

A PROPÓSITO DE LA FLEXIBILIZACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO: EL RÉGIMEN LABORAL DE LAS MICROEMPRESAS* **

JORGE ORLANDO ÁGREDA ALIAGA

Alumno de octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Civil Foro Académico.

Sumario. I. Introducción II. La flexibilización y los regímenes especiales 1. Objeto del Derecho del Trabajo 1.1. Protección del trabajador y fomento del empleo 1.2. Los derechos fundamentales del trabajador 1.3. El Derecho del Trabajo Mínimo: la relación entre el Derecho y la Economía 1.4. El Derecho del Trabajo como un "privilegio" 2. La flexibilización 2.1. Concepto 2.2. Clasificación 2.3. La opción por la flexibilización y su problemática 3. Los regímenes especiales 3.1. Concepto 3.2. Finalidad 3.3. Requisitos 3.4. Los regímenes especiales en el Perú. III. Las microempresas y su régimen laboral 1. La realidad socioeconómica como causa de aparición 2. El régimen laboral especial de las microempresas 3. Cuestionamientos al régimen laboral especial de las microempresas IV. Conclusiones.

I. Introducción

El Derecho del Trabajo surge como una respuesta a los cambios sociales y económicos que afectaron al mundo en los tiempos de desarrollo industrial. La razón de su nacimiento fue otorgar una adecuada protección a la parte más débil en una relación laboral: el trabajador.

Sin embargo, en los últimos años, debido a la grave crisis económica imperante en el mundo (y más aún en los países en vías de desarrollo), dicha idea se ha visto cuestionada, llevándonos a la denominada flexibilización del Derecho del Trabajo, justificada en la búsqueda de un mayor desarrollo económico, mayor productividad y, por tanto, mayores puestos de trabajo. En resumen, se propugna que la disciplina deje de lado el rol protector y asuma una función dirigida básicamente al fomento del empleo.

Tal como están expuestas las ideas, parece que los dos caminos se excluyen el uno al otro: o se protege al trabajador o se generan más puestos de trabajo. Así, al momento de legislar, se presenta el debate entre estos dos puntos, aparentemente extremos e inconciliables. Este maniqueísmo, sin duda alguna, es el que ha permitido la existencia de graves distorsiones en la regulación laboral, ya sea porque se ha optado por un extremo o por el otro, siendo clara prueba de ello los regímenes extremadamente protectionistas que en algún momento se presentaron, o los regímenes en extremo permisivos que ahora estamos presenciando.

En nuestro ordenamiento la opción de la flexibilización ha ganado fuerza y es la alternativa vigente al momento de legislar. Así visto, no resulta extraño que la principal norma expedida en materia laboral en nuestro país en los últimos años recoja tal postura y que curiosamente se llame "Ley de Fomento del Empleo" (que posteriormente fuera dividida en otras dos normas de extravagante nomen-

clatura, "Ley de Productividad y Competitividad Laboral" y "Ley de Formación y Promoción Laboral"). Pero ello no es todo, la flexibilización no sólo ha supuesto un régimen laboral general menos rígido, sino que adicionalmente ha permitido el nacimiento de los llamados regímenes laborales especiales, cuya última expresión la encontramos en el régimen de las microempresas, contenido en la Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, y su Reglamento, Decreto Supremo N° 009-2003-TR.

Por tales motivos hemos creído conveniente hacer un análisis de la existencia de este régimen laboral especial a la luz de la llamada "flexibilización", determinando si ello supone realmente un verdadero incentivo a la inversión privada o no es más que otra forma en la que los trabajadores se han visto privados de sus derechos y en donde la relación de trabajo se ha precarizado.

II. La flexibilización y los regímenes especiales

1. Objeto del Derecho del Trabajo

1.1. Protección del trabajador *versus* el fomento del empleo

De acuerdo con Neves Mujica¹, no cabe duda de que una de las características principales de la relación laboral es que los sujetos que la conforman, en la práctica, son desiguales. El primero de ellos, el trabajador, es la parte más débil, y se encuentra sujeto a los potenciales abusos por parte del sujeto más fuerte, el empleador. Así, el Estado, por intermedio del Derecho Laboral, interviene para subsanar esa desigualdad existente, otorgando los beneficios necesarios, de carácter imperativo para ambas partes, a favor del trabajador. Esto no implica que se desconozca de manera absoluta la autonomía privada a las partes, sino que ésta sólo podrá manifestarse al momento de la celebración del contrato de trabajo, siendo que el poder de reglamentación del mismo se ve dictado por el ordenamiento laboral.

Pues bien, queda claro que la postura antes mencionada pone

* A Raquel, mi madre, porque algún día volvamos a reír juntos.

** Agradezco los valiosos comentarios de los doctores Michael Vidal y Elmer Arce, sin los cuales este trabajo no hubiera sido posible. A ellos, tan notables como amigos que como maestros, también va dedicado este trabajo.

¹ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2000. p. 10-11.

especial relevancia en el aspecto protector del Derecho del Trabajo, idea con la cual coincidimos plenamente. Sin embargo, ello no impide que también se pueda buscar la consecución de otros fines útiles, siendo el principal de ellos el desarrollo de la economía, y por ende el fomento del empleo. En tal sentido, también compartimos la postura de Monereo², quien sostiene que el Derecho del Trabajo tiene dos roles fundamentales: facilitar el funcionamiento de la economía y asegurar la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores.

Sin embargo, ¿podemos establecer una jerarquía entre ambos fines? La respuesta no es sencilla, aunque creemos necesario sentar una posición al respecto. En ello se encuentra la justificación de las siguientes líneas.

1.2. Los derechos fundamentales del trabajador

En una realidad tan difícil como la de nuestro país, el respeto de los derechos fundamentales adquiere una importancia incuestionable. Por tal razón, no podemos concluir más que toda sociedad que se diga respetuosa de los seres humanos debe, a medida que la realidad se lo permita, ampliar el espectro de los derechos de las personas, así como otorgarles más protección y garantías. Siendo ello así, el Estado no debe ser el único que se vea obligado frente a los particulares a respetar sus derechos fundamentales, sino que, adicionalmente, dicho respeto debe también estar presente en las relaciones entre particulares, y en vista de que las relaciones de trabajo son un ámbito en el cual la defensa de estos derechos no puede ni debe ser distinta (justamente ahora en donde los modelos de organización de trabajo le han otorgado mayores prerrogativas a los empleadores, en detrimento de los trabajadores³, y por qué no decirlo, de sus derechos fundamentales) la defensa de dichos derechos se ha convertido en un objetivo primordial del Derecho del Trabajo.

En mérito de ello, no podemos entender a esta disciplina únicamente como un medio equilibrador de la posición de las partes al interior de las relaciones de trabajo, sino que dicho objetivo adquiere sustento en el respeto y defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores. De esta manera, el desequilibrio material en las relaciones de trabajo no deberá ser entendido solamente como una desventaja de índole económica o social, sino que supone, de manera adicional, una evidente amenaza para la afirmación o consolidación de los derechos fundamentales del trabajador⁴.

En tal sentido, si asumimos que el Derecho del Trabajo no significa una mera equiparación de las partes en una relación laboral o un simple protector del trabajador, sino que dicha protección o equiparación se configura en virtud de la defensa de los derechos de este último, la dimensión de la disciplina adquiere mayor relevancia, y por tanto, resultaría, a nuestro entender, sumamente cuestionable tratar de imponer de manera arbitraria e irrazonable medidas desventajosas para los trabajadores, ya que de hacerlo apelando a consideraciones de otra índole no sólo se estaría tergiversando los objetivos del propio Derecho del Trabajo,

sino de todo el ordenamiento legal vigente.

1.3. El Derecho del Trabajo Mínimo: la relación entre el Derecho y la Economía

En los últimos tiempos ha aparecido una interesante discusión sobre cómo debe ser la relación entre el Derecho y la Economía, y sobre cuál de las dos disciplinas tiene que adaptarse a la otra.

Algunos aducen que es el Derecho el que se tiene que adaptar a la Economía, otros señalan que la opción adecuada es la inversa. En ese sentido, aquellos que piensan que el Derecho se tiene que adaptar siempre a la realidad económica son los mismos que pregonan la existencia del Derecho del Trabajo Mínimo y de la flexibilización. Así, según algunos autores⁵, el Derecho del Trabajo ya no tiene la obligación de otorgar protección al trabajador, sino que ahora su principal función debe ser la promoción de la economía, por intermedio de la necesidad de otorgarle a los empresarios la posibilidad de reducir costos y gastos, y de esa manera aumentar la producción y la competitividad, lo que en consecuencia permitirá la creación de nuevos puestos de trabajo. Se dice, pues, que el Derecho del Trabajo tiene que estar más abierto a la economía y dejar que las empresas se adapten a las necesidades de mercado.

Entonces, se podría definir al Derecho del Trabajo Mínimo como la participación secundaria o subsidiaria por parte del Estado a través del ordenamiento jurídico en el control de los conflictos sociales relativos a las relaciones laborales, en donde la intervención sea mínima, siendo la consecuencia de ello la flexibilización y la desregulación⁶. Como podemos apreciar, esta definición parte de una premisa esencial, que no tendría otro fin que desvirtuar el fin protector del Derecho del Trabajo, en el sentido que el contrato laboral no es más que una relación jurídica común entre particulares, siendo que el Estado no tiene porque tener injerencia en el mismo.

En resumen, el Derecho del Trabajo Mínimo es aquel en el que el Estado sólo se ocuparía de aquello indispensable a favor del trabajador, dejando el resto de las condiciones al libre acuerdo de las partes, a la plena autonomía privada. Así, las medidas conducentes a lograr el Derecho del Trabajo Mínimo consistirían en⁷:

1. Proceso de desregulación y autonomización de las condiciones de trabajo, por intermedio de los contratos individuales de trabajo, por la creación de regímenes especiales, o, simplemente, la mera derogación de las normas.
2. Incremento del poder patronal, lo que supone otorgarle al empleador mayor capacidad discrecional, por ejemplo, en términos de *ius variandi* o de poder disciplinario.
3. Desarticulación del sistema de negociación colectiva y debilitamiento de los sindicatos.
4. Regulación de las empresas de intermediación laboral.
5. Regulación de los contratos de aprendizaje y de formación profesional.

² MONEREO PÉREZ, José Luis. Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. p. 17.

³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Derechos fundamentales y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*. En: Foro Jurídico n° 2. Lima, 2003. p. 222.

⁴ *Ibid.*, Loc. cit.

⁵ LOBATO DE PAIVA, Mário Antônio. *Derecho del trabajo mínimo*. En: Revista Jurídica del Perú n° 23. Año LI, Junio 2001. p. 86-87.

⁶ *Ibid.* p. 88.

⁷ Cfr. MONEREO PÉREZ, José Luis. Op. cit. p. 112-118.

6. Reducción de la protección del trabajador ante el despido arbitrario.

Lo que se pretende entonces es reformular el Derecho del Trabajo, permitiéndole a las partes que sean ellas las que establezcan las condiciones propias de la relación del trabajo, desconociéndose de esta manera el objetivo equilibrador de la disciplina. En conclusión, con el Derecho del Trabajo Mínimo se buscaría que en las relaciones de trabajo prime el principio de *laissez faire*, como si de una relación entre particulares pura y simple se tratara o como si estuviéramos hablando de un supuesto más del mercado de bienes y servicios.

Nuestra opinión en relación con el Derecho del Trabajo Mínimo puede ser adivinada. Si partimos de las mismas premisas que reseñábamos anteriormente, y si consideramos que la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores es un fin supremo del Derecho del Trabajo y de todo el ordenamiento, la conclusión es que tendríamos que rechazar los alcances de este concepto.

Sin embargo, creemos que la disciplina tampoco debe caer en posturas extremas, y así no debe permitir que el trabajador se encuentre en una posición de extrema desprotección, pero tampoco lo contrario y que impida la inversión privada. Creemos que se debe optar por un balance entre ambas posturas.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, y aduciendo que el concepto de Derecho del Trabajo Mínimo pueda ser aceptado, ello presenta también un defecto conceptual serio. Este defecto consiste en quién define cuál sería el Derecho del Trabajo Mínimo. ¿Serán los empleadores, los trabajadores, el Estado, dos de ellos o los tres? Ciertamente, la respuesta de ello es de difícil consecución y supone un obstáculo, por ahora, infranqueable.

1.1. El Derecho del Trabajo como un "privilegio"

Mucho se ha dicho que aunque el Derecho del Trabajo persista en mantener su rol protector, en la práctica dicha protección no existe. Por tal razón, quienes propugnan la reformulación de la disciplina hacia una perspectiva más liberal aducen que en la actualidad la protección de los trabajadores es prácticamente una ficción, siendo que tan sólo una minoría de ellos es la que se encuentra realmente protegida por los alcances del ordenamiento laboral, mientras que la gran mayoría o no tiene empleo o tiene uno en situación precaria. Por tal razón, los derechos laborales ahora vigentes no serían más que un "privilegio" para unos cuantos e inalcanzable para los más. Siendo ello así, nuevamente surge la propuesta de variar los objetivos y fines del Derecho del Trabajo, a fin de "democratizar" los beneficios.

Esta postura resulta, a primera vista, bastante interesante, pero si la analizamos podemos descubrir una serie de defectos conceptuales en su formulación. Primero, el centro de toda esta argumentación reposa sobre la idea que si una norma no es eficiente o no es aplicada adecuadamente, entonces debería ser replanteada, modificada o, simplemente, derogada. Obviamente, ello muchas veces es cierto, pero no podemos atribuirle la categoría de axioma. Pretender incluir dentro de este supuesto a normas que reconocen derechos (en este caso, laborales), supondría el absurdo de concluir, por ejemplo, que si en la mayoría de los países hay violaciones de derechos humanos, lo mejor sería derogarlos a éstos.

Por otro lado, también se parte de otra premisa errónea que consiste en culpar, directa o indirectamente, al Derecho del Trabajo por la inexistencia de empleos o la poca creación de los mismos. Nadie niega que la existencia de los derechos laborales supone un incremento de los costos de producción para el empleador, pero resulta totalmente absurdo pretender responsabilizar a la citada disciplina de la ausencia de inversión y, por consiguiente, de puestos de trabajo⁸, ya que dichos efectos también pueden ser causados por diversos factores tales como la propia incapacidad de los empleadores, las políticas tributarias, la competencia desleal, la escasa transparencia en el mercado, el contrabando y la piratería, la corrupción, etc. Así visto, cuando los empresarios y el propio Estado decidan combatir todos estos problemas, y dejar de culpar al Derecho del Trabajo, los derechos laborales dejarán de ser un "privilegio" para unos pocos y deberán pasar a ser una realidad para todos los trabajadores.

2. La flexibilización

2.1. Concepto

La flexibilización, en palabras de Ermida Uriarte consiste en "la eliminación, disminución, aflojamiento o adaptación de la protección laboral clásica, con la finalidad de aumentar la inversión, el empleo o la competitividad de la empresa"⁹.

Según esta definición, mediante la flexibilización se reduce tanto la protección como los derechos de los trabajadores, lo cual implica una devolución al empleador de las capacidades de administración que el ordenamiento laboral ha reducido, para algunos, "de modo extremado"¹⁰. Significa, entonces, el retorno del papel gravitante de la autonomía privada en el marco del sistema de relaciones individuales y colectivas de trabajo, lo que supone la disminución de los costos laborales a través de un incremento del poder del empleador¹¹.

Así, y como ya se puede ir desprendiendo de lo mencionado, el punto de la discusión sobre este tema en particular se centra en determinar cuales son los objetivos que debe perseguir el Derecho del Trabajo. El fundamento de la flexibilización es, a despecho de nuestra opinión, que la disciplina se encuentra hoy destinada a fomentar la inversión, a crear nuevos empleos, antes que proteger a los ya existentes o los que podrían existir.

Finalmente, podemos concluir que la flexibilización puede ser entendida como la pérdida parcial o total de la protección del trabajador y de su empleo, lo que implica una disminución o eliminación de los derechos laborales del mismo, incrementándose de esta manera el poder de dirección del empleador a fin de reducir los costos de producción e incrementar la inversión, lo que traería como consecuencia el fomento de la creación de más puestos de trabajo.

⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar. *La flexibilización*. En: Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Documento de Trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo. Lima, 2000. p. 22.

⁹ *Ibid.* p. 5.

¹⁰ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *La flexibilización en el Perú. Aproximación metodológica y balance crítico*. En: *Ius et Veritas* n° 18. Lima, 1999. p. 108.

¹¹ NEVES MUJICA, Javier. *El modelo liberal de relaciones laborales*. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* n° 41. p. 146.

2.2. Clasificación

Entendida la flexibilización del Derecho del Trabajo como una pérdida de la protección y una disminución o desaparición de los derechos laborales de los trabajadores, podemos establecer la siguiente clasificación¹²:

2.2.1. Según la naturaleza

De acuerdo con ésta, la flexibilización, si bien supone una modificación *in peius* o una simple derogación de los derechos laborales, la naturaleza de la misma sería distinta según los casos a aplicarse. En ese sentido, tenemos dos tipos, los cuales son:

- a. De adaptación: en este supuesto la flexibilización no supone solamente la pérdida de protección o de derechos, sino que esto obedece a razones específicas, las cuales deben ser tomadas en cuenta a fin de adoptar las medidas adecuadas. Implica, entonces, analizar las circunstancias en las que ésta se presentaría, a fin de que las relaciones laborales se puedan adaptar a la realidad en la que se encuentran, sin crear con esto desequilibrios en el plano fáctico.
- b. De desregulación: esta flexibilización supone la mera pérdida de protección y derechos a los trabajadores por intermedio de las fuentes del Derecho, sin tomar en consideración las circunstancias que la rodean.

2.2.2. Por la intervención de los sujetos

En esta clasificación, se toma en consideración quienes son los sujetos que adoptan las medidas flexibilizadoras.

- a. Heterónoma: supone que las partes (empleador y trabajador) no intervienen en la adopción de las medidas flexibilizadoras, ya que éstas son impuestas por el Estado a través de normas imperativas, que, en este caso, favorecen al empleador.
- b. Autónoma: tanto el empleador como el trabajador deciden y adoptan las medidas en mención. Esta alternativa puede presentarse mediante negociación colectiva o en los propios contratos individuales de trabajo, siempre y cuando el ordenamiento así lo permita.

2.2.3. Por la contraprestación

Muchas veces las medidas flexibilizadoras pueden obedecer a la consecución de fines comunes entre los empleadores y los trabajadores. En virtud de ello, los trabajadores podrán ver reducidos tanto la protección como algunos de sus derechos, pero a cambio de la creación o el aumento de un beneficio diferente. En ese sentido, podemos establecer la siguiente clasificación:

- a. Incondicional: supone que las medidas se adoptan sin que los trabajadores perciban un beneficio adicional a cambio.

Generalmente podemos identificar este supuesto con la flexibilización de desregulación heterónoma, aunque ello no siempre es así, ya que en negociación colectiva o en un contrato individual de trabajo, dicha situación también se puede presentar.

- b. Condicionada: supone que la flexibilización si deroga o disminuye derechos por un lado, debe otorgar beneficios por el otro. Al igual que en el caso anterior, aquí podríamos hacer un símil con la flexibilización autónoma, sin embargo, mediante normas jurídicas se puede adoptar medidas desreguladoras por un lado, pero que otorgan mayores beneficios por el otro.

2.2.4. Por la materia a flexibilizarse

Esta clasificación obtiene su sustento en las condiciones de trabajo así como los mecanismos de ingreso y salida a los empleos. Naturalmente, con esta clasificación se pone especial énfasis en el incremento del poder patronal:

- a. De las condiciones de trabajo existente: las medidas a adoptarse obedecen a la flexibilización de los derechos correspondientes a situaciones ya configuradas al interior de un contrato de trabajo preexistente. En virtud de ello, podemos hablar de una subclasificación.
 - De los salarios: la idea en este supuesto es clara. Supone que el Estado no sea quien defina cuáles son los ingresos mínimos, sino que el encargado de ello sea el propio mercado.
 - En el poder disciplinario: supone que se le otorgue al empleador un mayor poder al momento de establecer sanciones, tales como la suspensión sin goce de haber, los descuentos en la remuneración, etc.
 - En la jornada de trabajo: la idea es otorgar mayores licencias para que las jornadas de trabajo puedan ser más favorables para la producción, por ejemplo, se habla que la jornada máxima no sea calculada en horas tope semanales, sino quincenales o mensuales, las cuales serán distribuidas de acuerdo con la conveniencia del empleador.
 - En los beneficios sociales: los empleadores aducen que la existencia de diversos beneficios sociales (que en nuestro país serían la compensación de tiempo de servicios, el seguro de vida, etc.), así como otros conceptos económicos (por ejemplo, la asignación familiar, las gratificaciones, etc.) suponen sobrecostos laborales que deberían ser eliminados, o al menos, disminuidos.
- b. De la existencia del vínculo laboral: las medidas están destinadas a regular la posibilidad de la existencia o subsistencia del contrato de trabajo en sí mismo. En tal sentido, podemos hablar de dos subclasificaciones.
 - Flexibilización en la entrada: supone que el empleador aumente sus facultades para imponer restricciones en la entrada de trabajadores, tales como la posibilidad de contratar atípicamente (v.gr. que la regla sea la contratación a plazo fijo), o que el período de prueba sea mayor que el existente o que simplemente, desde el ingreso, la estabilidad laboral no exista.
 - Flexibilización en la salida: está básicamente referido a la posibilidad de efectuar despidos con las menores cargas posibles para el empleador.

¹² Al respecto, notables autores como Alonso Olea (Cfr. ALONSO OLEA, Manuel. *La reforma del mercado de trabajo*. En: Themis n° 34. Lima, 1997. p. 38), y Ermida Uriarte (Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar. Op. cit. pp. 5-9.) establecen clasificaciones mucho más exactas que la nuestra, las cuales obviamente han sido utilizadas como base de la que exponemos en el presente trabajo.

2.2.5. Por el ámbito de aplicación:

Al interior de esta clasificación tenemos que hacer una precisión. La flexibilización se puede presentar de manera general o de manera particular, según el régimen al cual pertenezcan los trabajadores. Por tal razón podemos hablar de la flexibilización del régimen general o la flexibilización por intermedio de los regímenes laborales especiales.

- a. Del régimen general: este supuesto implica la modificación o la derogación de diversos dispositivos que tienen alcance general, ya que pertenecen al régimen general, que se aplicaría, en principio, a todas aquellas personas que tienen vínculo laboral válido.
- b. De los regímenes especiales: en este supuesto la flexibilización se puede presentar de dos maneras. La primera es que se creen regímenes laborales especiales en donde, en comparación con el régimen general, los derechos reconocidos sean menores. La segunda posibilidad es que en los regímenes especiales preexistentes se introduzcan medidas flexibilizadoras. En ambos supuestos, pues, el ámbito de aplicación de dichas medidas incluirá únicamente a las personas sujetas al régimen laboral especial correspondiente.

2.2.6. Por la forma de manifestación

Esta clasificación obedece a la forma en que la flexibilización se pone de manifiesto en las relaciones de trabajo. Podemos incluir en estos supuestos a la flexibilización directa y a la indirecta.

- a. Directa: supone que la flexibilización se manifiesta de manera directa, a través de las fuentes correspondientes, por ejemplo, mediante la legislación, el convenio colectivo o el contrato individual de trabajo.
- b. Indirecta: la flexibilización se manifiesta mediante otros mecanismos, por ejemplo, en el plano administrativo (menores requisitos para la conformación de empresas, así como mayores libertades en los actos administrativos laborales), o también en el plano jurisprudencial.

2.3. La opción por la flexibilización y su problemática

Los tiempos de crisis económica en países como el nuestro han determinado que se busque alternativas para incrementar la inversión, siendo una de ellas la flexibilización del Derecho del Trabajo. Así, tal como expresáramos anteriormente, se ha pretendido culpar a la disciplina de los problemas en mención, y se ha entendido que la flexibilización es la solución a ello y que no es otra cosa que una reacción natural ante la existencia de una rigidez en el desarrollo de las relaciones laborales que parece impedir el desarrollo económico¹³. Por tal motivo, todas las reformas laborales en el Perú, o al menos la mayoría, han optado por ella.

Creemos que la flexibilización, en ciertos aspectos, se hace necesaria. Pero ello no implica que de ese modo se desconozcan o se disminuyan derechos de los trabajadores indiscriminada y arbitrariamente. Entender a la flexibilización como un sinónimo más de desprotección sólo representa el extremo radical de esta propuesta, lo que a su vez supone el desconocimiento de posiciones mucho más razonables y que deberían ser atendidas, pero ello siempre respetando los límites que impone el propio Derecho del Trabajo.

Entonces, la mencionada opción debe necesariamente tener en consideración los factores económicos a favor del empresario o de la sociedad en su conjunto, pero también supone el respeto de los derechos de los trabajadores, de sus intereses así como de las circunstancias especiales que rodean la relación de trabajo. En ese sentido creemos que para que la flexibilización proceda debemos hallarnos en un escenario en el cual los empleadores y trabajadores tengan intereses y fines comunes, por lo que compartimos las ideas de Bronstein en el sentido que "las medidas de flexibilización que necesita la economía no se hagan *contra* los trabajadores, sino *con* ellos"¹⁴.

Y, si bien compartimos la idea que es imposible admitir a la flexibilización como única respuesta a las contingencias de la economía actual¹⁵, ello no implica que tampoco se pueda optar por ella. Pero para ello es necesario que con dicha opción se adjunten medidas preventivas y estímulos que busquen otorgar protección suficiente y eficaz a los trabajadores¹⁶. En conclusión, la flexibilización, para que sea legítima, siempre tendrá que ser de adaptación, autonomía (en donde las partes, trabajador y empleador, sean las que decidan que medidas adoptar) y condicionada (en donde el trabajador obtenga un beneficio adicional).

A pesar de todo lo expuesto, en nuestro país, tal como es evidente, la opción por la flexibilización no ha seguido los mecanismos o procesos adecuados para ello, por lo que más que permitir el desarrollo de las empresas, lo que se ha originado es que los trabajadores vean en cada emisión de una nueva norma una disminución en su esfera de derechos, la relación laboral se ha precarizado, en beneficio de un aparente incentivo a la generación de puestos de trabajo. De esta manera se ha comprobado que, tal como dice Morgado¹⁷, en los países en que se ha optado por esta alternativa, no se han logrado los efectos esperados, ya que ni las inversiones, la producción o el empleo han aumentado, por el contrario, el desempleo y el subempleo van en ascenso. Y para muestra de ello basta nuestra propia experiencia, ya que desde la expedición de la Ley de Fomento del Empleo, hace ya doce años (que apela a las políticas de mercado) a la idea de flexibilización como incentivo del empleo y demás, no se han apreciado mejoras, sino todo lo contrario. Los últimos años nos han puesto de manifiesto como las relaciones de trabajo en el Perú son cada vez más débiles, en donde el trabajador es el más perjudicado.

En conclusión, creemos que la flexibilización es una alternativa que no podemos desechar, pero siempre y cuando ésta se implemente respetando los fines que persigue el Derecho del Trabajo. Por tanto, se hace necesario indicar que ella no debe suponer en modo alguno la mera desprotección del trabajador, ya que así estaríamos incentivando mucho más la precarización del empleo que la creación del mismo. Si un ordenamiento opta por esta alternativa es absolutamente esencial que se adopten las medidas necesarias para cubrir

¹³ VEGA-RUIZ, María Luz. *Flexibilización y las normas internacionales en el Perú*. En: Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Documento de Trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo. Lima, 2000. p. 31.

¹⁴ BRONSTEIN, Arturo. *La flexibilidad del contrato de trabajo: Perfiles de un debate*. En: Jornadas sobre nuevas concepciones y significaciones del trabajo en la Empresa. Pamplona, 11 de marzo de 1988.

¹⁵ JAVILLIER, Jean Claude. *Modernización de los sistemas de trabajo y reestructuración económica*. En: Themis n° 34. Lima, 1997. p. 29.

¹⁶ *Ibid.* p. 31.

¹⁷ MORGADO, Emilio. *La flexibilización en la Legislación de trabajo*. Conferencia dictada en San José de Costa Rica. Agosto de 1986.

los problemas que puedan surgir, medidas que deben suponer siempre la búsqueda de un equilibrio entre la protección debida al trabajador y el desarrollo adecuado de la empresa.

3. Los regímenes especiales

3.1. Concepto

El contrato de trabajo no puede ser entendido como un abstracto, en el cual todas sus representaciones en la realidad van a tener las mismas características o el mismo tratamiento. Es cierto que la gran mayoría de relaciones de trabajo tienen características similares, con iguales elementos, y con obligaciones y deberes equivalentes, lo que permite encuadrarlas bajo el ámbito de aplicación de un régimen general. Sin embargo, si bien la regla debería ser la uniformidad, hay relaciones de trabajo que, dadas sus características particulares, se distinguen objetivamente de las demás, lo que hace necesario establecer un tratamiento jurídico diferenciado¹⁸. Este tratamiento diferenciado, que se traduce en la creación de un ordenamiento únicamente aplicable a dichas relaciones laborales diferenciadas, es lo que llamamos un régimen laboral especial.

De esta manera, tal como señala Cavas Martínez¹⁹, la legislación ha optado por sustraer del régimen laboral general algunas relaciones de trabajo específicas, las cuales, si bien reúnen los elementos necesarios para ser consideradas relaciones laborales, revisten algunas características que impiden la aplicación eficiente del régimen general, por lo que se hace necesaria su calificación legal como "especiales" y, desde esa calificación, la sujeción de las mismas a normas especiales, con exclusión de la legislación laboral común, salvo remisión expresa a ésta o atribución de la misma de funciones de supletoriedad.

Sin embargo, la creación de los regímenes laborales especiales no siempre ha obedecido a esa diferenciación objetiva de las características de las relaciones de trabajo, sino que atendiendo a criterios de conveniencia o de simple ineptitud, se han utilizado para, una vez más, introducir medidas flexibilizadoras, que si bien no son de aplicación general, afectan a los trabajadores sujetos al ámbito de aplicación de las normas correspondientes.

3.2. Finalidad

La finalidad de la creación de un régimen laboral especial, de acuerdo con la definición anterior, implica una cuestión fundamental: estos regímenes existen en virtud de que las relaciones de trabajo que ellos comprenden no podrían estar adecuadamente reguladas por el régimen general. Es decir, resultaría ineficiente y perjudicial, no sólo para el trabajador o el empleador, sino para la sociedad en su conjunto, pretender incluir dentro del ámbito de aplicación del régimen laboral general a las relaciones de trabajo

que por sus peculiaridades no pueden ser equiparadas con las actividades comunes²⁰.

Pues bien, la finalidad de los regímenes especiales no es la simple creación de un mero tratamiento diferenciado para las relaciones de trabajo que ostenta diferencias con las comunes, sino que dicho tratamiento es la única manera mediante la cual se pueden regular condiciones o las mencionadas particularidades.

En conclusión, los regímenes laborales especiales aparecen (o deberían aparecer) para otorgar una adecuada regulación a las relaciones de trabajo especiales, razón por la cual se deben atender las circunstancias o elementos que rodean dichas relaciones, y de esa manera reconocer los derechos y establecer las obligaciones necesarias y propias de cada régimen, pudiendo ser en algunos casos superiores o en otros inferiores a los del régimen general, pero sin desconocer por ello los elementos esenciales de la relación laboral. Lamentablemente, por el ánimo de reducir la esfera de los derechos de los trabajadores se hace abuso en la creación de los regímenes especiales, ya que en ellos generalmente se contiene un régimen flexible y desprotector.

3.3. Requisitos

Tal como se ha podido esbozar en puntos precedentes, si se desea calificar a una relación de trabajo como especial, y por tanto, crear un régimen diferenciado a ella aplicable, dicha relación debe ostentar una singularidad o diferencia objetiva que imposibilite la aplicación de las reglas generales a los contratos de trabajo. En otras palabras, en los elementos esenciales de las mencionadas relaciones laborales especiales sólo podrá ser aplicado un régimen especial, y subsidiariamente, y en lo que no se oponga, el régimen general²¹.

En consecuencia, la diferenciación debe ser absolutamente necesaria, y debe responder a causas objetivas y a criterios de razonabilidad, ya que si existe aunque sea la más mínima posibilidad de que a las relaciones de trabajo en mención se les pueda aplicar el régimen general, la creación de un régimen especial sería un error. Por tales consideraciones, creemos pertinente establecer una lista de requisitos que, según nuestra opinión, son de imprescindible revisión al momento de crearse un régimen especial.

- a. Necesidad: este requisito consiste en que la existencia de los regímenes laborales especiales es la única alternativa viable o eficiente para que las relaciones sujetas a su ámbito de aplicación se encuentren debidamente reguladas. Es decir, supone un examen previo de la probable aplicación del régimen laboral, y si dicha aplicación resultaría ineficiente por ser insuficiente

¹⁸ Cabe precisar que este tratamiento diferenciado no significa que las actividades reguladas no presenten los elementos esenciales de una relación de trabajo, por lo cual también se les reconoce como tales, sino que por razón de sus peculiaridades se han establecido modelos contractuales atípicos que son los que regulan esas relaciones laborales especiales.

¹⁹ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. *Diversificación versus uniformidad en el Derecho español de Trabajo*. En: Revista Española de Derecho del Trabajo n° 63, 1994. p. 77

²⁰ Por más que todas las prestaciones de servicios presenten peculiaridades o diferencias, ello no implica que no se pueda extraer características comunes que permitan la estructuración del régimen general, siendo que únicamente en donde ello no sea posible se justifica la creación de un régimen especial. Justamente por tal razón, no se puede pretender que la especialidad sea la regla. Es decir, no podemos llegar a los extremos de afirmar que, en virtud de que toda prestación de servicios presenta peculiaridades, tengamos que crear tantos regímenes especiales como distintas clases de trabajo exista, ya que ello implicaría un desconocimiento de la mencionada finalidad, y una diversificación innecesaria y abusiva del contrato de trabajo, que, aunque con las excepciones necesarias, siempre requerirá de la existencia de un régimen laboral general que lo regule. (Cfr. CABANELLAS, Guillermo y Luis ALCALÁ-TORRES ZAMORA. *Tratado de política laboral y social* Tomo II, tercera edición. Buenos Aires, Editorial Heliasta. p. 77).

²¹ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. Op. cit. p. 76-77.

o excesiva (dependiendo del caso particular), por lo que la única posibilidad de revertir dicha situación es mediante la creación de un tratamiento u ordenamiento diferenciado.

Si no respetamos esta regla, la consecuencia es que estaríamos atentando contra el derecho a la igualdad que tienen las personas, en este caso, los trabajadores. Imaginemos pues que si con la creación de un régimen especial se hace un trato discriminatorio (ya sea para los que están comprendidos en él o para los que no), dicha situación no puede ser tolerada bajo ninguna circunstancia.

- b. **Objetividad:** la objetividad supone un análisis de la relación de trabajo que pretende ser calificada como especial. Es decir, se tiene que revisar de qué manera se han configurado los elementos esenciales de la misma a fin de determinar la especialidad o no de dicha relación. No basta que existan elementos distintos en la mencionada relación, ya que de esa manera estaríamos frente a una relación de trabajo atípica, pero no especial. Se tiene que analizar en conjunto la presencia de todos los elementos, para poder así establecer la especialidad. Por ejemplo, no bastaría para calificar de especial la jornada de trabajo, o la temporalidad del contrato, ya que esos supuestos sí se encuentran regulados en el régimen general.

En ese sentido, sin que se pierdan los tres elementos esenciales del contrato de trabajo (prestación personal de servicios, subordinación y contraprestación remunerativa), dichos elementos son los que deben presentar peculiaridades o distinciones en relación con el resto de contratos comunes. En mérito de ello, en principio, parecería ser que un régimen para obreros de construcción civil, de porteadores, de deportistas o de servicios de naturaleza especial como éstos, merecen un tratamiento especial.

- c. **Razonabilidad:** en la medida que un régimen laboral especial puede reconocer mayores o menores derechos a los trabajadores, dependiendo de la especialidad, se hace necesario que ese plus o esa disminución, además de responder a las causas objetivas antes mencionadas, también debe ser razonable.

Es decir, la razonabilidad queda entendida en el sentido que el otorgamiento de mayores derechos o un reconocimiento menor de los mismos en relación con el régimen laboral general no puede ser hecha arbitrariamente. En tal sentido, si el régimen especial ha optado por otorgar menores derechos que el régimen general, ello debe ser hecho sin afectar el núcleo de los mismos, ya que caso contrario estaríamos cayendo en el mismo error de la flexibilización por desregulación. En el caso contrario, si la creación del régimen especial supone un reconocimiento de mayores derechos, ello no debe obedecer a criterios de presión o cálculo de los gremios profesionales, sino a que la naturaleza de la prestación de servicios así lo exige.

- d. **Supletoriedad del régimen general:** justamente por el hecho que en las relaciones de trabajo especiales se mantienen los elementos esenciales de todas los contratos de trabajo, y adicionalmente porque el tratamiento diferenciado supone una excepción, el régimen general debe ser aplicado en lo que no se oponga a lo estipulado por el régimen especial.

Por ejemplo, en temas que regulan derechos fundamentales tales como la remuneración mínima o la jornada máxima de trabajo, la aplicación supletoria del régimen laboral general se hace imperativa.

Por consiguiente, creemos que ha quedado claro que no basta que una relación de trabajo tenga elementos atípicos, sino que las características especiales se presenten en toda la relación y que su esencialidad sea tal que la única alternativa posible de una regulación adecuada sea mediante la creación de un régimen laboral especial, en donde el tratamiento diferenciado no sólo obedezca a causas objetivas, sino que además utilice para ello criterios de razonabilidad.

3.4. Los regímenes especiales en el Perú

En nuestro país, la creación de regímenes especiales, si bien en algunos casos ha servido para regular relaciones de trabajo que por su naturaleza requerían de dicho tratamiento, en la mayoría de las veces ha servido como un medio flexibilizador de las relaciones de trabajo, en donde únicamente, y sin atender muchas veces a los requisitos antes expuestos, se ha procedido a reducir los derechos de los trabajadores sujetos al ámbito de aplicación de las respectivas normas.

En tal sentido, los regímenes laborales especiales más importantes de nuestro ordenamiento, entre otros más, son los de los obreros de construcción civil (Decreto Legislativo N° 713 del 08 de noviembre de 2003 y Decreto Legislativo N° 727 del 12 de noviembre de 1991), de los trabajadores del sector agrario (Ley N° 27360 del 31 de octubre de 2000), de los trabajadores del hogar (Ley N° 27986 del 03 de junio de 2003 y Decreto Supremo N° 015-2003-TR del 20 de noviembre de 2003), de los porteadores (Ley N° 27607 del 22 de diciembre de 2001), y, por último y que es materia del presente artículo, de los trabajadores de las microempresas (Ley N° 28015 del 03 de julio de 2003 y Decreto Supremo N° 009-2003-TR del 12 de septiembre de 2003).

Más allá de la opinión que tengamos al respecto de todos y cada uno de estos regímenes, lo cierto es que existen y son de plena aplicación en nuestro país. Sin embargo, y haciendo un análisis preliminar de los mismos, nos da la impresión que en la mayoría de ellos su creación no ha obedecido a razones de necesidad, sino a conveniencias o a presiones, que no han sido más que una manera de flexibilizar inconvenientemente las condiciones de trabajo, lo que ha devenido en la precarización de las relaciones laborales.

III. Las microempresas y su régimen laboral

1. La realidad socioeconómica como causa de aparición

Para nadie es un secreto que el Perú es un país pobre, lo cual, obviamente, se ve reflejado en todos los ámbitos del mismo, siendo particularmente visible en las condiciones de vida de sus habitantes. Pero esta situación no se agota en sí misma, trae como consecuencia una serie de problemas adicionales que no hacen más que completar un círculo vicioso. Uno de éstos es la carencia de empleos decentes, tal como lo hemos dejado claro a lo largo del presente artículo.

Y justamente por estos dos factores, pobreza y desempleo, la

gran mayoría de peruanos cuenta con escasos recursos que a duras cuentas le alcanza para la propia subsistencia, y, siendo ello así, resulta mucho más complicado hallar personas que tengan las posibilidades de realizar inversiones a fin de obtener beneficios y con ello mejorar sus ingresos. Pero a pesar de ello, el ingenio y los deseos de superación han animado a muchos peruanos a correr riesgos para reunir pequeños, pero suficientes capitales para la constitución de las llamadas microempresas, que básicamente son unidades económicas constituidas con ahorros personales, familiares o comunales, y cuya gestión es personal y directa, y ofrecen servicios y bienes, generalmente de manera artesanal o semi industrial, y que cuentan con un mercado relativamente pequeño.

Pues bien, tal como se puede apreciar, las microempresas representan una gran alternativa de inversión para un gran número de peruanos, por lo que ciertamente se hace necesario incentivar su creación y su subsistencia. Los beneficios que trae la existencia de las mencionadas empresas no sólo repercute sobre el nivel microeconómico (aumento de ingresos de los gestores y los trabajadores), sino que macroeconómicamente también puede ser de gran utilidad (las exportaciones pueden verse beneficiadas, así como la recaudación tributaria).

Por todos estos motivos, creemos que los objetivos del Estado deben estar dirigidos a permitir la creación y subsistencia de estas empresas, así como la formalización de las mismas²², por lo que, en principio, se ha hecho bien en fomentar dichas posibilidades.

Sin embargo, la búsqueda de estos fines por sí sola no es motivo suficiente para la creación de un régimen laboral especial, si es que no se han respetado los requisitos necesarios para ello. Obviamente, no desconocemos que la existencia de las microempresas supone una gran fuente generadora de puestos de trabajo, pero a su vez creemos que se han cometido los errores propios de la flexibilización insensata al crearse un régimen laboral especial cuando no era razonable ni imprescindible el mismo.

2. El régimen laboral especial de las microempresas

Mediante la Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, y su Reglamento, Decreto Supremo N° 009-2003-TR, se ha establecido el régimen laboral especial de las microempresas. Este régimen establece, en términos generales, un trato diferenciado en condiciones inferiores en relación con el régimen laboral general.

El fundamento de este régimen, al igual que el de la flexibilización, es permitirle al (micro)empresario reducir sus costos, para que con ello pueda incrementar su competitividad, sin importar que así se vean reducidos los derechos de sus respectivos trabajadores.

En tal sentido, a continuación pasaremos a desarrollar los principales alcances de este régimen especial.

2.1. Ámbito de aplicación y objeto de la Ley y su Reglamento

El primer párrafo del artículo 43° de la ley bajo comentario esta-

blece que la creación del régimen laboral obedece al fomento de la formalización y el desarrollo de las microempresas, así como el incremento del disfrute efectivo de los derechos laborales de sus trabajadores. Asimismo, el ámbito de aplicación, según el artículo 39° del reglamento, comprende a todas las microempresas que reúnan los requisitos para ellas establecidos (y que señalaremos más adelante), sin incluirse en este aspecto a las pequeñas empresas, quienes continuarán bajo el régimen laboral general.

Pues bien, estas disposiciones son las que establecen a quiénes se les ha de aplicar el régimen laboral especial establecido en la Ley y en su Reglamento. Vemos que se ha optado sólo por establecer un régimen especial para las microempresas y no para las pequeñas, lo cual consideramos un acierto, o al menos un yerro no tan grande, ya que como veremos más adelante, los trabajadores de las primeras se encuentran en una situación poco envidiable.

2.2. Definición, requisitos y características de microempresa

La ley, en su artículo 2°, define a la microempresa como la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma o gestión empresarial, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios.

Asimismo, en el artículo 3° de la Ley y en los artículos 3° y 42° del Reglamento se establece que para ser considerada microempresa la unidad económica debe contar con un mínimo de un (01) trabajador y con un máximo de diez (10), y debe tener una nivel de ventas brutas anuales hasta un máximo de ciento cincuenta (150) Unidades Impositivas Tributarias.

De igual manera, los artículos 4° y 42° del Reglamento establecen que las microempresas dejarán de ser consideradas como tales si en un período de un año exceden el importe de ventas antes señalado o cuando el promedio anual de trabajadores contratados por la empresa durante dos años consecutivos es superior a diez (10) trabajadores. Este cálculo se efectuará sumando el número de trabajadores contratados en cada mes del año.

Pues bien, queda claro que la norma en mención ha pretendido establecer criterios rígidos para que una empresa pueda ser calificada como microempresa. Ello supone, obviamente, un reconocimiento de que las prerrogativas en materia laboral otorgadas al empleador son demasiado altas, ello en perjuicio del empleador. Así, y sin necesidad de entrar a un análisis detallado de la ley, cualquier persona puede inferir que el régimen de estas empresas es sumamente flexible, lo cual puede ser comprobado con una lectura posterior del texto de la norma.

2.3. Temporalidad del régimen especial

Tanto la ley (artículo 43°, segundo párrafo) como su reglamento (artículo 43°) señalan que el régimen laboral de las microempresas tiene naturaleza temporal y se extenderá por un período de cinco años desde la entrada en vigencia de la ley, es decir hasta el 04 de julio de 2008, sin importar si la microempresa se acogió después de este momento.

Con esta disposición, las normas bajo comentario no hacen más

²² Cfr. DE SOTO, Hernando. El otro sendero. La revolución informal. Lima: Editorial Barranco, 1986. pp. 195-220.

que demostrar que el régimen especial creado no ha cubierto los requisitos que hemos esbozado anteriormente y que sirven para la creación de un régimen de tal naturaleza, ya que si así fuera, éste no sería temporal, sino permanente.

La temporalidad demuestra entonces que no hay necesidad, ni objetividad ni razonabilidad, por lo que la creación ha obedecido a temas coyunturales o de mera conveniencia, antes que a un sustento claro o suficiente. Creemos que un régimen como el que se ha establecido es ciertamente lesivo contra los intereses de los trabajadores, y aunque algunos digan que la evidente disminución de derechos sólo será por un período de cinco años, sabiendo que el Perú es un país en donde lo excepcional se vuelve común y lo transitorio en permanente, podemos concluir que estos cinco años serán seguramente prorrogados, y lo que es peor, y esperamos que no sea así, que este régimen se puede extender para otros tipos de relaciones laborales, tal como parece ser el deseo de muchos empresarios.

2.4. Carácter taxativo de los derechos laborales

La Ley, en su artículo 43°, tercer párrafo, establece que los derechos que comprende el régimen general son la remuneración, la jornada y horario de trabajo, trabajo en sobretiempo, descanso semanal, vacacional y en días feriados, despido injustificado, seguro social de salud y régimen pensionario. Adicionalmente, el reglamento, en su artículo 40°, señala que la lista de derechos antes señalados tiene carácter taxativo, por lo que cualquier derecho económico laborales individuales no comprendidos en ella se encuentran excluidos del régimen especial.

Pues bien, con esta taxatividad establecida lo que se ha hecho es desconocer una serie de derechos a los trabajadores de las microempresas. Así, en vista de que cualquier otro derecho económico diferente de los establecidos se encuentran excluidos, tenemos que un trabajador sujeto a este régimen no percibirá una compensación por tiempo de servicios, ni asignación familiar, ni podrá ser titular de un seguro de vida, ni podrá tener participación en las utilidades de la empresa. ¿Resulta razonable ello? ¿Acaso los derechos antes mencionados son incompatibles con la existencia de una microempresa?

Tal como se puede apreciar lo que ha sucedido en las microempresas no es la creación de un régimen especial, que sea necesario, objetivo y razonable, sino que simple y llanamente se ha creado un régimen diferenciado sumamente flexible e irrazonable, ya que las condiciones de trabajo no son distintas para que con ello se justifique la creación de un régimen especial en mérito de lo señalado en capítulos precedentes.

Lo único rescatable de estas disposiciones que establecen la taxatividad es que se establece que en el caso de los derechos colectivos éstos quedarán a salvo, que continuarán regulándose por las normas del régimen laboral común de la actividad privada.

2.5. Pacto de mejores condiciones

La Ley, en su artículo 43°, cuarto párrafo, señala que los trabajadores y empleadores comprendidos en el régimen especial podrán pactar mejores condiciones que las previstas en el menciona-

do régimen, sin desconocer con ello el carácter esencial de los derechos reconocidos en él. Por su parte, el artículo 41° del Reglamento señala que el plazo de vigencia de este pacto de mejores condiciones es potestativo para las partes.

A pesar de los elementos propios de este régimen, resulta necesario establecer una cláusula de estas características, a fin de siquiera permitir que los trabajadores y sus empleadores puedan llegar a un régimen un poco más favorable para los primeros. Obviamente, en una empresa en donde hay tan pocos trabajadores, y en donde el empleador tiene un gran poder patronal, resultaría difícil poder implementar un acuerdo de estas características.

2.6. Remuneración

El artículo 45° de la Ley establece que los trabajadores sujetos al régimen especial tienen derecho, de acuerdo con la Constitución y normas pertinentes, a percibir por lo menos la remuneración mínima vital (que, según el Decreto de Urgencia N° 022-2003 del 13 de septiembre de 2003, asciende en la actualidad a S/. 460.00). Es decir, un trabajador que labore más de cuatro horas diarias o veinticuatro semanales tiene derecho a percibir al menos dicha cantidad.

Con esta disposición, el régimen general es aplicado supletoriamente, justamente en un tema en el que se pone en juego un derecho constitucional, lo cual nos parece adecuado y necesario.

Pero sin perjuicio de lo antes señalado, recordemos que existen regímenes especiales que establecen remuneraciones mínimas vitales superiores a la vigente para el régimen laboral general, en ese sentido, lo razonable sería considerar que en el caso que una microempresa de un rubro sujeto a otro régimen laboral especial debería abonarle una remuneración mínima vital a sus trabajadores de acuerdo con dicho régimen (por ejemplo, en el caso de construcción civil o del sector agrario, las remuneraciones tendrían que ser las correspondientes a los respectivos regímenes y no de S/. 460.00 común).

2.7. Jornada y horario de trabajo

En estos aspectos lo que hace la norma bajo comentario es una remisión a lo dispuesto por el régimen común en lo pertinente (Decreto Supremo N° 007-2002-TR, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre Tiempo), por lo que queda claro que la jornada máxima es de ocho horas semanales o cuarenta y ocho semanales, además de otras disposiciones aplicables. Aquí vemos también una aplicación supletoria del régimen general que es imprescindible, justamente por contener un derecho constitucionalmente consagrado.

Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 46° de la Ley y el artículo 44° del Reglamento establecen una excepción a esta aplicación supletoria del régimen general, la cual consiste en que en el caso que la jornada de trabajo en las microempresas se desarrolle habitualmente en horario nocturno, no se aplicará la sobretasa del 35% establecido por el régimen general. Esta medida, ciertamente nos parece razonable (y es una de las pocas que así consideramos), ya que se está respetando el núcleo esencial del derecho del trabajador de percibir una remuneración y, adicionalmente, si la jornada se realiza habitualmente, y no esporádicamente, la posibilidad de descanso

del trabajador no se ve mermada.

2.8. Descanso semanal obligatorio, en días feriados y descanso vacacional

En el tema del descanso semanal obligatorio y en días feriados, también será de aplicación supletoria lo dispuesto por el régimen general. En tal sentido, el trabajador tendrá derecho a un día completo de descanso remunerado y al pago de la compensación en caso se decida conjuntamente con el empleador el trabajo en dichos días.

Por su parte, el artículo 48° de la ley establece que el trabajador que, de acuerdo con el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 713, Ley de consolidación de descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, cumpla con el récord establecido, tendrá derecho como mínimo a quince días calendario de descanso. Adicionalmente, el artículo 45° del reglamento establece que los quince días antes señalados podrán ser reducidos a siete, siempre y cuando se abone la respectiva compensación por los ocho días de descanso no gozados. Este acuerdo debe constar por escrito.

En estos dos últimos apartados vemos claramente la intención flexibilizadora de este régimen. Del derecho general de treinta días de descanso (con la posibilidad de reducirlo a quince por voluntad de ambas partes), se ha pasado a quince, o inclusive a siete. De esta manera, no entendemos cómo es posible que el trabajador pueda tener un descanso adecuado cuando lo más probable que por cada año de servicios sólo pueda tener un descanso efectivo de una semana.

2.9. Despido

Este es otro aspecto en el que la norma ha reducido los derechos de los trabajadores en relación con el régimen general.

Primero, el artículo 46° del Reglamento establece que se deben seguir los mismos procedimientos y las mismas causales para poder efectuar un despido lícito, lo cual nos parece un acierto, dentro de lo discutible de las demás disposiciones al respecto.

Así, el artículo 49° establece que la indemnización por despido arbitrario ascenderá a quince remuneraciones diarias por cada año completo de servicios, estableciéndose el tope en ciento ochenta remuneraciones diarias. En ese sentido, nos parece un craso error que, en relación con el régimen general (una remuneración y media ordinaria mensual por cada año de servicios con el tope de doce), la mencionada indemnización ante el despido arbitrario supone un perjuicio considerable para el trabajador, ya que por aplicarse el régimen especial, éste estaría percibiendo una suma bastante inferior a la que en principio le correspondería.

Adicionalmente, entra a tallar el tema de la jurisprudencia constitucional (Exp. 1124-2001-AA), ya que si se ha considerado que la indemnización en el régimen general no supone protección adecuada ante el despido arbitrario para el trabajador, menos aún podrá ser considerada como tal una indemnización como la establecida por este régimen especial, que es mucho menor.

Por otro lado, también se ha regulado un supuesto distinto de despido injustificado que es el que se realiza con la finalidad de contratar trabajadores bajo el nuevo régimen. Así, el artículo 57° de la ley establece que

si un trabajador que goza de los derechos recogidos por el régimen general, por el hecho de encontrarse laborando en una microempresa constituida antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 28015, es despedido con la finalidad de ser reemplazado por otro del régimen especial, tendrá derecho a una indemnización de dos remuneraciones mensuales por cada año laborado. El plazo para accionar esta causal caduca a los treinta días de producido el despido, correspondiéndole al trabajador la carga de la prueba respecto de tal finalidad del despido.

Esta disposición ciertamente nos parece necesaria, en el sentido que supone una carga más gravosa para el empleador, lo que, en principio, garantizaría a los trabajadores que se encuentran laborando bajo los alcances del régimen general y no quieren variarlo, aunque ciertamente, ello no significa una garantía absoluta, y mucho menos en una realidad como la nuestra.

Por último, si bien en estas normas no se ha hecho referencia a los despidos nulos, creemos que la regulación del régimen general es aplicable. Recordemos que la taxatividad, tal como establece el artículo 40° del reglamento, se refiere a derechos de naturaleza económica, y como bien sabemos, la posibilidad de accionar de un trabajador ante un despido nulo no responde a criterios económicos, sino al respeto de los derechos fundamentales del mismo, por lo que consideramos que ante un supuesto de despido nulo, el trabajador podría exigir en la sede correspondiente su respectiva reincorporación al centro de labores.

2.10. Cambio de régimen laboral

Por su parte, el artículo 49° del Reglamento señala que la aplicación de los derechos del régimen laboral general tendrá efectividad a partir de la fecha en que la microempresa pierde la condición de tal. En tal medida, la determinación de los beneficios acumulados se realizará en función de la pertenencia en cada período a cada régimen en particular.

Esta es una última disposición es otra más que pretende garantizar a los trabajadores para que no se les sujete al ámbito de aplicación de este régimen especial, que como se desprende del mismo texto de la norma, es sumamente gravoso para el trabajador.

3. Cuestionamientos al régimen laboral especial de las microempresas

Primero, cómo hemos podido revisar a lo largo de las disposiciones de las normas que crean este régimen, vemos que en realidad no estamos frente a un régimen especial propiamente dicho, que debe ser necesario, objetivo, razonable y con aplicación supletoria del régimen general. Estamos frente a un régimen diferenciado, pero distinto en el sentido que simple y llanamente se establece menores derechos que en el régimen general, pero no hablamos de un tipo de trabajo distinto o especial, sino que en este caso el empleador es el especial, lo cual no justifica bajo ninguna circunstancia la creación de un régimen de estas características.

Un segundo problema que nos permitimos indicar, y que obtiene sustento en todo lo antes mencionado, es el grave riesgo que se está corriendo al permitir la creación de regímenes laborales especiales como éste para las empresas. En otras palabras, con la creación de este régimen se puede estar incentivando a empresas de relativo tamaño a

escindirse en tantas microempresas sea posible a fin de que puedan así acogerse a los beneficios contemplados en estas disposiciones. Si bien es cierto ello no sería cierto en empresas grandes que justamente logran su eficiencia gracias a su envergadura, pero en empresas pequeñas o medianas, donde la situación económica no es favorable, esto se puede presentar como una válvula de escape antes dichos problemas, ello siempre en perjuicio de los trabajadores.

Por último, apelamos al mismo fundamento que se usó para la flexibilización. Nada de lo que se ha establecido en el régimen especial, ni la reducción de algunos derechos ni la derogación de otros, asegura que las microempresas puedan lograr una eficiencia o una competitividad que les permita crecer o subsistir siquiera, más bien creemos que de esta manera lo único que se logrará es precarizar las relaciones laborales. Esperamos sinceramente equivocarnos.

En conclusión, el régimen laboral especial de las microempresas no resultaba necesario, y si se pretendió establecer algún tratamiento diferenciado, creemos que el mismo debió ser estructurado de mejor manera, en donde se respetasen con más vigor los derechos de los trabajadores.

IV. Conclusiones

Primero, el papel protector del Derecho del Trabajo es incuestionable, pero ello no implica que se desconozca la necesidad del incentivo para el aumento de la competitividad de las empresas y el fomento del empleo. Sin embargo, esto último sólo podrá ser posible si se respeta los derechos fundamentales de los trabajadores.

Segundo, y en virtud de lo anterior, la flexibilización entendida como una desregulación unilateral y arbitraria por parte del Estado supone un abuso y un desconocimiento del objetivo principal del De-

recho del Trabajo. A pesar de ello, una flexibilización en donde se tome en consideración los intereses de los trabajadores, y sean ellos mismos los que participen en la estructuración de esta flexibilización, es posible, siempre y cuando no se afecte el carácter esencial de los derechos que puedan verse disminuidos, y que con ello, estos trabajadores obtengan un beneficio adicional.

Tercero, los regímenes especiales deben ser creados en virtud de la necesidad de los mismos, además de obedecer a criterios objetivos y razonables, sin desconocer con ello la naturaleza de los derechos que contienen. Lamentablemente, en nuestro país, la creación de los regímenes especiales ha obedecido más a una lógica flexibilizadora que a una verdadera necesidad.

En cuarto lugar, el régimen especial de las microempresas no resultaba necesario, por lo que más pertinente hubiera sido crear incentivos distintos que los de reducir los derechos de los trabajadores, tales como en cuestiones tributarias, administrativas o de apoyo del Estado en materia de créditos o similares.

Y como conclusión final, podemos establecer que la flexibilización (incluimos en ella la creación de regímenes especiales innecesarios) no ha supuesto en lo absoluto un incremento de la competitividad de las empresas o un aumento de puestos de trabajo, sino que ha servido como incentivo para la precarización de las relaciones de trabajo. Por tales consideraciones, no creemos equivocarnos al pronosticar que la creación del régimen especial de las microempresas no va a suponer un aumento de las condiciones de empleo ni un mejor aprovechamiento de las mismas por parte de los trabajadores, sino que únicamente va a servir para que estos últimos vean como sus relaciones laborales se convierten en precarias, y con ello también verán lesionados, seguramente, varios de sus derechos fundamentales.