familiar. Por el contrario, si los hijos no viven con sus padres –no dependen económicamente de éstos- y reciben de éstos una suma mensual -con la cual satisfacen sus necesidades económicas- por la prestación de sus servicios subordinados, estaríamos ante una auténtica relación laboral.

El trabajo familiar está regulado en la Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Derogatoria de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobada por el Decreto Supremo No. 003-97-TR: «(...) *interpretase por vía auténtica, que la prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, para el titular o propietario persona natural, conduzca o no el negocio personalmente, no genera relación laboral; salvo pacto en contrario. Tampoco genera relación laboral, la prestación de servicios del cónyuge*”.

No compartimos la interpretación que realiza la disposición citada. Salvo el caso del cónyuge -según normas del Derecho Familiar, está prohibida la contratación entre cónyuges sobre los bienes de la sociedad-, no encontramos justificación alguna para excluir del marco del Derecho del Trabajo, con una fór-

¹⁴ Al respecto, puede verse VON POTOBSKY, Gérald. “Pequeñas y medianas empresas y derecho del trabajo”. En: Revista Internacional del Trabajo Vol. 112. OIT. Ginebra, 1993 y; VEGA RUIZ, María Luz. “El derecho del trabajo y la pequeña empresa en América Latina: resurge el debate”. En: Revista Asesoría Laboral. Lima, abril de 1996, pp. 8 y ss.

¹⁵ Véase AA.VV. (QUESADA SEGURA, Rosa: Coordinadora). Lecciones de Derecho del Trabajo. Ceura. Madrid, 1994, p. 484.

mula tan genérica como la empleada, la prestación de servicios de un familiar en favor de otro.

Dada la redacción de la disposición citada, no será necesario apreciar la existencia de la ajenidad para determinar si nos encontramos ante un trabajo familiar (convivencia y dependencia económica con el titular o propietario que funge como empleador).

Así, en todos los casos donde un cónyuge y/o un(os) pariente(s) consanguíneo(s) hasta el segundo grado (es decir, padres, abuelos, hijos, hermanos y nietos), presten servicios subordinados a otro cónyuge y/o pariente consanguíneo hasta el segundo grado, no existirá relación laboral. Lo ideal hubiera sido establecer una presunción *ius tantom* sobre la inexistencia de una relación laboral. En esta línea, si una de las partes alegara la existencia de una relación laboral, debería probarla en un proceso judicial -demostrando la existencia de ajenidad y de los elementos esenciales del contrato de trabajo-.

Al no existir una relación laboral en la prestación de servicios subordinados entre familiares, no existirá obligación alguna de abonar beneficios sociales (legales y/o convencionales), inscribir en planillas al familiar que presta servicios y cualquier otro derecho que se derive de un contrato de trabajo.

2.2. Las contrataciones y beneficios laborales

En materia de contrataciones, las normas laborales peruanas han establecido una serie de limitaciones en cuanto al número para la contratación de determinados trabajadores. Así, para el caso de las contrataciones por medio de empresas de servicios especiales -con excepción de los servicios complementarios y especializados- y cooperativas de trabajadores, se indica que el número de trabajadores no puede exceder del 50% del número total de trabajadores propios de la empresa usuaria.

El porcentaje establecido limita el número de contrataciones en esta modalidad de tal forma que no se desnaturalice la contratación directa. El uso de este tipo de contrataciones es de gran atractivo para el empleador por la facilidad de poner fin al contrato sin pagar indemnización por despido. Además, la regla ha sido que el contrato de trabajo es de duración indeterminada salvo se pruebe lo contrario.

Por otro lado, en el caso de los jóvenes en formación laboral se prevé que las empresas podrán contratar jóvenes para la formación laboral juvenil -figuras laborales que suponen la no-generación de beneficios laborales ni acceso a la seguridad social, en la medida que exista una capacitación para un puesto específico-, siempre que no se supere el 40% del total de trabajadores de la empresa. Lo expuesto, supone que, cuando menos, una empresa debe contar con tres trabajadores registrados en planillas -bajo cualquier modalidad-, para contratar a un joven bajo esta modalidad especial. La finalidad de dicha figura laboral es proporcionar conocimientos teóricos en el trabajo, para incorporarlos en la actividad económica y en una ocupación específica. En concreto son aprendices, no son trabajadores propiamente dicho. Por ello, en aras de una debida aplicación de la ley se establece un límite de contratación.

Asimismo, para la contratación de trabajadores extranjeros la ley señala que existe un límite para la contratación, permitiéndose un máximo de 20% del número total de trabajadores de la empresa; asimismo, las remuneraciones de los trabajadores extranjeros no podrán superar el 30% del total de la planilla de pago. En el caso de las pequeñas empresas también se verifica una limitación contractual para éstas -se requeriría, como mínimo, de cinco trabajadores nacionales para que proceda la contratación de un trabajador extranjero-.

Con relación a los beneficios laborales, las disposiciones peruanas no contienen, salvo la participación en las utilidades, una limitación con relación al acceso de los derechos y beneficios sociales. En materia de remuneraciones, complementos y suplementos salariales y en los denominados beneficios sociales (CTS, gratificaciones, etc.), no se prevé un tratamiento diferenciado con relación al número de trabajadores.

La única disposición existente se relaciona con la participación anual en las utilidades en la empresa -cuyo porcentaje fluctúa entre 5% y 10%, en función a la actividad económica de la empresa-. En efecto, de conformidad con el artículo 9 del Decreto Legislativo No. 677, las empresas que cuenten con menos de 21 trabajadores -en promedio anual- no están obligadas a repartir un porcentaje de las utilidades generadas a favor del personal.

La norma señala taxativamente que están excluidas de repartir utilidades las empresas autogestionarias, las cooperativas, las sociedades civiles y las empresas que no excedan de 20 trabajadores.

Este es un caso particular donde se establece limitaciones en cuanto a derechos y beneficios para empresas que tengan como característica fundamental el número de sus trabajadores conformantes.

Consideramos que si lo que se quería era establecer beneficios para la micro y pequeña empresa tendientes a garantizar el acceso preferente al crédito, a la formación profesional y a la orientación y asistencia técnica, la no-obligación de repartir utilidades, carece de medida protectora y más bien nos encontramos frente a una típica medida que lejos de pretender establecer beneficios a favor de una empresa pequeña (tales como menores tributos, reducción de costos administrativos, etc.) atenta contra el principio de igualdad ante la ley reconocido en la Constitución.

Este punto es discutible ya que, para algunos laboralistas, estamos frente a un tipo de empresa cuya particularidad son sus características y se requiere de un trato diferenciado. No estamos frente a un tipo de asociación común sino ante una empresa especial. Y por ello no atentaría contra el principio de igualdad ante la ley sino más bien el Estado promovería la superación de este sector, de conformidad con el artículo 59 de la Constitución.

Sin embargo, creemos que no existen criterios objetivos que permitan la exclusión de la participación en las utilidades de una empresa porque ésta cuenta con un número mínimo de trabajadores¹⁶. Por el contrario, la Constitución reconoce el derecho de los trabajadores a participar de las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación. Por lo tanto, no existe un criterio excluyente de la micro y pequeña empresa, ni tampoco hay una nominación distinta de "trabajadores" en todas las empresas.

«...creemos que no existen criterios objetivos que permitan la exclusión de la participación en las utilidades de una empresa porque ésta cuenta con un número mínimo de trabajadores.»

2.3. La reducción de personal por causas objetivas

De acuerdo con el artículo 48 de la LPCL, solamente se puede utilizar el procedimiento de reducción de personal por razones objetivas (motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos) cuando el personal afectado de la empresa no sea menor al diez (10) por ciento de la totalidad de trabajadores de la misma. Se excluye, por consiguiente, a las empresas cuya causal objetiva suponga una reducción del personal menor al 10 por ciento.

En nuestra opinión, la referida exclusión no contaría con «fundamento objetivo» para limitar a determinadas empresas el trámite de reducción de personal por «motivos objetivos». La terminación de la relación laboral por causas objetivas constituye una causal de extinción de contratos laborales que comprende todos los casos que se enmarcan dentro de la teoría general de la excesiva onerosidad de la prestación, esto es, los supuestos donde las empresas no pueden, por causas objetivas que se presentan luego de la contratación de trabajadores, continuar -total o parcialmente- con sus actividades ordinarias y, como consecuencia de ello, es necesario extinguir los contratos de trabajo en función a la gravedad de la causal presentada.

Entonces, las reducciones que comprendan un porcentaje menor al 10% no requerirán de un procedimiento, entendiéndose que la empresa puede despedir arbitrariamente a un grupo de trabajadores que no supere el 10% del total de su personal, con la sola obligación de abonarles la indemnización por despido arbitrario y sus correspondientes beneficios sociales. Sin embargo, ¿qué sucede con las empresas que, por ejemplo, fruto de una disminución de sus ventas, requieren resolver los contratos de trabajo de algunos trabajadores pero que cuentan con menos del 10% de personal afectado y no tienen el monto de la indemnización o no desean pagarla porque estiman que existe una causal justificada para extinguir la relación laboral?

¹⁶ A nivel constitucional, por un lado se reconoce el principio de igualdad ante la ley (artículo 2.2) y, por otro lado, se establece el derecho de los trabajadores para percibir utilidades en la empresa (artículo 29) sin que exista una delegación que permita discriminar a las normas de nivel primario.

En el caso citado, las empresas no podrían iniciar algún procedimiento laboral para terminar la relación laboral sin que dejen de estar obligadas al pago de la indemnización por despido arbitrario, pese a la existencia de una causa objetiva. En efecto, al no existir en la LPCL un procedimiento para reducir a menos del 10 por ciento del personal por causas objetivas, nos encontraríamos ante un despido arbitrario que importa el pago de una indemnización. De esta forma, la norma bajo comentario está excluyendo, sin que existan razones justificadas para ello, a las empresas que no pueden o no desean abonar una indemnización por despido arbitrario, el acceso al procedimiento de reducción de personal por causas objetivas.

Si bien se observa en general una tendencia hacia la homogeneización de las normas sobre terminación de trabajo, protegiendo a todos los trabajadores por igual, en temas como la terminación por causas objetivas y la indemnización por despido arbitrario con relación al tamaño de la empresa, el tratamiento es bastante diferenciado. Como se puede observar de lo dicho, no existe un criterio objetivo de dicho tratamiento.

En materia de procedimiento, la ley peruana efectúa una distinción estableciendo un porcentaje mínimo para encontrarse dentro de la causal objetiva de extinción.

En suma, creemos que existe un trato desigual en cuanto a la terminación de la relación laboral de trabajo ya sea por causas justificadas e injustificadas en relación con la dimensión de la empresa.

2.4. Relaciones colectivas de trabajo

El tamaño de la empresa, en especial en cuanto a límites mínimos para constituir organizaciones sindicales y/o para negociar, tiene importantes repercusiones en materia de relaciones colectivas.

En efecto, si bien los límites mínimos varían entre los distintos países, salvo excepciones, la representación de los trabajadores en las empresas no es obligatoria para las entidades muy pequeñas; aún más, incluso para las empresas mayores, existe un elevado grado de incumplimiento práctico de esta normativa. Liga-

do a la representación aparece el tema de los representantes del personal que según las legislaciones depende del tamaño de la plantilla.

En la mayor parte de los países latinoamericanos, donde prevalece el sindicato de empresa, el número mínimo de trabajadores afiliados exigido por la legislación no permite este tipo de organización en las pequeñas¹⁷.

Esta situación genera en la práctica la exclusión de la sindicalización efectiva y real a un alto número de asalariados ocupados en la pequeña y microempresa, generando de forma paralela una proliferación de pequeños sindicatos de existencia más nominal que sustancial.

En el ámbito de las relaciones colectivas, el Decreto Ley No. 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), ha indicado que, un requisito para la constitución de un sindicato de empresa es que cuente, cuando menos, con 20 trabajadores y, si se trata de un sindicato de otra naturaleza (rama de actividad, gremio, etc.), con 100 trabajadores. Entonces, si una empresa tiene 20 o menos trabajadores, prácticamente, no negociará a nivel colectivo dado que no existirá un sindicato de trabajadores.

Sin embargo, la ley señala que en las empresas cuyo número de trabajadores no alcance al requerido para constituir un sindicato, podrán elegir a dos delegados que los representen ante su empleador y ante la Autoridad de Trabajo. En la práctica, no se registran casos sobre esta posibilidad de representación colectiva de los trabajadores.

Esta disposición de la LRCT fue materia de una queja ante la OIT. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical de la OIT (Casos No. 1648 y 1650) destacó que el número de 20 trabajadores para la formación de un sindicato de empresa no resultaba exagerado ni representaba un obstáculo a la libertad sindical; por otro lado, con relación al número de 100 trabajadores para constituir sindicatos de otra naturaleza, señaló que deberían existir coordinaciones previas con las organizaciones de empresarios y de trabajadores para arribar a un número mínimo.

¹⁷ MORGADO VALENZUELA, Emilio. Op. Cit., pp. 50 y ss.

El tema de la negociación colectiva y los sindicatos ha devenido en instituciones de poca trascendencia en el ámbito laboral, estamos frente a un Derecho Laboral flexible que ha debilitado los sindicatos. Más todavía si en las normas vigentes de relaciones colectivas se dispone un tratamiento diferenciado en cuanto al número de trabajadores, ello supone que, en la práctica, exista una exclusión a las pequeñas y microempresas a dichas normas sobre sindicalización.

2.5. Otras disposiciones

Existen otras disposiciones en cuanto a obligaciones específicas de las empresas en las que se aprecia el criterio "número de trabajadores" para determinar ciertas obligaciones laborales. Así, de un lado, las empresas que cuenten con más de 100 trabajadores tienen la obligación de tener un Reglamento Interno de Trabajo, una Oficina de Relaciones Industriales y una Asistente Social Diplomada.

La Ley No. 13371 (12.01.63) y el Decreto Supremo No. 005 (23.04.63) disponen que las empresas que tengan más de 100 trabajadores deberán contar con una dependencia que se encargue de las relaciones industriales, a fin de poder atender las cuestiones laborales en forma permanente.

Las empresas que cuenten con más de 300 trabajadores, también están obligadas a contar con una asistencia social diplomada para la atención permanente que requiera el personal de la empresa.

De acuerdo con el Decreto Supremo No. 039-91-TR (30-12-91), las empresas que tengan más de 100 trabajadores deberán contar con un reglamento interno de trabajo, el cual determinará las condiciones a las que deben sujetarse los empleadores y trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones.

De otro lado, las disposiciones del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) en materia de salud (Acuerdo No. 41-14-ESSALUD-99), establecen ciertos descuentos sobre los porcentajes que se pagan por este seguro en función al número de trabajadores: entre 5% y 10% tratándose de empresas que cuenten desde 100 a 500 trabajadores, respectivamente. De dicho acuerdo, las empresas que cuenten con menos de 100 trabajadores no tienen ningún descuento.

En el caso de las empresas que realizan actividades industriales, la Contribución al SENATI (actualmente, 0.5% de la remuneraciones mensuales del personal que se dedica a actividades industriales) solamente se aplica, de conformidad con la Ley No. 26272, a las empresas que cuenten con 21 trabajadores o más – en promedio anual–.

En cuanto a las licencias, jornadas y horario de trabajo son quizá las áreas dónde por razón de la flexibilidad, de la naturaleza del servicio prestado y de las relaciones pseudo familiares que subyacen en el negocio, la singularización de la prestación laboral en la empresa ha sido de forma tradicional y a menudo tácita. Estas variables no han incidido en el tamaño de la empresa y la relación laboral.

Por otro lado, en normas relativas a seguridad y salud, en concreto las relativas a la creación y prestación de determinados servicios, han sido aplicadas en función del tamaño de la empresa. En este sentido, la creación de Comités de seguridad e higiene, los centros médicos, e incluso la obligación de establecer un reglamento en esta materia, se contrae únicamente para aquellas empresas con una estructura económica más compleja y un número de trabajadores mínimo determinado.

La lógica de tal solución responde a la "accesibilidad" del servicio en relación adecuada con la capacidad económica de la empresa. En este sentido un pequeño comercio de tres trabajadores no podría, ni sería lógico, que estableciera un servicio médico permanente siendo suficiente la provisión de un botiquín que sirva para prestar los primeros auxilios.

Finalmente, la participación de las empresas, según su tamaño, es apreciada en el ente estatal que se encarga de la administración de la salud (El Seguro Social de Salud, ESSALUD). De acuerdo con la Ley No. 27056, el Consejo Directivo de ESSALUD está formado por tres representantes por cada uno de los grupos empresariales clasificados como grandes, medianos, pequeños y microempresarios.

3. A TÍTULO DE CONCLUSIONES

Los aspectos antes mencionados generan algunas reflexiones de carácter conclusivo en el tema tratado.

Creemos que el tamaño de las empresas es un elemento central para el análisis de las relaciones de trabajo en cada ordenamiento. En el futuro del Derecho del Trabajo tendrán un papel preponderante las relaciones de trabajo con relación al tamaño de las mismas. Por ello, resulta importante realizar estudios específicos –estadísticos, económicos y sociales- en función a la dimensión de las empresas y modificar determinados aspectos de la legislación peruana que supone una normativa dispersa y poco apropiada en determinados casos –como las utilidades o la reducción de personal por causas objetivas-.

Es ardua la tarea para determinar clara y concretamente la relación tamaño de empresa – relaciones laborales, debido al poco material y estudios disponibles.

En el Perú se ha determinado la necesidad de proteger y fomentar a la pequeña y microempresa sean éstas informales o no como base del empleo y el desarrollo productivo. Sin embargo, los acercamientos a la finalidad de la protección resultan incipientes y dependen de la extensión y de la actitud política del Estado que no ha podido solucionar la creciente informalidad en dicho sector.

Otro aspecto saltante, es el relativo a las relaciones colectivas que aparecen como el gran ausente de la escena laboral, debido al precario número -sino es nulo- de sindicatos, la no-existencia de negociaciones colectivas a todo nivel de empresa ya sea grande, mediana o pequeña empresa.

Las transformaciones sufridas en el mundo del trabajo a partir de la gran tendencia económica que ha repercutido en todo aspecto desde el cultural hasta el informático que se vive a fines del siglo XX genera la necesidad de un replanteamiento del modelo sindical tradicional frente a nuevas necesidades del trabajador en un contexto laboral diferente donde sugiere un modelo de representación político organizativa de los trabajadores, que les permitan recuperar identidad y peso político propio a través de los sindicatos con articulación social, pluralista y con autonomía.

El caso de las pequeñas y microempresas, en donde el problema central es preservar la fuente de trabajo en la que se ha convertido en este contexto de flexibilización de la relación laboral, con un sector empresarial aquejado por una situación económica bastante crítica al

que no se le otorgaron facilidades ni leyes protectoras, pero que simplemente se contenta con reclamar la consolidación jurídica de la informalidad.

Por último, debemos destacar que las normas laborales no presentan una noción unívoca de pequeña o mediana empresa para fines de la previsión de una disciplina del Derecho del Trabajo o de las relaciones sindicales diferenciadas respecto a la de la empresa medio-grande.

Mas bien la definición cambia en función de las figuras laborales siendo indispensable realizar un delicado equilibrio entre las exigencias organizativas y económicas de las pequeñas empresas y la necesidad de tutela de los trabajadores.

Si bien la Constitución alude al régimen de igualdad entre las empresas pero con una función promotora del Estado sobre las microempresas y pequeñas empresas y determinadas normas fomentan su constitución, no se aprecian medidas que reflejen una clara apuesta hacia tales empresas. Una de las pocas medidas de fomento es la cuestionable exclusión en el reparto de las utilidades laborales; empero, por otro lado, existen aspectos como el cese por causas objetivas y la contratación de determinados grupos laborales –extranjeros, por ejemplo- donde existe un trato diferenciado en contra de las pequeñas y microempresas. Más que medidas diferenciadas basadas en causas razonables, nos encontraríamos ante disposiciones contradictorias que establecen beneficios o exclusiones a las pequeñas y microempresas.

Lo expuesto importaría la necesidad de una revisión sobre las categorías que se emplean para establecer medidas diferenciadas en función al tamaño de las empresas y los criterios que se utilizan para su propia clasificación. No necesariamente deben existir medidas de protección y en beneficio de las pequeñas y microempresas dado que la exigencia de la Constitución podría cumplirse con la promoción y la asistencia sin que ello suponga un trato discriminado carente de base objetiva –como sería la exclusión en el reparto de las utilidades laborales, obligatorio para las empresas con más de veinte trabajadores-. La apuesta debería, entonces, generar los medios adecuados para la formalización y el cumplimiento de las normas laborales a nivel de estas empresas. □