

DEDICATORIA

A Dios, por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado la vida para lograr mis objetivos. A mis padres, por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, por su ejemplo de perseverancia y constancia, por sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien. A mis hermanas, por su constante amor inexplicable para mi superación personal, porque siempre me han apoyado incondicionalmente. A mi tío Melitón, por su hermandad, en convivencia y ejemplo que ha sido fundamental para mi desarrollo personal. A mi sobrino Joaquín Nicolás, que me ha enseñado a luchar y salir adelante ante las diversas adversidades

A mis abuelitos, José, Angélica, Manuel y Zenobia, por ser fuente de motivación y por dejarme la herencia más importante: la familia y la educación, y que desde el cielo me siguen guiando.

A mis amigos, por ofrecerme siempre esa mano desinteresada y con el pasar del tiempo, que son incondicionales en todo momento.

Un agradecimiento especial a mis profesores, a mi asesor Dr. Mauricio Matos por brindarme su apoyo, y sus conocimientos a Marco A. por siempre estar a mi lado, brindándome su entrega, dedicación y paciencia durante todo este tiempo. Y finalmente a todos quienes han sido una pieza clave en mi desarrollo profesional. Mil gracias porque siempre estas a mi lado sin condiciones, que Dios los bendiga.

INDICE

Dedicatoria	02
Índice	03
Resumen	07
Abstract	08
Introducción	09
CAPITULO I	
LAS MYPES EN EL PERU	12
1.1. La empresa en el Perú	12
1.1.1. La Empresa	12
1.2. Fines de la Empresa	14
1.3. Elementos de la empresa	15
1.4. Clasificación de la empresa	16
1.5. La libertad de empresa en el Perú	18
2. La micro y pequeña empresa	22
2.1. Definición de la micro y pequeña empresa (Mype)	22
2.2. Características de la micro y pequeña empresa	24
2.3. Importancia de la micro y pequeña empresa en el Perú	27
2.4. El Marco legal de la micro y pequeña empresa	33
2.5. Formalidad e informalidad en las Mypes	46
2.6. Constitución legal de las Mypes	50
CAPITULO II	
RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LAS MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS	52
2.1. El régimen laboral especial de las micro empresas conforme	

a la Ley 28015	52
2.2. El régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas, conforme al decreto legislativo 1086	55
2.3. El régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas conforme a la actual regulación	61
2.4. Los derechos laborales de los trabajadores de las micro y pequeñas empresas	66
2.5. Los principios laborales en el entorno de las micro y pequeñas Empresas	71
CAPITULO III	
PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ANALISIS DEL RÉGIMEN	
LABORAL ESPECIAL DE LAS MYPES	
1. El principio de igualdad	79
1.1. Conceptualización de la igualdad	79
1.2. La igualdad como principio y como derecho	81
1.3. Clasificación de la igualdad	83
1.3.1. Igualdad formal	83
1.3.2. Igualdad material	87
1.4. El mandato de no discriminación laboral	90
1.5. Discriminación positiva y discriminación negativa	92
1.6. Causa de la diferencia de trato legislativo, del Régimen Laboral Especial de las MYPES	95
2. Test de igualdad y el régimen laboral de las MYPES	98
2.1. Test de proporcionalidad	98
a) Subprincipio de idoneidad o de adecuación.	98

- b) Subprincipio de necesidad 99
- c) Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. 100

CAPITULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACION

4.1. Situación empresarial del Perú antes de la creación del régimen laboral de las microempresas	102
a) Las empresas en el Perú durante el año 2002	103
b) El empleo en las empresas del Perú durante el año 2002	104
c) La formalidad y la informalidad de las Mypes en el año 2004106	
4.2. Situación empresarial antes de la vigencia del Decreto Legislativo 1086	109
4.3. La situación empresarial durante el año 2009 al 2013	113
4.4. La situación actual de las Mypes en el Perú	116
4.4.1. Regulación jurídica de las Mypes	116
4.4.2. Vigencia del régimen laboral de las Mypes	120
4.4.3. Los derechos laborales según la actual regulación	123
4.4.4. La informalidad de las Mypes en la actualidad	133
4.4.5. El tribunal constitucional y la ley de las micro y pequeñas empresas	135

4.5. Análisis de la constitucionalidad del régimen laboral de las mypes	139
4.5.1. Es una norma discriminatoria, establecido en base a la Diferencia de los empleadores más no por diferencia de actividades que realizan los trabajadores	139
4.5.2. Es un régimen que no supera el test de igualdad o proporcionalidad	143
4.5.3. Es un régimen que no ha solucionado la informalidad ni la generación de puestos de trabajo de las Mypes	153
4.5.4. Existe un caso similar de régimen laboral especial que ha sido derogado	154
4.5.5. Existen regímenes laborales Mypes en otros países, que demuestran que rebajar los derechos laborales no es el mejor camino	158
CONCLUSIONES	173
RECOMENDACIONES	175
PROYECTO DE LEY	176
BIBLIOGRAFÍA	184
ANEXOS	188
Anexo 01. Proyecto de Tesis	189

RESUMEN

Respecto al régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas actualmente hay una doble percepción, una por parte de los empresarios y otra por parte de los empleados. Ello es así debido a que los beneficios laborales que otorga el régimen laboral especial de las Mypes son bastante reducidos en comparación con los beneficios que otorga el régimen general de la actividad privada.

Las Mypes en nuestro país constituyen el 99,59% de las empresas, generan el 56.5% de puestos de trabajo en el sector empresarial y aportan el 45% del Producto Bruto Interno, por lo tanto son importantes. Es por ello, que en 2003 el gobierno, teniendo en cuenta que alrededor de 74% de las empresas de este sector eran informales, crea temporalmente el régimen laboral especial de las microempresas través de la Ley 28015 a fin de propiciar la formalización y promoción de los mismos. Este régimen en el año 2008 ha sido modificado mediante el Decreto Legislativo 1086 para la micro y pequeña empresa (Mypes) y de manera permanente, otorgando derechos laborales a los trabajadores muy inferiores que a los trabajadores del régimen general (ver cuadro 17). Sin embargo a la fecha la informalidad no ha sido solucionado, pues más del 50% de las Mypes siguen siendo informales, la generación de empleo no ha aumentado.

En nuestro país se pueden expedir leyes especiales por la naturaleza de las cosas, más no por diferencia de las personas. Sin embargo, el régimen especial de las Mypes sí lo hace, pues estas leyes se han expedido para favorecer a los empleadores. No por la diferencia de la actividad que realizan, sino por la diferencia en la condición de los empleadores, por lo que esta ley es discriminatoria, y vulneratorio de derechos laborales. Por lo que debe ser derogado y/o reformado.

ABSTRACT

Regarding the special labor regime for micro and small businesses now have a double perception, a by employers and by other employees. This is so because the fringe benefits granted by the special labor regime of MSEs are quite low compared to the benefits provided by the general scheme for private sector activity.

MSEs in our country are the 99.59% of companies generate 56.5% of jobs in the business sector and account for 45% of GDP, therefore they are important. It is for this reason that in 2003 the government, considering that about 74% of companies in this sector were informal, temporarily creates the special labor regime for microenterprises through the Law 28015 in order to facilitate the formalization and promotion of the same. This regime in 2008 has been amended by Legislative Decree 1086 for micro and small enterprises (MSEs) and permanently, providing labor rights to workers well below workers under the general scheme (see Table 17). However to date informality has not been solved, as more than 50% of MSEs remain informal, job creation has not increased.

In our country you can issue special laws by the nature of things, not unlike most people. However, the special scheme for MSEs does, because these laws have been issued to favor employers. They not by the difference in the activity carried out, but by the difference in the condition of employers, so this law is discriminatory and that violated labor rights. So it should be repealed and / or amended.

INTRODUCCIÓN

La micro y pequeña empresa en nuestro país constituye un sector importante en la economía peruana, y sobre todo es una fuente generadora de empleo, por lo que sería necesario propugnar su desarrollo sostenible en el tiempo. En nuestro país, la falta de empleo es un problema constante, por lo que ejerciendo su papel promotor del empleo el Estado debe generar oportunidades de trabajo formal.

El Estado a través de la Ley 28015 crea el Régimen Laboral Especial de las Micro y Pequeña Empresas. Esta norma fue modificada mediante el Decreto Legislativo N° 1086 en el año 2008, y recientemente mediante la Ley 30056, buscando la formalización jurídica, laboral y económica de las Mypes, con el fin de promover su desarrollo, crecimiento y ofrecer mejores condiciones laborales a los trabajadores, así como aprovechar las oportunidades que se da en el mercado. Habiéndose emitido diversas normas, actualmente se ha expedido el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado mediante el Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE, con la finalidad de unificar las diversas normas que regulan la micro y pequeña empresa.

El régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas no ha merecido una aceptación unánime, puesto que los beneficios laborales que otorga el Régimen Especial son bastante reducidos a comparación con el Régimen General de la actividad privada, generándose por ello una doble percepción, una de aceptación por parte de los empresarios y de rechazo de parte de los trabajadores.

Conforme a nuestra Constitución de 1993, nuestro país es un Estado Social y Democrático, con una economía que se desenvuelve bajo los principios de la Economía Social de Mercado, por lo que es una condición importante que la promoción del empleo sea ejercida con

responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de libertad y justicia, correspondiéndole al Estado ejercer su rol promotor del empleo respetando el Principio de Igualdad conforme al cual se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Es por ello que, establecer un régimen laboral especial para la micro y pequeña empresa con reducción de los derechos de los trabajadores en relación a sus similares que laboran en el régimen general de la actividad privada, de plano es discriminatorio, por lo tanto contrario a los mandatos constitucionales y convenios internacionales de los cuales es parte el Estado peruano.

Nadie duda que una de las formas que tiene el Estado de promover el empleo es a través de legislaciones especiales, como es el caso del régimen laboral especial de la micro y pequeña empresa, sin embargo bajo la bandera de promocionar la formalización y desarrollo empresarial de estas micro y pequeñas empresas, no se puede recortar los beneficios laborales de los trabajadores. El régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas otorga beneficios laborales demasiado inequitativos sin una causa objetiva, haciendo distinción en donde no hay motivo para hacerlo, pues el trabajador de una micro y pequeña empresa y su similar de una mediana o gran empresa, efectúan igual trabajo, cumpliendo las mismas jornadas y horarios, sin embargo reciben tratos muy diferenciados respecto a la percepción de los beneficios laborales. Se esperaba que el Régimen Especial de las micro y pequeñas empresas se derogara en julio del 2013, más no fue así, pues mediante la Ley N° 30056 se ha prorrogado hasta 2016 el régimen laboral especial creada por la Ley N° 28015, con visos de convertirse en un régimen permanente, y mientras el régimen laboral especial creada por el Decreto Legislativo N° 1086 mantiene carácter de permanente, a pesar que ésta es aún más perjudicial para los trabajadores.

Por los motivos expuestos es que se ha planteado la presente investigación titulada “El Régimen Laboral Especial de la micro y pequeña empresa y la afectación de los derechos laborales de los trabajadores.

Arequipa 2014, con la finalidad de analizar si el Régimen Laboral Especial de las Mypes, regulado mediante el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, reconoce adecuadamente los derechos laborales de los trabajadores.

Para ello se ha buscado determinar cuáles son las características de la labor que desempeñan los trabajadores de la micro y pequeña empresa, determinar si los derechos laborales reconocidos mediante el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, es equiparable a los derechos laborales que la legislación laboral general reconoce a los trabajadores, determinar si la regulación de los derechos laborales de los trabajadores que se rigen por el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, deben ser reformados a fin de compatibilizar con los derechos laborales reconocidos por el régimen general de la actividad privada.

En ese sentido a este tiempo consideramos logrado los objetivos planteados. Los resultados de nuestra investigación presentamos estructurado en dos capítulos: Capítulo I, referido a las micro y pequeñas empresas en el Perú, Capítulo II, referido al régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas y Capítulo III, referido a los resultados de la investigación. En la parte final se acompaña las conclusiones, recomendaciones, bibliografía y anexos, donde se observa el proyecto de tesis y los instrumentos utilizados.

Finalmente quisiera agradecer el apoyo de todas y cada una de las personas e instituciones que me brindaron su apoyo en la ejecución del presente trabajo de investigación, pues con su apoyo hoy en día sale a la realidad.

María de Rosario Carreño Gallegos

CAPÍTULO I

LAS MYPES EN EL PERÚ

2. LA EMPRESA EN EL PERÚ

2.1. LA EMPRESA

A nivel de nuestro país la empresa ha sido poco estudiada. No son muchos los estudiosos que se hayan ocupado de esta materia, por lo que también son escasos los estudios referidos a la empresa. De igual manera, a nivel de nuestro ordenamiento jurídico, tampoco existe norma específica que se haya ocupado de la regulación de la empresa.

Como manifiesta Walter Gutiérrez¹, “a pesar de su importancia para nuestra sociedad, la empresa no tiene una definición unívoca, tanto desde el punto de vista económico como jurídico, es extremadamente difícil conceptuarla. Se trata de uno de esos conceptos fugitivos que se resisten a ser claramente delimitados. La complejidad de la empresa moderna contribuye aún más a esta dificultad”.

Ello es así, porque como señala Torres y Torres Lara², “es más fácil entender intuitivamente lo que es una empresa que mediante un razonamiento deliberado, debido a que la empresa ha llegado a constituir en nuestros días un fenómeno normal y cotidiano”. Es

¹ GUTIERREZ CAMACHO, Walter (2005). “Libertad de Empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo”. En: La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomos I. Primera Edición. Lima: Ediciones Gaceta Jurídica S. A. p. 816.

² TORRES Y TORRES LARA, Carlos (1984). Derecho de la empresa. Revista peruana de Derecho de la empresa. Año LXXII, N° 1. p. 15.

que actualmente, los ciudadanos de las grandes ciudades tenemos muy poco contacto con el campo, las montañas o los ríos, pero es casi imposible que no tengamos repetida experiencia de toparnos con las fábricas, las tiendas, instituciones de distintos tipos que constituyen empresas de diversos tipos. Por ello, tenemos idea de lo que es una empresa, de un empresario, pero no se tiene una definición clara sobre lo que es una empresa.

A nivel doctrinal encontramos diversa definiciones de empresa, mayormente desde el punto de vista económico y social. Ulises Montoya³ nos dice que “la empresa es la organización de los factores de la producción, capital y trabajo, con el fin de obtener una utilidad. Destacan dentro de este concepto el elemento subjetivo, o sea la actividad humana, que confiere unidad al trabajo de determinadas personas, y a bienes de variada índole dirigidos hacia un común destino económico”.

La Comisión de la Unión Europea⁴, señala que "se considera empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular”.

De modo, podemos decir que la empresa es una organización social que realiza un conjunto de actividades y utiliza una gran variedad de recursos (financieros, materiales, tecnológicos y humanos) para lograr determinados objetivos, como la satisfacción

³ MONTOYA MANFREDI, Ulises (2004). Derecho Comercial I. Undécima edición. Lima: Editorial GrijLey. p. 74.

⁴ COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. “Definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas adoptada por la comisión”. Art I.

de una necesidad o deseo de su mercado, con la finalidad de lucrar o no.

2.2. FINES DE LA EMPRESA

La empresa cumple diversas finalidades, las que podemos agrupar en fines económicos y sociales:

a) FINALIDAD ECONÓMICA

En general las empresas tienen una finalidad económica externa, referida a la producción de bienes y/o servicios para satisfacer necesidades de la sociedad, y una finalidad económica interna, referida a la obtención de un valor agregado para remunerar a los integrantes de la empresa. A unos en forma de utilidades o dividendos y a otros en forma de sueldos, salarios y prestaciones. Esta finalidad incluye la de abrir oportunidades de inversión para inversionistas y de empleo para trabajadores.

Es decir, la empresa está para servir a los hombres de afuera (la sociedad) y a los hombres de adentro (sus integrantes).

b) FINALIDAD SOCIAL

La empresa también cumple una finalidad social externa, destinada a contribuir al pleno desarrollo de la sociedad, tratando que en su desempeño económico no solamente no se vulneren los valores sociales y personales fundamentales, sino que en lo posible se promuevan, y una finalidad social interna, destinada a contribuir, en el seno de la empresa, al pleno desarrollo de sus integrantes, tratando de no vulnerar valores humanos fundamentales, sino también promoviéndolos.

2.3. ELEMENTOS DE LA EMPRESA

La empresa está compuesta por un conjunto de elementos relacionados entre sí por cuanto persiguen ciertos objetivos comunes. De una manera no organizada, Ulises Montoya⁵, señala que los elementos integradores de la empresa y sus signos distintivos son: a) El establecimiento; b) La clientela; c) El nombre comercial; d) El rotulo, la enseña o el emblema del establecimiento comercial; e) La marca.

Siguiendo a Oswaldo Hundskopf⁶, podemos decir que los elementos de la empresa son tres, los mismos que interrelacionados entre sí de forma funcional dan origen a la empresa:

- a) **Elementos personales.-** Se encuentra incluido el empresario, así como el personal que presta su colaboración en la empresa, y con el cual nace una relación que escapa al ámbito del derecho mercantil, como es la relación laboral.
- b) **Elementos materiales.-** Conformados por todos aquellos bienes muebles e inmueble que forman parte de ella, tales como el establecimiento, mercancías, materias primas, etc.
- c) **Elementos inmateriales.-** Consisten en aquellas relaciones jurídicas de origen contractual, derechos de crédito o los que integran la propiedad inmaterial, tales como el nombre comercial, marcas, patentes, secretos industriales, el derecho de arrendamiento, etc.

⁵ MONTOYA MANFREDI, Ulises; MONTOYA ALBERTO, Ulises; MONTOYA ALBERTI, Hernando (2004). Derecho Comercial. Parte general Derecho de Sociedades. Derecho Concursal, Derecho del Consumidor, Derecho de la Competencia. Tomo I. Onceava edición. Lima: GrijLey. pp. 78 y ss.

⁶ HUNDSKOPF E., Oswaldo (2000). Derecho Mercantil: temas societarios. Primera edición. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. pp. 231-232.

2.4. CLASIFICACIÓN DE LA EMPRESA

Existen numerosas diferencias entre unas empresas y otras, por lo que también existen varios criterios para clasificar las empresas:

1) Según la propiedad del capital.- Podemos clasificar en:

- a) **Empresa privada.-** Organizada y controlada por propietarios particulares cuya finalidad es lucrativa y mercantil. Es la empresa que es constituida y conducida por personas particulares.
- b) **Empresa pública.-** Controlada por el Estado u otra corporación de derecho público cuya finalidad es el bien público.
- c) **Empresa mixta.-** Son empresas que se gestiona con la intervención del Estado y particulares.
- d) **Cooperativas.-** Formada por aportaciones de los socios cooperativistas, su función es similar al de las Sociedades Anónimas.

2) Según la forma jurídica

Atendiendo a la titularidad y la responsabilidad legal de los propietarios de la empresa, podemos distinguir:

- a) **Empresas individuales**, si sólo pertenece a una persona. Esta puede responder frente a terceros con todos sus bienes, es decir, con responsabilidad ilimitada, como en el caso de persona natural con negocio; o sólo hasta el monto del aporte para su constitución, en el caso de las empresas individuales de responsabilidad limitada (EIRL).

Es la forma más sencilla de establecer un negocio y suelen ser empresas pequeñas o de carácter familiar.

- b) **Empresas societarias**, constituidas por dos a más personas. Dentro de esta clasificación están la sociedad anónima, la sociedad colectiva, la sociedad en comandita, sociedad comercial de responsabilidad limitada y sociedades civiles.⁷
- c) **Las cooperativas**, son empresas formadas por las aportaciones de los socios cooperativistas. Este grupo de empresas también constituyen un sector muy importante en la economía de nuestra sociedad.

3) Según el tamaño de la Empresa.- Podemos clasificar en:

- a) **La micro empresa.-** Aquellas empresas cuyo volumen de ventas anuales alcanza hasta un monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
- b) **La pequeña empresa.-** Aquellas empresas cuyo volumen de venta anuales son superiores a 150 UIT hasta 1700 UIT.
- c) **La mediana empresa.-** Aquellas empresas cuyo volumen de ventas anuales son superiores a 1700 UIT hasta 2300 UIT.

⁷ Conforme a La Ley N° 26887, Ley General de Sociedades (Véase los libros II y III del mismo).

Esta clasificación lo efectúa el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial⁸. Sin embargo, a ello debemos agregar un cuarto grupo:

- d) La gran empresa.-** Constituida por aquellas empresas con ventas a gran escala. Correlativamente hablando, aquellas empresas cuyas ventas superan los 2300 UIT.

2.5. LA LIBERTAD DE EMPRESA RN RL PERÚ

Libre empresa es el término con el que se designa al concepto de empresa en la economía de mercado propia del sistema económico capitalista, y que se sustenta en la ética racionalista de la libertad individual. Según la teoría económica liberal es un concepto esencial para el teórico funcionamiento sin restricciones de un mercado libre de competencia perfecta, sin monopolios coercitivos ni distorsiones debidas al intervencionismo del Estado.

En ese sentido, Serrano Carvajal⁹ nos dice que “la libertad de empresa designa habitualmente al concepto de libertad económica, con rango constitucional en muchos países, donde se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, por lo que los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

Como señala el Tribunal Constitucional, “en una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como

⁸ Artículo 5º del TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE.

⁹ SERRANO CARBAL (1980). Comentarios a la Constitución Española. p. 363-410.

garantía de una sociedad democrática y pluralista”¹⁰. Por ello que nuestra Constitución en su artículo 60° reconoce expresamente el pluralismo económico y que la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Que sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

En otra sentencia, el mismo Tribunal Constitucional señala que “la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas (naturales y/o jurídicas) participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58¹¹ y 59¹² de la Constitución”¹³.

De este modo, cuando el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01405-2010-PA/TC. Fundamento Jurídico 12.

¹¹ Artículo 58 de la Constitución señala que “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

¹² Artículo 59 de la Constitución señala que “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

¹³ Sentencia del tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03479-2011-PA/TC. Fundamento jurídico 6.

organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.

Sobre el Contenido de la Libertad de empresa, el Tribunal Constitucional ha señalado que éste “está determinado por cuatro tipo de libertades: a) la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado; b) la libertad de organización, que contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros; c) la libertad de competencia y d) la libertad para cesar las actividades”¹⁴

Estas cuatro tipo de libertades, son las cuales “que terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección del derecho a la libertad de empresa.

- En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.
- En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).
- En tercer lugar, está la libertad de competencia.
- En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el

¹⁴ Sentencia del tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03479-2011-PATC. Fundamento jurídico 6.

cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.

De otro lado, la libertad de empresa está íntimamente relacionada con las libertades de comercio y de industria. La primera consiste en la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal. Por su parte, la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos¹⁵.

Es por ello que el mismo Tribunal recomienda que “el Estado debe remover los obstáculos que impidan o restrinjan el libre acceso a los mercados de bienes y servicios, así como toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir o falsear la libre competencia, para lo cual debe formular y establecer todos los mecanismos jurídicos necesarios a fin de salvaguardar la libre competencia. Por dicha razón, el artículo 61º de la Constitución reconoce que el Estado: a) facilita y vigila la libre competencia; b) combate toda práctica que limite la libre competencia; y c) combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas”¹⁶.

De esta manera, nuestra Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N° 3330-2004-AA/TC. Fundamento jurídico 13.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01405-2010-PA/TC. Fundamento Jurídico 13.

actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa. Por lo que, la formación de grupos de empresas no es ilícita, sino más bien constituyen formas de enfrentar el creciente desarrollo tecnológico, que impulsa a que las empresas actúen de una manera más innovadores en el marco de la globalización que opera en el mundo.

3. LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA

3.1. DEFINICIÓN DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA

Similar que en la definición de la empresa, tampoco hay unanimidad respecto a la definición de la Micro y Pequeña Empresa (MYPE). Existen diferencias, pues entre los especialistas cada quien define destacando de una manera diferente ciertas características y la importancia del volumen de ventas, del capital social, número de personas ocupadas, valor de la producción o el de los activos para definirla.

El Ministerio Trabajo también ha señalado que no existe una definición única de las MYPEs, sin embargo, éstas son caracterizadas como “unidades productivas de escaso capital, baja productividad, bajo nivel de ingresos, reducido número de trabajadores, alto nivel de actividades no constituidas legalmente, relaciones laborales no reguladas, etc. y para identificarlas, tanto las instituciones del sector privado como los programas de fomento y el sector público, utilizan algunas variables que generalmente son el nivel de ventas, número de trabajadores, y nivel de activos de la empresa”¹⁷.

¹⁷ MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO. Perfil de la PEA Ocupada en la Pequeña y Microempresa. En: Boletín de Economía Laboral N° 05. Lima, 2001.p. 5.

Conforme al Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, “la micro y pequeña empresa es la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene como objeto desarrollar actividad de extracción, transformación, proporción, comercialización de bienes o prestaciones de servicios”¹⁸.

En ese sentido, cuando hablamos de MYPEs nos estamos refiriendo a esa unidad económica, que opera como persona natural o como persona jurídica, y tiene por objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción o comercialización de bienes y/o prestación de servicios, conforme a las reglas señaladas en la legislación vigente.

En nuestros tiempos, existe una marcada tendencia hacia la internacionalización de los mercados y negocios, con la correspondiente liberalización del comercio. Para responder a ella, se requieren de empresas con una nueva concepción de la competencia y competitividad, con criterios de "especialización flexible" que contemple la capacidad de las empresas para responder en la forma adecuada a los cambios en el mercado, adaptándose a los tipos de bienes producidos, cantidad y calidad de mano de obra, insumos, etc. En ese contexto, las MYPEs encuentran su razón de ser, ya que constituyen las organizaciones más ligeras y tienen mayor capacidad para adaptarse a los cambios tecnológicos y de generar empleo, con lo que representan un importante factor de política de redistribución de ingresos a los

¹⁸ Artículo 4º del Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE.

sectores medios y de bajos ingresos, con lo cual fomentan el desarrollo económico de toda la Nación¹⁹.

3.2. CARACTERÍSTICAS DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA

Conforme al Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial²⁰, la micro, pequeña y mediana empresa deben ubicarse en alguna de las siguientes categorías empresariales, establecidas en función de sus niveles de ventas anuales:

- **Microempresa.-** Aquellas cuyas ventas anuales alcanzan hasta el monto máximo de 150 UIT; es decir, una empresa para ser considerada como microempresa su volumen de venta anual no debe sobrepasar los S/. 577 500 Nuevos Soles, pues al superar ese monto será considerado como pequeña empresa.
- **Pequeña empresa.-** Aquellas cuyas ventas anuales son superiores a 150 UIT y hasta el monto máximo de 1700 UIT. Es decir, una empresa para ser considerada como pequeña empresa su volumen de venta anual debe ser mayor a S/. 577500 Nuevos Soles y menor a S/. 6545000 Nuevos Soles, pues al superar este monto será considerado como mediana empresa.
- **Mediana empresa.-** Aquellas cuyas ventas anuales son superiores a 1700 UIT y hasta el monto máximo de 2300 UIT. Es decir, una empresa para ser considerada como pequeña empresa su volumen de venta anual debe ser mayor a S/.

¹⁹ PRODUCE. Mype 2011. Estadística de la Micro y Pequeña Empresa. Ministerio de la Producción. Lima, 2012. p. 7.

²⁰ Artículo 5º del TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE.

6545000 Nuevos Soles y menor a S/. 885500.00 Nuevos Soles, pues al superar este monto pasará a constituir el grupo de las grandes empresas.

El Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial solo hace referencia a la micro, pequeña y mediana empresa, sin embargo, a partir de las características proporcionadas para estas empresas, la gran empresa sería aquella cuyas ventas anuales superan los 2300UIT; es decir, cuando sus ventas anuales superan los S/. 885500.00 Nuevos Soles.

Por otra parte, la misma norma señala que el incremento del monto máximo de ventas anuales señalado para la micro, pequeña y mediana empresa podrá ser determinado por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro de la Producción cada dos (2) años.

Ello significa que estos montos podría considerarse temporales, pues en circunstancias diferentes que puedan presentarse, dichos montos podrían ser ajustados.

La anterior norma, es decir el Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, comprendía únicamente a la microempresa y la pequeña empresa, mientras la nueva norma incluye bajo sus alcances también a las medianas empresas. Además, la norma anterior clasificaba a la empresa teniendo en cuenta el número de trabajadores y volumen de ventas²¹, mientras la actual normatividad solo considera como

²¹ El artículo 5° del TUO de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, señalaba la siguiente clasificación:

a) El número total de trabajadores:

requisito, para clasificar las micro, pequeña y mediana empresas, el volumen de ventas.

Además de las señaladas, se les reconocen otras características comerciales y administrativas a las MYPEs, entre ellas:²²

- Su administración es independiente. Por lo general son dirigidas y operadas por sus propios dueños.
- Su área de operación es relativamente pequeña, sobre todo local.
- Tienen escasa especialización en el trabajo. No suelen utilizar técnicas de gestión.
- Emplean aproximadamente entre cinco y diez personas. Dependen en gran medida de la mano de obra familiar.
- Su actividad no es intensiva en capital pero sí en mano de obra. Sin embargo, no cuentan con mucha mano de obra fija o estable.
- Disponen de limitados recursos financieros.
- Tienen un acceso reducido a la tecnología.
- Por lo general no separan las finanzas del hogar y las de los negocios.
- Tienen un acceso limitado al sector financiero formal, sobre todo debido a su informalidad.

-
- La microempresa abarca de uno (1) hasta diez (10) trabajadores inclusive.
 - La pequeña empresa abarca de uno (1) hasta cien (100) trabajadores inclusive.

b) Niveles de ventas anuales:

- La microempresa, con volumen de venta hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
- La pequeña empresa, con volumen de venta desde 150 UIT hasta 1700 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

²² Véase la Obra "Mypepequeña empresa crece. Guía Práctica para el desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa". Documento elaborado por Proinversión, con colaboración de ESAN. 2006. pp. 107-108.

3.3. LA IMPORTANCIA DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA EN EL PERÚ

En los países en vías de desarrollo como el Perú, las MYPES cumplen un papel fundamental en la dinámica del mercado, produciendo y ofertando bienes, añadiendo valor agregado y contribuyendo a la generación de empleo²³.

La importancia que tienen las Mypes en nuestro país radica en que:

a) Constituyen nuestra mayor población empresarial

En el siguiente cuadro observamos la presencia de las Mypes a nivel nacional:

CUADRO N° 01
EMPRESAS SEGÚN SEGMENTO EMPRESARIAL 2014

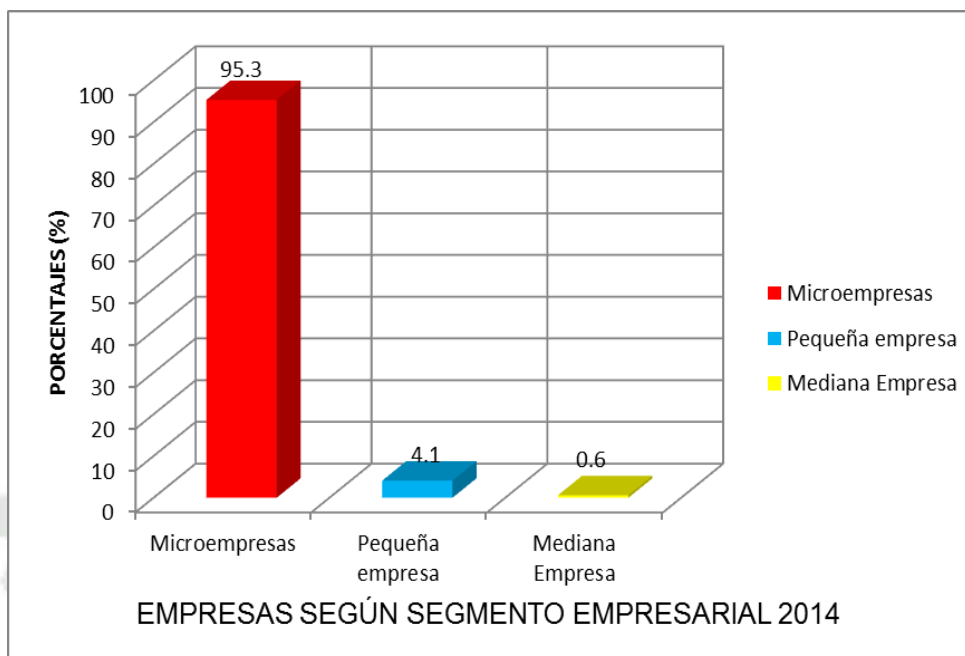
SEGMENTO EMPRESARIAL	N	%
Microempresas	1 787 857	95.3
Pequeña empresa	7 7503	4.1
Mediana y Gran Empresa	11 380	0.6
TOTAL	1 876 740	100.0

FUENTE: Instituto Nacional de Estadística (INEI) – Dirección Central de Empresa y Establecimientos, 2014.

²³ ARBULU, Jorge y OTOYA, Juan José. La Pyme en el Perú. Revista de Egresados de ESAM. Diciembre, 2006. p. 36.

Disponible en: <http://cendoc.esan.edu.pe/fulltext/e-journals/PAD/7/arbulu.pdf>

GRÁFICO N° 01
EMPRESAS SEGÚN SEGMENTO EMPRESARIAL 2014



FUENTE: Instituto Nacional de Estadística – Dirección Central de Empresa y Establecimientos

Como podemos ver en el Cuadro N° 01, de la totalidad de las empresas que existen en nuestro país, el 99.4% son Mypes, siendo el 95,3% microempresas y el 4,1% pequeñas empresas, mientras que las medianas y grandes empresas juntas concentran sólo el 0,6% del total de la población empresarial.

Ello significa que en nuestro país la mayor población empresarial está constituida por las Mypes, lo que hace ver la importancia del sector Mype en nuestro país, pues aporta significativamente a nuestra economía, generando divisas y puesto de trabajo.

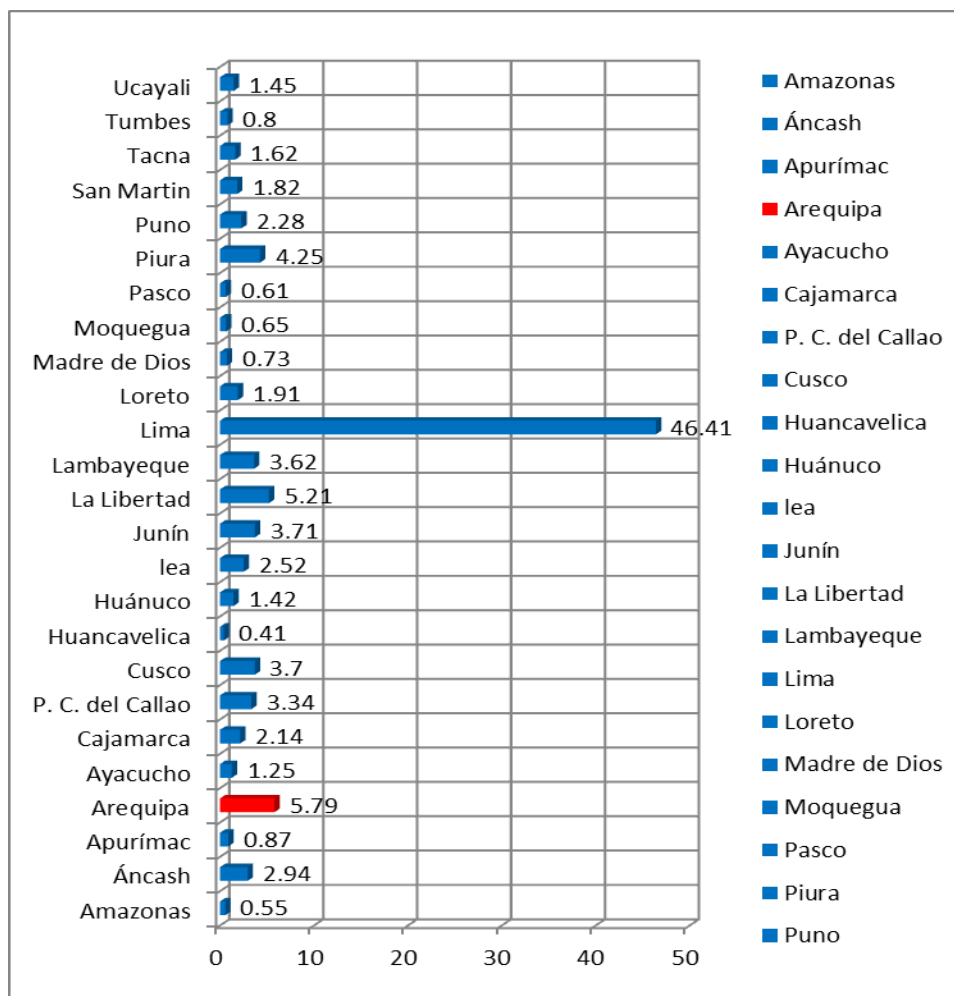
En el siguiente cuadro vemos la presencia de las MYPEs por regiones:

CUADRO N° 02
EMPRESAS SEGÚN SEGMENTO EMPRESARIAL DISTRIBUIDAS POR
REGIONES DEL PERÚ EN EL AÑO 2014

REGIONES	MICROEMPRESA		PEQUEÑA EMPRESA		MEDIANA Y GRAN EMPRESA		TOTALES	
	N	%	N	%	N	%	N	%
Amazonas	9975	96.96	289	2.81	24	0.23	10288	0.55
Áncash	53226	96.46	1821	3.3	134	0.24	55181	2.94
Apurímac	15890	97.72	349	2.15	21	0.13	16260	0.87
Arequipa	104371	96.09	3798	3.5	449	0.41	108618	5.79
Ayacucho	22835	97.3	583	2.48	50	0.21	23468	1.25
Cajamarca	38769	96.34	1343	3.34	131	0.33	40243	2.14
P. C. del Callao	59749	95.35	2432	3.88	484	0.77	62665	3.34
Cusco	67495	97.23	1773	2.55	149	0.21	69417	3.7
Huancavelica	7518	98.07	140	1.83	8	0.1	7666	0.41
Huánuco	25888	97.19	687	2.58	62	0.23	26637	1.42
Ica	45501	96.08	1653	3.49	204	0.43	47358	2.52
Junín	67858	97.47	1599	2.3	162	0.23	69619	3.71
La Libertad	94112	96.27	3304	3.38	343	0.35	97759	5.21
Lambayeque	66033	97.11	1754	2.58	211	0.31	67998	3.62
Lima	816818	93.78	46294	5.31	7908	0.91	871020	46.41
Loreto	34190	95.59	1415	3.96	161	0.45	35766	1.91
Madre de Dios	13140	95.67	514	3.74	81	0.59	13735	0.73
Moquegua	11827	97.11	322	2.64	30	0.25	12179	0.65
Pasco	11032	96.59	365	3.2	24	0.21	11421	0.61
Piura	77052	96.63	2440	3.06	251	0.31	79743	4.25
Puno	41517	97.01	1155	2.7	124	0.29	42796	2.28
San Martín	33051	96.51	1101	3.21	94	0.27	34246	1.82
Tacna	29376	96.78	882	2.91	94	0.31	30352	1.62
Tumbes	14566	97.05	404	2.69	38	0.25	15008	0.8
Ucayali	26068	95.5	1086	3.98	143	0.52	27297	1.45
Nacional	1787857	95.26	77503	4.13	11380	0.61	1876741	100

FUENTE: Instituto Nacional de Estadística – Dirección Central de Empresa y Establecimientos, 2014.

GRÁFICO N° 02
DISTRIBUCION DE LAS MYPES SEGÚN REGIONES EN EL AÑO 2014



FUENTE: Cuadro N° 02

En el Cuadro N° 02, observamos la presencia de las Mypes en las diferentes regiones, donde también se observa que la presencia de las Mypes es mucho mayor que las medianas y grandes empresas.

Concentrándonos sólo en la Región Arequipa vemos que 108 618 empresas se encuentran en Arequipa, haciendo el 5.79% de la población empresarial nacional. Del total de las empresas en Arequipa, el 96.09% son microempresas, el 3.5% son pequeñas empresas y solo el 0.41% son medianas y grandes empresas. Lo que confirma la importante presencia de las Mypes en nuestro país.

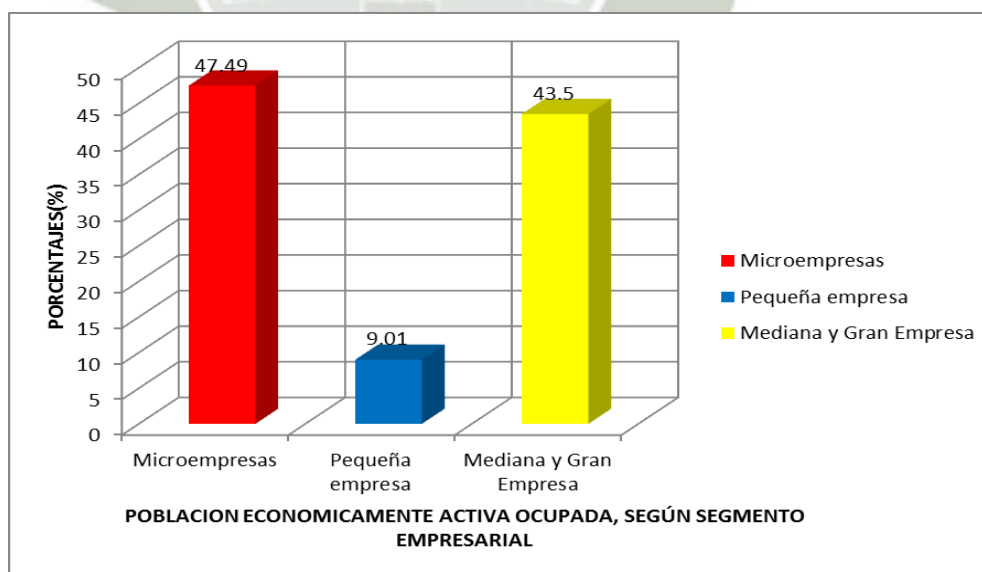
b) Constituyen la mayor fuente generadora de empleos

CUADRO N° 03
POBLACION ECONOMICAMENTE ACTIVA OCUPADA, SEGÚN
SEGMENTO EMPRESARIAL.

SEGMENTO EMPRESARIAL	N	%
Microempresas	7 666 112	47.49
Pequeña empresa	1 455 228	9.01
Mediana y Gran Empresa	7 020 760	43.50
TOTAL	16 142 100	100.0

FUENTE: Instituto Nacional de Estadística (INEI) – Dirección Central de Empresa y Establecimientos, 2014.

GRAFICO 03
POBLACION ECONOMICAMENTE ACTIVA OCUPADA, SEGÚN
SEGMENTO EMPRESARIAL



FUENTE: Cuadro N° 03.

En el Cuadro N° 03 observamos que las Mypes generan un promedio 9121340 (56.5%) de puestos de trabajo del sector empresarial. De esta, las microempresas aportan el 47.49% empleos y la pequeña empresa aporta el 9.01% de empleos. Mientras, entre la mediana y la gran empresa aportan el restante 43.5% de empleos en el sector empresarial.

Ello nos hace ver que el sector Mype aporta grandemente a la economía nacional y familiar, pues sin ella más de 9 millones de familia no encontrarían sustento económico para su hogar. Estas cifras deben elevarse aún más si consideramos aquellas Mypes que se encuentran en la informalidad.

c) Aportan al PBI nacional

Las Mypes también generan cerca del 45% del Producto Bruto Interno (PBI)²⁴. Ello nos hace ver que la presencia de las Mypes en nuestra economía nacional es muy importante.

En resumen, la importancia de las MYPEs como la principal fuente de generación de empleo y alivio de la pobreza, se debe a que:

- Proporcionan abundantes puestos de trabajo.
- Reducen la pobreza por medio de actividades de generación de ingreso.
- Incentivan el espíritu empresarial y el carácter emprendedor de la población

²⁴ Luis Terrones, Gerente de Desarrollo de la Corporación Financiera de Desarrollo (Cofide), señala que En el Perú operan aproximadamente 3,5 millones de micro y pequeñas empresas, las cuales representan nada más y nada menos que el 45% del Producto Bruto Interno (PBI) (Diario Gestión del 11.04.2013). Similarmente, el Gerente Regional de la Producción, Gustavo Robles Fernández, en el marco de la celebración por el Día de la MYPE, señaló que las Mypes contribuyen al desarrollo de la economía nacional al representar el 98.6% de las unidades empresariales que aportan con más del 45% al PBI y brindan trabajo a un 70% de la población económicamente activa (Diario Noticias del 07 de mayo del 2014).

- Son la principal fuente de desarrollo del sector privado.
- Mejoran la distribución del ingreso.
- Contribuyen al ingreso nacional y al crecimiento económico.

Como señala Villarán²⁵, a ello podemos agregar, que éstas tienen ventajas universalmente reconocidas, puesto que:

- Es el sector con mayor capacidad de generación de empleo (sobre todo el nuevo empleo).
- Es una fuente muy importante de innovación y dinamismo tecnológico.
- Es el principal factor de articulación empresarial.
- Contribuye a la estabilidad social y mejora la distribución del ingreso.
- Es la principal fuente de oportunidades de realización de las personas, sobre todo para los jóvenes emprendedores.
- Su principal característica (la flexibilidad) está en plena sintonía con la economía globalizada y post-moderna.

3.4. EL MARCO LEGAL DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA

3.4.1. A NIVEL CONSTITUCIONAL

Nuestra derogada Constitución de 1979, a través de su artículo 130º, señalaba que “las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley”. Ello nos hace ver que esta Carta Magna incluyó una definición caracterizando económicamente a la empresa, dictando criterios de orden social al empresario en cuanto al desarrollo de sus actividades, y de paso señalando

²⁵ VILLARAN, Fernando. “Articulación y Asociatividad en las Pymes peruanas”. Ponencia presentada en el Encuentro de Pymes de Iberoamérica y África del Norte SEGIB. Celebrado en Lima, octubre de 2012.

el rol fiscalizador del Estado para el cumplimiento del rol social asignado a la empresa.

La Constitución de 1993 no incluye ningún tipo de definición sobre la empresa. Sin embargo, a través de su artículo 58°, 59° y 60°, nos habla acerca de la economía social del mercado, libertad de empresa y pluralismo económico.

El artículo 58° señala que “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

El artículo 59° señala que “el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

El artículo 60° señala que “el Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”.

Siendo así, en nuestro país el Estado garantiza la iniciativa privada, el derecho a la libertad de empresa y del trabajo, y

puede la coexistencia de diversidad de tipos de empresas, con la única condición de que su gestión no sea contraria a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. De modo que en las indicadas normas se encuentra su fundamento la gestión empresarial en nuestro país, entre los cuales también las Mypes, las mismas que pueden ser promovidas por particulares y optando por la forma o el tipo de empresa que vena convenientes.

3.4.2. A NIVEL DE NORMAS LEGALES Y REGLAMENTARIAS

La normatividad legal y reglamentaria que regula actualmente las MYPEs son los siguientes:

a) Ley N° 28015. Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa

Esta Ley fue publicada el 03 de julio del 2003, con el objeto de posibilitar la promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas empresas para incrementar el empleo sostenible, su productividad y rentabilidad, su contribución al Producto Bruto Interno, la ampliación del mercado interno y las exportaciones, y su contribución a la recaudación tributaria.

Esta Ley, mediante su artículo 43° crea el régimen laboral de las microempresas, inicialmente por 05 años y luego modificado para tener una duración de 10 años, en los siguientes términos:

“Artículo 43°. Crease el régimen laboral especial dirigido a fomentar la formalización y desarrollo de las Microempresas, mejorar las condiciones de disfrute efectivo

de los derechos de naturaleza laboral de los trabajadores de las mismas.

El presente régimen laboral especial es de naturaleza temporal y se extenderá por un período de diez (10) años desde la entrada en vigencia de la presente Ley, debiendo las empresas para mantenerse en él, conservar las condiciones establecidas en los artículos 2° y 3° de la presente Ley para mantenerse en éste.

El régimen laboral especial comprende: remuneración, jornada de trabajo de ocho (8) horas, horario de trabajo y trabajo en sobre tiempo, descanso semanal, descanso vacacional, descanso por días feriados, despido injustificado, seguro social de salud y régimen pensionario.

Las Microempresas y los trabajadores considerados en el presente régimen pueden pactar mejores condiciones a las previstas en la presente Ley, respetando el carácter esencial de los derechos reconocidos en el párrafo anterior”.

Como podemos ver, mediante esta norma se crea un régimen laboral transitorio exclusivamente para las microempresas, por un plazo de 05 años. Conforme a la normatividad primigenia de la Ley 28015 la duración de este régimen era desde el 04 de julio del 2003 hasta el 03 de julio del 2008. Sin embargo, mediante la segunda disposición complementaria de la Ley 28851, del 27 de julio del 2006, el plazo fue ampliada por 05 años más, es decir hasta el 03 de julio del 2013, y en el transcurso de ese tiempo se han operado varias modificaciones, y a la fecha dicho régimen continua vigente, tal como veremos más adelante.

Para la aplicación del Régimen Laboral especial de las microempresas, mediante el Decreto Supremo N° 009-2003-TR, se ha expedido el Reglamento de la Ley N°

28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, que contempla las reglas que permiten la materialización de las normas previstas en la Ley.

b) Decreto Legislativo N° 1086.- Publicado el 28 de junio de 2008.

Con fecha 28 de junio del 2008, mediante el presente decreto Legislativo, se aprueba la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, con el objeto de buscar la promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas empresas para la ampliación del mercado interno y externo de éstas, en el marco del proceso de promoción del empleo, inclusión social y formalización de la economía, para el acceso progresivo al empleo en condiciones de dignidad y suficiencia.

Esta norma, amplía el régimen laboral especial creada por la Ley 28015, que era exclusivamente para las microempresas, a las pequeñas empresas. El Decreto Legislativo 1086, a través de su artículo 7° sustituye varias normas de la Ley 28015, entre ellas el artículo 43°, la misma que quedaba así:

“Artículo 43°.- Créase el Régimen Laboral Especial dirigido a fomentar la formalización y desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa, y mejorar las condiciones de disfrute efectivo de los derechos de naturaleza laboral de los trabajadores de las mismas.

El Régimen Laboral Especial comprende: remuneración, jornada de trabajo de ocho (8) horas, horario de trabajo y trabajo en sobre tiempo, descanso semanal, descanso

vacacional, descanso por días feriados, protección contra el despido injustificado.

Los trabajadores de la Pequeña Empresa tienen derecho a un Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo a cargo de su empleador, cuando corresponda, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, modificatorias y normas reglamentarias; y a un seguro de vida a cargo de su empleador, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales, y modificatorias.

Para la Pequeña Empresa, los derechos colectivos continuarán regulándose por las normas del Régimen General de la actividad privada.

Asimismo, el derecho a participar en las utilidades, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 892 y su Reglamento, sólo corresponde a los trabajadores de la pequeña empresa.

Los trabajadores de la pequeña empresa tendrán derecho, además, a la compensación por tiempo de servicios, con arreglo a las normas del régimen común, computada a razón de quince (15) remuneraciones diarias por año completo de servicios, hasta alcanzar un máximo de noventa (90) remuneraciones diarias.

Adicionalmente, los trabajadores de la pequeña empresa tendrán derecho a percibir dos gratificaciones en el año con ocasión de las Fiestas Patrias y la Navidad, siempre que cumplan con lo dispuesto en la normativa correspondiente, en lo que les sea aplicable. El monto de las gratificaciones es equivalente a media remuneración cada una.

Los trabajadores y la Micro y Pequeña Empresa comprendidas en el Régimen Laboral Especial podrán pactar mejores condiciones laborales, respetando los derechos reconocidos en el presente artículo.”

Conforme podemos apreciar, la nueva Ley MYPE, aprobada por Decreto Legislativo N° 1086, modifica el

régimen laboral especial de las microempresas creada por la Ley 28015, e introduce un nuevo régimen laboral especial para la Mypes, y esta norma ya no sólo regula el aspecto laboral sino también los problemas administrativos, tributarios y de seguridad social. Esta nueva ley no tiene aplicación temporal, sino permanente para las Mypes, en tanto cumplan con los requisitos establecidos, pues no contempla fecha de caducidad como lo hacía la Ley N° 28015.

Para la aplicación del Régimen Laboral especial de las micro y pequeñas empresas, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) expidió el Decreto Supremo N° 007-2008- TR, del 03 de setiembre del 2008, mediante el cual se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE, así como su Reglamento, mediante el Decreto Supremo N° 008-2008-TR, del 30 de setiembre del 2008.

c) Ley 30056, que modifica diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial.

El 02 de julio 2013 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 30056, la misma que incorpora importantes modificaciones a diversas leyes en el ámbito tributario, laboral y otras disposiciones legales de carácter general, entre ellas la eliminación de barreras burocráticas a la actividad empresarial, medidas para la simplificación administrativa del régimen especial de recuperación anticipada del IGV, simplificación de autorizaciones municipales para propiciar la inversión en materia de

servicios públicos y obras públicas de infraestructura, medidas para facilitar la calificación de proyectos de habilitación urbana y de edificación, medidas para la agilización de mecanismos de obras por impuestos, medidas para el impulso al desarrollo productivo y al crecimiento empresarial, medidas de apoyo a la gestión y al desarrollo productivo empresarial, y medidas tributarias para la competitividad empresarial.

En el aspecto laboral, básicamente modifica el TUO de la Ley de Promoción de la MYPE que fuera aprobado por Decreto Supremo 007-2008-TR, que a partir de esta norma se denominará “Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial”.

d) El Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE.

Esta normativa establece el marco legal para la promoción de la competitividad, formalización y el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME), estableciendo políticas de alcance general y la creación de instrumentos de apoyo y promoción; incentivando la inversión privada, la producción, el acceso a los mercados internos y externos y otras políticas que impulsen el emprendimiento y permitan la mejora de la organización empresarial junto con el crecimiento sostenido de estas unidades económicas.

Para incorporarse a este régimen las empresas deben ubicarse en alguna de las siguientes categorías en función

a sus ventas anuales, a comparación con la regulación anterior ya no considera el factor de número de trabajadores como requisito. Entonces la característica de las Mipymes es el siguiente:

- Microempresa: ventas anuales hasta el monto máximo de 150 UIT.
- Pequeña empresa: ventas anuales superiores a 150 UIT y hasta el monto máximo de 1700 UIT.
- Mediana empresa: ventas anuales superiores a 1700 UIT y hasta el monto máximo de 2300 UIT.

Debe quedar claro que mediante esta norma, se dispone que el régimen laboral especial es de naturaleza permanente y únicamente aplicable a la micro y pequeña empresa; además se establece un tratamiento especial en la inspección de trabajo, en materia de sanciones y de fiscalización laboral, para aquéllas que se hayan acogido al régimen de la microempresa establecido en el Decreto Legislativo 1086.

Asimismo, se prorroga por tres (3) años el régimen especial de la microempresa creado mediante Ley 28015, Ley de Promoción y Formalización de la MYPE, sin perjuicio de que las microempresas, trabajadores y conductores pueda acordar por escrito durante dicha prórroga, su acogimiento al régimen laboral regulado en el Decreto Legislativo 1086. Dicho acuerdo debe presentarse ante la autoridad administrativa de trabajo dentro de los 30 días de suscrito.

- e) **Ley N° 29271**, Ley que establece que el Ministerio de la Producción es el sector competente en materia de promoción y desarrollo de cooperativas, transfiriéndose las funciones y competencias sobre micro y pequeña empresa, expedido con fecha 22 de octubre del 2008.

3.4.3. A NIVEL DE NORMAS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

a) Recomendación Número 189 de la OIT

El 17 de junio de 1998, la Conferencia Internacional del Trabajo reunida en Ginebra adoptó la Recomendación número 189 relativa a las condiciones generales para fomentar la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas. La Recomendación está dirigida a los 175 Estados Miembros y mandantes de la OIT. A diferencia de los convenios de la OIT, las recomendaciones de la OIT no conllevan obligaciones vinculantes, sin embargo, aportan directrices para las políticas y acción nacionales.

La Conferencia Internacional de Trabajo recomienda que los Estados Miembros, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, definan las pequeñas y medianas empresas según las condiciones sociales y económicas nacionales. Esto debería aplicarse a todos los tipos de actividad económica y a todos los tipos de pequeñas y medianas empresas, sea cual fuera su régimen de propiedad, sean empresas privadas o públicas, cooperativas, asociaciones, empresas familiares y unipersonales. Las definiciones comunes ayudarán en el acopio y análisis sistemáticos de datos sobre las pequeñas y medianas empresas. Los Estados miembros deberían adoptar medidas que se ajusten de forma adecuada a las condiciones y a las prácticas nacionales a fin de reconocer y potenciar el papel que pueden desempeñar este tipo de empresas. Estas empresas pueden contribuir a la realización de diversos objetivos de desarrollo nacional, entre los cuales están la promoción del empleo pleno, productivo y libremente elegido; la ampliación de las posibilidades de realizar actividades remuneradoras y creadoras de riqueza que conduzcan a

empleos productivos y duraderos; el crecimiento económico duradero y la capacidad para responder al cambio con flexibilidad; una mayor participación en la economía de los grupos desfavorecidos y marginados; el aumento del ahorro y las inversiones nacionales; la formación y el aprovechamiento de los recursos humanos; el desarrollo regional y local equilibrado; el suministro de bienes y servicios más adecuados a los mercados locales; la mejora de la calidad y de las condiciones de trabajo y acceso a la protección social, que conduzcan a una mejor calidad de vida; el fomento de la innovación, del espíritu empresarial, del desarrollo tecnológico y de la investigación; la mejora del acceso a los mercados nacionales e internacionales, y la promoción de buenas relaciones entre empleadores y trabajadores. La potenciación de los diversos papeles de las pequeñas y medianas empresas debería incluir mecanismos de aplicación que salvaguarden los intereses de los trabajadores de estas empresas, proporcionándoles la protección básica brindada por otros instrumentos pertinentes (convenios y recomendaciones de la OIT).

Asimismo, debemos tener en cuenta que conexas y como antecedentes de la Recomendación número 189 se encuentran diversos convenios y recomendaciones de la OIT existentes, destacando la importante plataforma política sobre la cual la OIT trabaja junto con los Estados Miembros. Por ello, la comunidad internacional se encuentra convencida de que la promoción del respeto de los convenios siguientes favorecerá la creación de empleos de calidad en las pequeñas y medianas empresas. Éstos son:

- Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (Núm. 29);
- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (Núm. 87);

- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (Núm. 98);
- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (Núm. 100);
- Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (Núm. 105), y
- Convenio sobre discriminación (empleo y ocupación), 1958 (Núm. 111).

b) Convenio sobre igualdad de remuneración de 1951 (Convenio 100 de la OIT)

Uno de los Convenios de la OIT que guarda relación con la diferenciación en el trato de los derechos laborales en el sector Mype, es el Convenio sobre igualdad de remuneración de 1951, Convenio 100 de la Organización Internacional de Trabajo, adoptado en Ginebra en la 34 reunión de la Comisión Internacional del Trabajo, de fecha 29 de junio de 1951, en cuyo artículo 1º señala:

“Artículo 1º. A los efectos del presente Convenio:

(a) El término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último;

(b) La expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”.

c) Convenio N° 111 de la OIT, sobre discriminación (empleo y ocupación)

A través de este convenio el Organismo Internacional de Trabajo, a través de su artículo 1° señala:

“1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

- a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
- b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”.

3.5. LA FORMALIDAD E INFORMALIDAD EN LAS MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS

Teniendo en cuenta nuestro tema de investigación también es muy importante saber respecto a la formalidad y/o informalidad de las Mypes, por cuanto la cuestión de los derechos laborales solamente podemos hablar respecto a las Mypes formales, porque en las Mypes informales no sabemos ni cuántos trabajadores tienen o cuánto producen.

Conforme al archivo de INEI-2009, Portal de INEI-Perú, Publicado por PRODUCE-DGMYPE-C/Dirección de Desarrollo Empresarial, del total de las Mypes en el Perú, el 47,5% de las MYPEs son formales, mientras el 52,5% son informales.

Según Ramírez²⁶, una micro o pequeña empresa para ser considerado formal debe cumplir con los siguientes criterios de calificación, caso contrario sería informal:

1) Debe tener el RUC vigente

La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) debe haberle asignado en el sistema del Registro Único de Contribuyentes, un número único para identificarle como persona natural o sociedad que realiza actividades económicas y genera obligaciones tributarias. El mismo debe permanecer activo.

2) Contribuyente de Rentas de Tercera Categoría

Los ingresos generados por el desarrollo de una actividad empresarial efectuados por el Micro o pequeño empresario están afectos al Impuesto a la Renta de Tercera Categoría, por

²⁶ Cfr. RAMIREZ ESLAVA, Walter (Director). Estadísticas. Micro y Pequeña Empresa 2010. pp. 14-17.

lo que debe haber elegido acogerse a uno de los regímenes tributarios vigente: Régimen Único Simplificado (RUS), Régimen Especial del Impuesto a la Renta (RER) o Régimen General (RG). Caso contrario no estaría tributando, por lo que tampoco tendría la condición de empresa formal.

3) Su Venta Anual debe estar conforme a Ley.

Según el artículo 5º del TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, para ser considerado como una MYPE, debe tener ventas anuales equivalente en UIT, según los siguientes límites:

- Microempresas, cuyo volumen de ventas anuales no debe superar los 150 UITs. Es decir, una microempresa para ser considerado como tal no tener ventas anuales que superen los S/. 577 500.00 Nuevos Soles, caso contrario ya no sería una microempresa formal, sino una pequeña empresa informal.
- Pequeñas empresas, cuyo volumen de ventas anuales debe ser mayores de 150 UIT y no debe superar los 1700 UIT. Es decir, sus ventas anuales debe estar por encima de los S/. 577 500.00 Nuevos Soles y por debajo de los S/. 654500.00 Nuevos Soles, caso contrario ya no sería una pequeña empresa formal, sino una mediana empresa informal, o en el peor de los casos una microempresa informal, si sus ventas han descendido por debajo de límite señalado.

4) Tener definido su tipo de Contribuyente

El sistema del Registro Único de Contribuyentes, identifica al contribuyente por tipo de organización que asume para el

desarrollo de su actividad económica, sea como persona natural o jurídica en sus diferentes modalidades según la naturaleza de la actividad que va a desarrollar. Por lo que debe haber escogido constituirse en persona natural con negocio, una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, sociedad, etc.

Para el caso de las personas jurídicas debemos tener en cuenta lo siguiente:

- Conforme al Decreto Ley N° 21621, Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, una empresa puede ser constituida por una sola persona, la misma que debe llevar la sigla EIRL, y esta empresa tiene personería jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal con patrimonio distinto al de su titular, cuya responsabilidad está limitada al patrimonio y el titular de la misma no responde personalmente más que por las obligaciones contraídas por la empresa.
- Conforme a la Ley 26887, La nueva Ley General de Sociedades, una empresa puede ser constituida por dos o más personas en sociedad, por lo que toda sociedad debe adoptar alguna de las formas previstas, entre ellas la sociedad anónima (cerrada y abierta), sociedad colectiva, sociedad en comandita, sociedad comercial de responsabilidad limitada y sociedad civil.

Según esta ley, una sociedad está constituida por dos o más socios, quienes a través de un contrato convienen en aportar bienes y/o servicios para realizar actividades económicas y distribuirse entre ellos las utilidades o las pérdidas que se generen.

Una sociedad que nace de la constitución legal según esta ley se convierte en una persona jurídica, por lo que debe constituirse necesariamente por escritura pública, tener un estatuto (contenido en la minuta) y una denominación o razón social distinta a otra empresa preexistente.

En ese sentido, al haberse constituido en una empresa como persona jurídica sin observar las formalidades previstas por la ley, se encontraría como informal. Asimismo, cuando en los hechos conforman una sociedad y ante el Estado tributan como otro diferente. Por ejemplo, en caso que en los hechos constituyen una sociedad, y sin embargo, ante el Estado siguen operando como persona natural con negocio, entonces tendría la condición de una empresa informal.

5) Actividad Económica de ámbito de las MYPES

Esta información es declarada por el contribuyente y registrada en el sistema del Registro Único de Contribuyentes según las definiciones contenidas en la Clasificación Internacional Industrial Uniforme (CIIU) revisión 3.0, por lo que la MYPE debe estar realizando una actividad económica que no esté excluida de su ámbito como actividades de bares, discotecas, juegos de azar y afines.

En caso de estar efectuando actividades que fueron excluidos de su ámbito como actividades estaría operando ilegalmente, por lo que también no sería una Mype formal, sino informal.

3.6. CONSTITUCIÓN LEGAL DE LAS MYPES

Formalizar una empresa significa acreditar el negocio ante distintas organizaciones estatales del país, por lo que implica conseguir la identidad jurídica de la empresa ante el Estado, contar con derechos y con deberes tanto comerciales como mercantiles.

Una empresa formalizada muestra identidad y seriedad al momento de hacer negocios, así como, refleja responsabilidad y mucha confianza con todos sus clientes y trabajadores.

Para constituir una MYPE, existen 2 alternativas, ésta puede constituirse como persona natural o como persona jurídica.

a) COMO PERSONA NATURAL.- Cuando la empresa es constituida como persona natural:

- Una empresa constituida como persona natural tiene responsabilidad ilimitada porque los acreedores de la empresa pueden reclamar hasta afectar a las propiedades privadas del propietario de la empresa.
- Las empresas constituidas como personas naturales, están a nombre de una persona (propietario).
- Las empresas para funcionar formalmente deben obtener el Registro Único del contribuyente (RUC) en la SUNAT, la licencia Municipal de funcionamiento en la municipalidad y otras licencias especiales específicas.

b) COMO PERSONA JURÍDICA.- Cuando la empresa se constituye como persona jurídica:

- La responsabilidad es limitada porque los acreedores pueden afectar sólo hasta el límite de sus aportaciones hechas a la empresa.
- Las empresas constituidas como personas jurídicas, están a nombre de por lo menos dos socios. Lo que se confirma es una sociedad.

- Según la nueva ley de sociedades, pueden constituirse en base a los siete tipos de sociedades mercantiles: Sociedad anónima, sociedad anónima cerrada, sociedad anónima abierta, sociedad colectiva, sociedad en comandita, sociedad comercial de responsabilidad limitada y sociedad civil.
- También puede constituirse como una sociedad bajo la modalidad de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, que tiene su propia legislación.
- Cualquiera que sea la forma, deberá comenzar obteniendo el certificado negativo de existencia de otra empresa con similar denominación o razón social en Registros Públicos (SUNARP), luego deberá elaborar la Minuta de constitución y presentar al Notario, quien ordenará abrir una cuenta corriente en un banco, luego eleva a Escritura Pública la Minuta. La escritura debe escribirse en Registros Públicos, con la inscripción debe gestionar el RUC en la SUNAT, obtener la licencia Municipal de funcionamiento en la Municipalidad, así como otras licencias especiales.

CAPITULO II

RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LAS MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS

2.1. EL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LAS MICROEMPRESAS, CONFORME A LA LEY 28015

El 03 de julio del 2003, se expide la Ley 28015, Ley de formalización y promoción de la micro y pequeña empresa, con el objeto de posibilitar la promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas empresas para incrementar el empleo sostenible, su productividad y rentabilidad, su contribución al Producto Bruto Interno, la ampliación del mercado interno y las exportaciones, y su contribución a la recaudación tributaria.

Mediante esta Ley, se crea el régimen laboral especial de las microempresas, la misma que era de naturaleza temporal, cuya duración era de cinco (05) años desde su vigencia; es decir, desde el 04 de julio del 2003 hasta el 03 de julio del 2008, debiendo las empresas para mantenerse en él, conservar las condiciones de microempresas establecidas en la misma ley. Sin embargo, el 27 de julio del 2006, mediante la segunda disposición complementaria de la Ley 28851, este plazo fue ampliado por 05 años más, es decir hasta el 03 de julio del 2013. Actualmente, el régimen creado por la Ley 28015 aún continúa vigente en su versión original para las empresas que se acogieron hasta antes de antes que entrara en vigencia el Decreto Legislativo 1086, toda vez que los alcances de esta última no son retroactivos. Justamente, la vigencia del régimen de la Ley 28015 ha sido prorrogada por tres años más, mediante la Ley 30056, es decir tiene vigencia hasta el 03 de julio del 2016.

Debemos tener en cuenta que la Ley 28015, si bien está dirigido a la promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas empresas, el régimen laboral especial es creada solamente para las microempresas, por lo que las pequeñas empresas continúan rigiéndose según las normas del régimen general de trabajo. El régimen especial es para las microempresas, no para las Mypes en general.

La creación del régimen laboral especial de las microempresas se encuentra expresamente plasmada en el artículo 43° de la Ley 28015, lo que se complementa con las normas contenidas en los artículos siguientes de la misma Ley y el Reglamento.

“Artículo 43°. Crease el régimen laboral especial dirigido a fomentar la formalización y desarrollo de las Microempresas, mejorar las condiciones de disfrute efectivo de los derechos de naturaleza laboral de los trabajadores de las mismas.

El presente régimen laboral especial es de naturaleza temporal y se extenderá por un período de diez (10) años desde la entrada en vigencia de la presente Ley, debiendo las empresas para mantenerse en él, conservar las condiciones establecidas en los artículos 2° y 3° de la presente Ley para mantenerse en éste.

El régimen laboral especial comprende: remuneración, jornada de trabajo de ocho (8) horas, horario de trabajo y trabajo en sobre tiempo, descanso semanal, descanso vacacional, descanso por días feriados, despido injustificado, seguro social de salud y régimen pensionario.

Las Microempresas y los trabajadores considerados en el presente régimen pueden pactar mejores condiciones a las previstas en la presente Ley, respetando el carácter esencial de los derechos reconocidos en el párrafo anterior”.

En ese sentido, según dicha norma, el régimen laboral especial comprende la remuneración, jornada de trabajo de ocho (8) horas, horario de trabajo y trabajo en sobre tiempo, descanso semanal,

descanso vacacional, descanso por días feriados, despido injustificado, seguro social de salud y régimen pensionario. Sin embargo, dicha norma señala que las Microempresas y los trabajadores considerados en este régimen podían pactar mejores condiciones a las previstas, respetando el carácter esencial de los derechos reconocidos. Sin embargo, los beneficios laborales de los trabajadores de este régimen eran mucho menores que los beneficios que percibían los trabajadores del régimen laboral general, tal como se ve en el siguiente cuadro:

CUADRO N° 05

**CUADRO COMPARATIVO DE LOS BENEFICIOS LABORALES DE
LOS TRABAJADORES DE LA LEY 28015 Y EL REGIEMN GENERAL**

BENEFICIOS	MICROEMPRESAS LEY 28015	RÉGIMEN GENERAL DECRETO LEGISLATIVO 728
Remuneración	RMV	RMV
Jornada laboral	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales
Descanso semanal	24 horas	24 horas y pago por sobretiempo
Vacaciones	15 días, reducción a 7 días	30 días, reducción a 15 días (compra de vacaciones).
CTS	No se aplica	Una remuneración mensual por año
Gratificaciones	No se aplica	2 gratificaciones, de 01 sueldo íntegro cada una
Utilidades	No se aplica	Sí se aplica
Asignación familiar	No se aplica	Sí se aplica
Despido arbitrario o injustificado	15 remuneraciones diarias por año, con un tope de 180 remuneraciones. Fracciones se pagan en dozavos.	1 1/2 remuneración por año. Tope 12 remuneraciones. Fracciones por dozavos y treintavos
Seguro social	Trabajador y conductor son asegurados regulares	Trabajador es asegurado regular
Pensiones	Trabajador y conductor además deciden sobre el sistema pensionario	El trabajador decide el sistema pensionario

FUENTE: Elaboración propia

2.2. EL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LAS MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS, CONFORME AL DECRETO LEGISLATIVO 1086

Mediante el Decreto Legislativo N° 1086, del 28 de junio del 2008, se aprueba la Ley de promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de la micro y pequeña empresa y del acceso al empleo decente, modificándose la Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, con el objeto de promocionar la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas empresas para la ampliación del mercado interno y externo de éstas, en el marco del proceso de promoción del empleo, inclusión social y formalización de la economía, para el acceso progresivo al empleo en condiciones de dignidad y suficiencia.

El Decreto Legislativo 1086 crea un régimen laboral especial para la micro y la pequeña empresa, de carácter permanente a partir de su vigencia, las misma que se aplica a todos los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que presten servicios en las micro y pequeñas empresas, así como a sus conductores y empleadores, señalando que en toda empresa, cualquiera sea su dimensión, ubicación geográfica o actividad, se deben respetar los derechos laborales fundamentales y cumplir los siguientes parámetros:

1. No utilizar, ni apoyar el uso de trabajo infantil, entendido como aquel trabajo brindado por personas cuya edad es inferior a las mínimas autorizadas por el Código de los Niños y Adolescentes.
2. Garantizar que los salarios y beneficios percibidos por los trabajadores cumplan, como mínimo, con la normatividad legal.
3. No utilizar ni auspiciar el uso de trabajo forzado, ni apoyar o encubrir el uso de castigos corporales.
4. Garantizar que los trabajadores no podrán ser discriminados en base a raza, credo, género, origen y, en general, en base a cualquier otra característica personal, creencia o afiliación.

Igualmente, no podrá efectuar o auspiciar ningún tipo de discriminación al remunerar, capacitar, entrenar, promocionar, despedir o jubilar a su personal.

5. Respetar el derecho de los trabajadores a formar sindicatos y no interferir con el derecho de los trabajadores a elegir, o no elegir, y a afiliarse o no a organizaciones legalmente establecidas.
6. Proporcionar un ambiente seguro y saludable de trabajo.

El Decreto Legislativo 1086, en realidad amplía el régimen laboral especial creada por la Ley 28015, que era exclusivamente para las microempresas, a las pequeñas empresas. Pues, a través de su artículo 7° sustituye varias normas de la Ley 28015, entre ellas el artículo 43°, la misma que queda redactado de la siguiente manera:

“Artículo 43°.- Créase el Régimen Laboral Especial dirigido a fomentar la formalización y desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa, y mejorar las condiciones de disfrute efectivo de los derechos de naturaleza laboral de los trabajadores de las mismas.

El Régimen Laboral Especial comprende: remuneración, jornada de trabajo de ocho (8) horas, horario de trabajo y trabajo en sobre tiempo, descanso semanal, descanso vacacional, descanso por días feriados, protección contra el despido injustificado.

Los trabajadores de la Pequeña Empresa tienen derecho a un Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo a cargo de su empleador, cuando corresponda, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, modificatorias y normas reglamentarias; y a un seguro de vida a cargo de su empleador, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales, y modificatorias.

Para la Pequeña Empresa, los derechos colectivos continuarán regulándose por las normas del Régimen General de la actividad privada.

Asimismo, el derecho a participar en las utilidades, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 892 y su Reglamento, sólo corresponde a los trabajadores de la pequeña empresa.

Los trabajadores de la pequeña empresa tendrán derecho, además, a la compensación por tiempo de servicios, con arreglo a las normas del régimen común, computada a razón de quince (15) remuneraciones diarias por año completo de servicios, hasta alcanzar un máximo de noventa (90) remuneraciones diarias.

Adicionalmente, los trabajadores de la pequeña empresa tendrán derecho a percibir dos gratificaciones en el año con ocasión de las Fiestas Patrias y la Navidad, siempre que cumplan con lo dispuesto en la normativa correspondiente, en lo que les sea aplicable. El monto de las gratificaciones es equivalente a media remuneración cada una.

Los trabajadores y la Micro y Pequeña Empresa comprendidas en el Régimen Laboral Especial podrán pactar mejores condiciones laborales, respetando los derechos reconocidos en el presente artículo.”

De esta manera, se modifica el régimen laboral especial de las microempresas creada por la Ley 28015, y se introduce un nuevo régimen laboral especial para las microempresas y las pequeñas empresas (Mypes). Además de ello, esta norma ya no sólo regula el aspecto laboral sino también los problemas administrativos, tributarios y de seguridad social en el entorno de la Mypes.

Asimismo, mediante el Decreto Legislativo 1086 se modifica el artículo 44° de la Ley 28015, señalándose expresamente que el presente régimen laboral especial es permanente. De modo que, el régimen laboral especial creado no tiene aplicación temporal, sino permanente en tanto que las Mypes cumplan con los requisitos establecidos. Ahí radica uno de los puntos de cuestionamiento, toda vez que un régimen laboral especial que reduce beneficios laborales no puede tener carácter permanente, sino temporal, hasta lograr la finalidad que se persigue con el régimen especial.

Por otra parte, habiéndose modificado la Ley 28015, con la finalidad de unificar criterios y no generarse contradicciones legales dentro de este régimen, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) mediante el Decreto Supremo N° 007-2008-TR, del 30 de setiembre del

2008, aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE, así como su reglamentación, mediante Decreto Supremo N° 008-2008-TR, del 30 de setiembre del 2008.

Como ya señalamos, esta nueva norma aprueba el régimen laboral especial que regirá para las microempresas así como para las pequeñas empresas. Ello significa, que en el ámbito de las Mypes rige únicamente esta normatividad, ya no el régimen general. Sin embargo, es necesario aclarar que este régimen se aplica solo a los nuevos trabajadores que sean contratados a partir de la vigencia del Decreto Legislativo 1086, que debe ser al día siguiente de la publicación de su reglamento. Habiéndose publicado el reglamento el 30 de setiembre del 2008, el régimen laboral especial entra en vigencia el 01 de octubre del 2008.

Respecto a los derechos laborales otorgados por este nuevo régimen laboral especial, nos damos cuenta que los derechos laborales otorgados mediante el Decreto Legislativo 1086 a los trabajadores de las micro y las pequeñas empresas, han variado bastante a comparación de los derechos laborales otorgados por la Ley 28015, o las que venían gozando antes que entrara en vigencia el presente régimen laboral, tal como puede verse en el siguiente cuadro:



CUADRO N° 06

**CUADRO COMPARATIVO DE LOS DERECHOS LABORALES
OTORGADOS POR LA LEY 28015 Y EL DECRETO LEGISLATIVO 1086**

REFERENCIA	LEY 28015		DEC. LEGISLATIVO 1086	
	MICROEMPRESA	PEQUEÑA EMPRESA	MICRO EMPRESA	PEQUEÑA EMPRESA
Remuneración mínima	RMV	RMV + Asignación familiar de ser el caso.	RMV. Puede ser menor si lo acuerdan.	RMV + asignación familiar de ser el caso.
Jornada-horario	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales
Descanso semanal	24 horas	24 horas	24 horas	24 horas
Vacaciones	15 días al año	30 días al año	15 días al año	15 días al año
Despido injustificado	1/2 sueldo por año. Tope 06 sueldos, las fracciones se pagan en dozavos.	1.5 sueldos por año, tope 12 sueldos las fracciones se pagan en dozavos	10 remuneraciones diarias por año. Tope 90 remuneraciones (3 sueldos).	20 remuneraciones diarias por año. Tope 120 remuneraciones (4 sueldos).
CTS	No aplica	1 sueldo por año	No aplica	½ sueldo por año.
Gratificaciones	No aplica	2 sueldos al año	No aplica	2 gratificaciones al año de ½ sueldo cada una.
Asignación familiar	No aplica	10% de la RMV	No aplica	No especifica
Utilidades	No aplica	De acuerdo al Decreto Legislativo 892	No aplica	De acuerdo al Decreto Legislativo 892
Póliza de seguro	No aplica	Régimen General (a partir de los 4 años)	No aplica	Régimen General (a partir de los 4 años)
Seguro social	Empleador 9%	Empleador 9% + seguro de riesgo de ser el caso.	Empleador aportará el 50% y el Estado aportará el 50%	Empleador 9% + seguro de riesgo de ser el caso.
Pensiones	Facultativo	13% ONP o AFP	Empleador aportará el 50% El Estado aportará el 50%	13% ONP o AFP

FUENTE: Elaboración propia

Como podrá verse en el cuadro N° 06, los derechos laborales en comparación con los otorgados por la Ley 28015 han sufrido reducciones. Solo tomemos algunos ejemplos para darnos cuenta:

- 1) En caso del Despido Injustificado. La política adoptada por el Decreto Legislativo 1086 manifiesta un recorte considerable para los trabajadores a favor de los empleados de las MYPES.

RÉGIMEN LABORAL	MICROEMPRESA	PEQUEÑA EMPRESA
Ley 28015	½ sueldo por año.	1.5 sueldos por año.
D. L. 1086	10 remuneraciones diarias por año.	20 remuneraciones diarias por año.

- 2) En caso del pago de CTS.- En este caso la microempresa no está obligada a otorgar a este beneficio, en ningún caso; mientras la pequeña empresa deberá dar a sus empleados, teniendo en cuenta que la Ley 28015 otorgaba en un monto mayor.

RÉGIMEN LABORAL	MICROEMPRESA	PEQUEÑA EMPRESA
Ley 28015	No	1 sueldo
D. L. 1086	No	½ sueldo

- 3) Respecto a las gratificaciones.- En este caso a microempresa no está obligada a otorgar a este beneficio, en ningún caso; en las pequeñas empresas se reduce la gratificación de lo que era 1 sueldo ahora solo se da ½ sueldo, con respecto a las pequeñas empresas.

RÉGIMEN LABORAL	MICROEMPRESA	PEQUEÑA EMPRESA
Ley 28015	No	1 sueldo
D. L. 1086	No	½ sueldo

Además de la situación señalada, también es necesario advertir que esta sucesión normativa determinó la vigencia de dos regímenes laborales dentro del sector de la micro y pequeña empresa:

- **Trabajadores contratados bajo la Ley N° 28015**

Los trabajadores de las empresas que se acogieron al régimen de las microempresas de la Ley 28015, Ley de promoción y formalización de la Micro y Pequeña Empresa, hasta el 30 de setiembre de 2008, se mantienen bajo dicho régimen hasta el 4 de julio de 2013, después de esa fecha ingresarán al régimen laboral general de la actividad Privada.

- **Los trabajadores contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo 1086.**

El régimen laboral de los trabajadores de la micro y pequeñas empresas del Decreto Legislativo N° 1086, Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, es de naturaleza permanente. Por lo tanto, los trabajadores de las empresas que se acogen al régimen especial de la micro o pequeña empresa a partir del 1 de octubre de 2008, fecha en que entra en vigencia el Decreto Legislativo N° 1086, se mantienen en dichos regímenes sin límite temporal. Es decir, los trabajadores y las empresas que se acogieron al régimen especial a partir de la fecha antes indicada no están obligados a pasar al régimen laboral general de la actividad privada, salvo que la empresa empleadora incurriera en causal de pérdida del régimen especial.

2.3. EL REGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LAS MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS CONFORME A LA ACTUAL REGULACIÓN

El 02 de Julio del 2013, el Congreso de la República promulgó la Ley N° 30056 “Ley que modifica diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial”. Esta ley

entre sus objetivos establece el marco legal para la promoción de la competitividad, formalización y el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME). Incluye modificaciones a varias leyes entre las que está la actual "Ley MYPE", el Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 007-2008-TR.

Se modifica el TUO de la Ley de Promoción de la MYPE que fuera aprobado por Decreto Supremo 007-2008-TR, señalando que la norma con las modificaciones se denominará "Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial", la misma que tiene por objeto establecer el marco legal para la promoción de la competitividad, formalización y el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME), estableciendo políticas de alcance general y la creación de instrumentos de apoyo y promoción, con el objeto de impulsar el emprendimiento y permitir la mejora de la organización empresarial junto con el crecimiento sostenido de estas unidades económicas.

Para incorporarse a este régimen las empresas deben ubicarse en alguna de las siguientes categorías en función a sus ventas anuales, eliminándose el factor de número de trabajadores como requisito:

- Microempresa: Ventas anuales hasta el monto máximo de 150 UIT.
- Pequeña empresa: Ventas anuales superiores a 150 UIT y hasta el monto máximo de 1700 UIT.
- Mediana empresa: Ventas anuales superiores a 1700 UIT y hasta el monto máximo de 2300 UIT.

Se dispone que el régimen laboral especial es de naturaleza permanente y únicamente aplicable a la micro y pequeña empresa; además se establece un tratamiento especial en la inspección de trabajo, en materia de sanciones y de fiscalización laboral, para

aquéllas que se hayan acogido al régimen de la microempresa establecido en el Decreto Legislativo 1086.

La norma también prorroga por tres (3) años el régimen especial de la microempresa creado mediante Ley 28015, Ley de Promoción y Formalización de la MYPE, sin perjuicio de que las microempresas, trabajadores y conductores pueda acordar por escrito durante dicha prórroga, su acogimiento al régimen laboral regulado en el Decreto Legislativo 1086, debiendo presentarse dicho acuerdo ante la autoridad administrativa de trabajo dentro de los 30 días de suscrito.

En ese sentido, conforme a esta norma los trabajadores de las micro y pequeñas empresas contratados hasta antes del 30 de setiembre de hasta el 30 de setiembre de 2008, se mantienen bajo el régimen de la Ley 28015 hasta el 4 de julio de 2016, después de esa fecha ingresarán al régimen laboral general de la actividad Privada. Mientras los trabajadores contratados con posterioridad a esa fecha se rigen por el régimen establecido mediante el Decreto Legislativo 1086 de manera permanente, conforme a la regulación establecida por el TUO de la Ley de Impulso al desarrollo productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE.

El Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, establece el marco legal para la promoción de la competitividad, formalización y el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME), estableciendo políticas de alcance general y la creación de instrumentos de apoyo y promoción, incentivando la inversión privada, la producción, el acceso a los mercados internos y externos y otras políticas que impulsen el emprendimiento y permitan la mejora de la organización empresarial junto con el crecimiento sostenido de estas unidades económicas.

Conforme a su artículo 45°, lo previsto en el presente Texto único es aplicable a todos los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que presten servicios en las micro y pequeñas empresas, así como a sus conductores y empleadores. Lo que significa que el régimen laboral especial establecido por dicho cuerpo normativo no es aplicable a los trabajadores de las medianas empresas.

De igual manera, este cuerpo normativo en su artículo 46° señala que:

- Esta norma regula los derechos y beneficios contenidos en los contratos laborales celebrados a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1086.
- Los contratos laborales de los trabajadores celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1086, continuarán rigiéndose bajo sus mismos términos y condiciones, y bajo el imperio de las leyes que rigieron su celebración.
- El régimen laboral especial establecido en el Decreto Legislativo N° 1086 no será aplicable a los trabajadores que cesen con posterioridad a su entrada en vigencia y vuelvan a ser contratados inmediatamente por el mismo empleador, bajo cualquier modalidad.

Por otra parte, los derechos laborales otorgados por el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, promulgado mediante el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, en relación a los derechos otorgados por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, promulgado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR, observamos pues que los derechos laborales de los trabajadores del Régimen Especial de las micro y pequeñas empresas han sido recortados grandemente. Ello podemos ver en el siguiente cuadro:

CUADRO Nº 07
EL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LAS MYPES Y EL
RÉGIMEN LABORAL GENERAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA

BENEFICIOS	D. S. Nº 013-2013-PRODUCE		DECRETO LEGISLATIVO 728
	MICROEMPRESAS	PEQUEÑA EMPRESA	RÉGIMEN GENERAL
Remuneración	RMV	RMV	RMV
Jornada - Horario	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales
Descanso semanal	24 horas	24 horas	24 horas
Vacaciones	15 días, reducción a 7 días	15 días, reducción a 7 días	30 días, reducción a 15 días.
CTS	No se aplica	15 remuneraciones diarias por año. Máximo 90 remuneraciones.	Una remuneración mensual por año
Gratificaciones	No se aplica	2 gratificaciones, de ½ sueldo cada una	2 gratificaciones, de 01 sueldo íntegro cada una
Utilidades	No se aplica	Sí aplica, en base al Decreto Legislativo. 892	Sí se aplica
Asignación familiar	No se aplica	No se aplica	Sí se aplica
Despido arbitrario o injustificado	10 remuneraciones diarias por año, tope 90 remuneraciones	20 remuneraciones diarias por año, tope 120 remuneraciones	1 1/2 remuneración por año. Tope 12 remuneraciones. Fracciones por dozavos y treintavos
Seguro social	Trabajador y conductor son asegurados regulares	Trabajador y conductor es asegurados regulares	Trabajador es asegurado regular
Pensiones	Trabajador y conductor además deciden sobre el sistema pensionario	Trabajador y conductor además deciden sobre el sistema pensionario	El trabajador decide el sistema pensionario

FUENTE: Elaboración propia.

2.4. REGULACION ACTUAL DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES DE LAS MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS

Como señalamos en el apartado anterior, la actual regulación del régimen laboral especial, efectuada a través del TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, regula los derechos y beneficios contenidos en los contratos laborales celebrados a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1086.

Mediante el Decreto Legislativo 1086, se realizaron importantes modificaciones al régimen laboral de los trabajadores de la Micro y de la Pequeña Empresa. A diferencia de lo dispuesto mediante la normativa anterior (Ley 28015), en donde se señalaba que éste era un régimen temporal, se establece que éste es un régimen especial “permanente”. Las características establecidas por el Decreto Legislativo 1086 son mantenidas por la Ley 30056 y el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, promulgado mediante el Decreto Supremo 13-2013-PRODUCE.

A continuación desarrollamos cada uno de estos beneficios laborales, conforme lo dispuesto en el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, promulgado mediante el Decreto Supremo 13-2013-PRODUCE:

a) REMUNERACIÓN

Los trabajadores comprendidos en el régimen de las microempresas tienen derecho a percibir como mínimo la remuneración mínima vital (RMV) que en la actualidad asciende a S/. 750.00 (Setecientos cincuenta y 00/100 nuevos soles).

Sin embargo, actualmente para este régimen se ha señalado la posibilidad de que se establezca una remuneración menor a la

RMV, previo acuerdo con el Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo.

b) JORNADA DE TRABAJO

La jornada de trabajo de los trabajadores de la micro y pequeña empresa es de (8) horas diarias o cuarenta y ocho semanales, al igual que en el régimen laboral común.

En materia de jornada de trabajo, horario de trabajo, trabajo en sobre tiempo de los trabajadores de la Microempresa, es aplicable lo previsto por el Decreto Supremo N° 007-2002-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre Tiempo. Sin embargo, por disposición de la misma norma en su artículo 53°, en los centros de trabajo cuya jornada laboral se desarrolle habitualmente en horario nocturno, no se aplicará la sobretasa del 35%.

Cabe precisar que para las microempresas se mantiene lo establecido por la Ley N° 28015, por lo que si los trabajadores de estas empresas habitualmente realizan sus actividades en horario nocturno, tampoco será aplicable la sobretasa del 35% dispuesta en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, norma que regula la jornada, horario y trabajo en sobretiempo.

c) DESCANSO SEMANAL OBLIGATORIO

El descanso semanal obligatorio y el descanso en días feriados se rigen por las normas del régimen laboral común de la actividad privada, es decir, se aplican las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 713. En este escenario, los trabajadores de las micro y pequeñas empresas tienen derecho como mínimo a 24 horas consecutivas de descanso en cada semana, el que se otorgara preferentemente en día domingo.

Ello significa que los trabajadores de las micro y pequeñas empresas gozan de los mismos derechos que los trabajadores del

régimen general de la actividad privada, respecto al descanso semanal.

d) DESCANSO VACACIONAL

En lo concerniente al descanso vacacional, se mantiene el derecho al goce de quince (15) días para las microempresas establecido en la Ley 28015, y de igual manera para los trabajadores de las pequeñas empresas.

Al igual que en el régimen laboral común, podrán fraccionarse los descansos vacacionales por periodo mínimo de siete (7) días, de conformidad con lo establecido por el Decreto Legislativo N° 713.

e) COMPENSACIÓN POR EL TIEMPO DE SERVICIOS (CTS)

Desde la regulación inicial, las microempresas no se encuentran obligadas al pago de la CTS. Esta situación se ha mantenido con la actual regulación.

En el caso de los trabajadores de las pequeñas empresas, los trabajadores tendrán derecho a la compensación por tiempo de servicios, con arreglo a las normas del régimen común, computada a razón de quince (15) remuneraciones diarias por año completo de servicios, hasta alcanzar un máximo de noventa (90) remuneraciones diarias.

f) GRATIFICACIONES LEGALES

Las microempresas no están obligadas al pago de las gratificaciones legales.

En el caso de las pequeñas empresas solo están obligadas al pago de media remuneración por concepto de gratificaciones legales, en la primera quincena de julio y de diciembre.

g) DESPIDO INJUSTIFICADO

El trabajador de la microempresa tiene derecho a una indemnización por despido arbitrario equivale a diez (10) remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de noventa (90) remuneraciones diarias. En el caso de la

pequeña empresa, la indemnización por despido injustificado es equivalente a veinte (20) remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de ciento veinte (120) remuneraciones diarias. En ambos casos, las fracciones de año se abonan por dozavos.

h) UTILIDADES

Los trabajadores y conductores de microempresas no tienen derecho al pago de utilidades por disposición legal expresa. Sin embargo, los trabajadores pertenecientes a las pequeñas empresas si tienen derecho a este beneficio legal. En ese sentido son aplicables las disposiciones establecidas en el Decreto Legislativo N° 892, norma que regula el pago de utilidades legales.

i) OTROS BENEFICIOS LABORALES: ASEGURAMIENTO DE SALUD Y SISTEMA DE PENSIONES

En cuanto a aseguramiento en salud, los trabajadores de la Microempresa comprendidos en la presente Ley serán afiliados al régimen semicontributivo del Seguro Integral de Salud, de acuerdo con lo previsto en la presente ley. Ello se aplica, asimismo, para los conductores de la Microempresa.

Los trabajadores de la Pequeña Empresa serán asegurados regulares de ESSALUD y el empleador aportará la tasa correspondiente de acuerdo a lo dispuesto al artículo 6 de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, y modificatorias.

En cuanto a régimen pensionario, los trabajadores y conductores de la Microempresa comprendidos en la presente Ley podrán afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales contemplados en el Decreto Ley N° 19990, Ley que crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, y en el Decreto Supremo N°

054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Los trabajadores y conductores de la Microempresa comprendidos en la presente Ley, que no se encuentren afiliados o sean beneficiarios de algún régimen previsional, podrán optar por el Sistema de Pensiones Sociales contemplado en el Título VIII sobre Aseguramiento en Salud y Sistema de Pensiones Sociales de la presente ley. Ello se aplica, asimismo, para los conductores de la Microempresa.

Los trabajadores de la Pequeña Empresa deberán obligatoriamente afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales contemplados en el Decreto Ley N° 19990, Ley que crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, y en el Decreto Supremo N° 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones.

j) INDEMNIZACIÓN ESPECIAL

En caso de que un trabajador que goza de los derechos del régimen general sea despedido con la finalidad exclusiva de ser reemplazado por otro dentro del régimen especial, tendrá derecho al pago de una indemnización especial equivalente a dos (2) remuneraciones mensuales por cada año laborado, las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Esta causal especial y la indemnización que se genere dejan a salvo las demás causales previstas en el régimen laboral general, así como su indemnización correspondiente.

Al respecto, debemos señalar que resulta ser bastante subjetiva la causal especial establecida por cuanto será necesaria la intervención del MTPE para que a través del procedimiento de fiscalización se verifique si el reemplazo fue dado por el empleador

con la intención de querer beneficiarse con los beneficios laborales establecidos por el nuevo régimen de MYPE.

Ahora bien, sobre esta indemnización podrían presentarse los siguientes supuestos:

- a) Despido por falta grave
- b) Despido arbitrario

En el segundo supuesto es importante precisar que no es relevante el hecho de que el trabajador fuera despedido antes de la entrada en vigencia de la Ley de MYPE porque igual le correspondería el pago de la indemnización, por cuanto prima el hecho de que un empleador despida a un trabajador con la intención de reemplazarlo por otro trabajador a fin de que le sean aplicables los beneficios laborales de la nueva Ley de MYPE.

El plazo para accionar por el despido realizado contra un trabajador para reemplazarlo por otro bajo las disposiciones de la nueva Ley de MYPE, caduca a los treinta (30) días producido el despido, correspondiéndole al trabajador la carga de la prueba. Al respecto, podrá recurrir al Ministerio de Trabajo, a fin de que corrobore que el trabajador nuevo desarrolla las mismas actividades que el trabajador despedido.

2.5. LOS PRINCIPIOS LABORALES EN EL ENTORNO DE LAS MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS

Los principios laborales son líneas directrices que orientan la formación de normas, la aplicación de éstas en el ordenamiento jurídico y la forma en que se resolverán los casos no previstos y aparecen para equiparar al trabajador en relación con el empleador y para que éste respete ciertos mínimos establecidos por la norma o en algunos casos prefiera una interpretación o una norma por ser más favorable al trabajador, los principios justifican la existencia de normas tanto al momento de su producción, interpretación, aplicación o sustitución.

Los principios generales, como manifiesta Alonso García²⁷, son "aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho".

Para Plá Rodríguez²⁸, los Principios del Derecho del Trabajo constituyen "líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos"

En ese sentido, diríamos que los principios laborales son líneas directrices que orientan la formación de normas, la aplicación de éstas en el ordenamiento jurídico y la forma en que se resolverán los casos no previstos y aparecen para equiparar al trabajador en relación con el empleador y para que éste respete ciertos mínimos establecidos por la norma o en algunos casos prefiera una interpretación o una norma por ser más favorable al trabajador, los principios justifican la existencia de normas tanto al momento de su producción, interpretación, aplicación o sustitución.

Estos principios, no son solamente vigentes en el Régimen laboral General, sino en todos los ámbitos laborales, por lo tanto también en el ámbito de las Mypes. Entre ellos tenemos:

a) Principio protector

Llamado también tuitivo, este principio es el que inspira todo el derecho del trabajo y se funda en la desigualdad de posiciones

²⁷ GARCÍA, Manuel Alonso (1960). Derecho del Trabajo, Tomo I. Barcelona. p. 247.

²⁸ PLA RODRÍGUEZ, Américo (1998). Los principios del derecho del Trabajo. Buenos Aires: Ediciones Depalma. p. 9.

existente entre empleador y trabajador, manifestada en la subordinación de éste hacia aquél.

Este principio contiene, a su vez, tres modalidades:

a.1. Principio “in dubio pro operario”

Conforme a este principio, como señala García Manrique²⁹ “en las relaciones laborales debe predominar la interpretación que favorezca al trabajador cuando la duda sea insalvable en el sentido de una norma”.

Ello debe ser así, teniendo en cuenta que en las relaciones laborales, el trabajador es la parte débil frente a la potestad del empleador, es por ello que el in dubio pro operario constituye una manifestación general de protección reconocida a favor del trabajador como una de las partes que es la más débil en la relación de trabajo.

En la Constitución Peruana, Art. 26, inciso 3, se encuentra recogido el principio in dubio pro operario, en los siguientes términos: “*en la relación laboral, entre otros, se respeta el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma*”. En consecuencia, en la legislación peruana el principio es una norma jurídica y por lo tanto, de obligación aplicable por parte del juez o del intérprete.

a.2. Principio de la norma más favorable.

Como señala Zavala³⁰, cuando se produce la existencia de distintas normas que son aplicables a una misma situación laboral, se deberá poner en uso la que conceda mayores beneficios o derechos al trabajador. Sin embargo, hay que dejar en claro que

²⁹ GARCÍA MANRIQUE, Álvaro (2010). ¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico jurisprudencial. Lima: Gaceta Jurídica. p. 9.

³⁰ ZAVALA RIVERA, Alejandro (2011). Ob. Cit. p. 17.

puede tratarse de normas del mismo rango y ámbito; normas de rango semejante, pero de ámbitos distintos; y normas de distinto rango tanto como de distinto ámbito. En cualquiera de los casos planteados, lo que deberá hacerse es aplicar la norma que más beneficios represente para el trabajador.

a.3. Principio de la condición más beneficiosa

Como manifiesta Plá Rodríguez³¹ “la regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser interpretada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se ha de aplicar”. Se produce cuando surgen nuevas normas que alteran condiciones laborales, de tal forma que, al momento de aplicarse se hará sin causar menoscabo de los derechos del trabajador que existían anteriormente pues las normas no se piensan con la finalidad de recortar derechos de los trabajadores. No basta con citar el supuesto sino que además hay que constatar una serie de requisitos como: que se trate de condiciones laborales completamente; que al compararlas, se trate efectivamente de una condición más beneficiosa para el trabajador; y que le sean reconocidas al trabajador, lo que implica que el trabajador debe haber logrado los requisitos planteados para ser beneficiario del derecho. Cabe señalar que el trabajador puede acordar con su empleador la eliminación de tal derecho. Igualmente, se invocar la condición más beneficiosa si el convenio colectivo otorga más derechos de los estipulados en el contrato de trabajo. Finalmente, no existe una posición unánime en la doctrina en el caso que este supuesto se dé entre normas del mismo rango.

³¹ PLA RODRÍGUEZ, Américo (1998). Ob. Cit. 61.

b) Principio de irrenunciabilidad de derechos

Se trata de la imposibilidad legal del trabajador a renunciar a los derechos establecidos en su favor, tanto por la Constitución, la ley y los convenios, lo que constituye una base firme donde se asienta el derecho del trabajo. Es alrededor de este principio que se ha constituido la no disponibilidad, por parte del trabajador, y la obligación del empleador de respetar su contenido, teniendo en cuenta que las normas laborales están dotadas de un mandato imperativo.

La Constitución peruana establece en su artículo 26^o, inciso 2 la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. No dice nada acerca de los convenios colectivos que es una fuente fundamental del derecho de trabajo. Consideremos que debió haberlo precisado.

c) Principio de continuidad de relaciones laborales

Cuando hablamos del contrato de trabajo como base para ingresar al derecho del trabajo, no nos estamos refiriendo a un contrato similar al contrato establecido en el Código Civil, que busca proteger los intereses personales de los contratantes y en ese sentido se busca su fiel cumplimiento.

En el derecho laboral, como manifiesta Zavala³², se usa “un esquema distinto en el cual el empleador y el trabajador ponen fin a la relación laboral solamente cuando se produzcan circunstancias que hagan imposibles o incompatibles las relaciones entre las partes. Desde esta perspectiva, la relación laboral continua en tanto el trabajador no manifieste en la forma prevista por la ley su voluntad de extinguir el contrato de trabajo; así como el empleador no podrá dar por terminada la relación laboral a no ser por una causal establecida por la ley.

³² ZAVALA RIVERA, Alejandro (2011). Ob. Cit. p. 18

d) Principio de primacía de la realidad

Este principio opera cuando se produce en discrepancia entre los hechos y aquello que ha sido declarado en los documentos. Por ello, por el principio de la primacía de la realidad, como manifiesta Toyama³³, “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos suscritos entre las partes, deba otorgarse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”.

Esta tarea es cada vez más frecuente en la medida que van apareciendo situaciones de simulación con el propósito de apartar las relaciones de trabajo del ámbito del derecho laboral, para ubicarlas en ámbitos distintos que no reconocen beneficios laborales.

Tal sucede, por ejemplo con contratos parecidos al contrato de trabajo como son la locación de servicios, los servicios no personales, la locación de obra, el contrato de intermediación o de tercerización.

e) Principio de razonabilidad

Para entender este principio, debemos entender que la razonabilidad consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón. Se trata de una especie de límite o de freno formal y elástico al mismo tiempo, aplicable en aquellas áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en otro y, sobre todo, donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles.

Las relaciones en el derecho laboral son muy conflictivas, por lo que surge para ambas partes la necesidad de la razonabilidad para

³³ TOYAMA MIYAGUSUCO, Jorge (2011). Derecho Individual de Trabajo. Lima: Gaceta Jurídica. p. 71.

poner fin a esa conflictividad. Por eso, en la práctica, significa que debe existir razonabilidad en las pretensiones de los trabajadores, al igual que en el ofrecimiento de los empleadores. La razonabilidad los acerca a ambas partes para encontrar la solución. Por el contrario, lo irrazonable sirve para agudizar el conflicto por lo que las partes empleador y trabajador deben buscar la forma más razonable arreglar los problemas evitando por ejemplo las huelgas, tomas de locales, paros, etc.

f) Principio de buena fe

Siendo las relaciones de trabajo de carácter personal y sinalagmático, de por medio está la conducta de los trabajadores y empleadores quienes tienen la obligación de actuar de buena fe, que implica lealtad, honestidad y honradez en el cumplimiento de sus obligaciones.

En tal sentido, el trabajador debe cumplir con su labor prestando sus servicios de la mejor manera; por su parte, el empleador debe abonar todos los derechos que le corresponde a la otra parte.

En ese sentido, el trabajador que debiendo producir, no lo hace, afecta el principio de la buena fe, como también, el empleador actúa de mala fe cuando mediante simulación, sale de los alcances del contrato laboral.

g) Principio de no discriminación

Ningún empleador puede tratar desigualmente a trabajadores iguales o a la inversa. Como señala Carrillo³⁴, está proscrita la discriminación directa o indirecta por razón de sexo, raza, origen, religión, opinión, idioma, estado civil, responsabilidades familiares, edad, discapacidad, ser portador del VIH/SIDA, condición económica o de cualquier otra índole.

³⁴ CARRILLO GONZALES, VÍTOR (2008). Legislación Laboral. Material de Estudios Profesionales. Lima: Universidad Ricardo Palma. P. 10.

No constituyen discriminación las acciones positivas adoptadas por el Estado destinadas a lograr una igualdad efectiva entre diversas colectividades que tengan notorias desigualdades materiales. Está previsto en el artículo 2.2 de la Constitución Política del Estado.



CAPITULO III

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ANALISIS DEL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LAS MYPES

3. EL PRINCIO DE IGUALDAD

3.1. CONCEPTUALIZACION DE LA IGUALDAD

La Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su artículo 1° que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, haciéndonos ver que todos los seres humanos somos iguales, al menos en cuanto a derechos se trata, por lo que el trato igualitario en nuestros derechos es exigible frente al Estado.

A nivel de nuestra legislación nacional, la igualdad como derecho fundamental está prevista en el inc. 2 del artículo 2° de nuestra Constitución³⁵, que señala que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, que nadie puede ser objeto de discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Como señalan Walter Gutiérrez y Juan Manuel Sosa³⁶, la esencia de la igualdad no se revela por su significado literal, por la expresión que la contiene. Cuando nos preguntamos qué es la igualdad advertimos que

³⁵ “Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”

³⁶ GUTIERREZ CAMACHO, Walter y SOSA SANCIO, Juan Manuel (2013). “Igualdad ante la Ley”. En: Constitución Comentada. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica. p. 98.

se trata de una noción indeterminada, una palabra a la que debe dotarse contenido en cada contexto, y que por sí sola es una expresión vacía. Por eso, “decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa (...) si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿Igualdad entre quiénes?, y b) ¿Igualdad en qué?”³⁷.

En ese sentido, como señala García Toma³⁸, “la igualdad no puede ser considerada como un derecho autónomo sino relacional, el cual opera en cuanto se vincula con el goce de los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales”. Por lo que, la igualdad, al actuar relacionalmente, “permite disfrutar de un derecho luego de la comparación que una persona efectúe con referencia a otro en lo relativo a dicho goce”.

Así también ha señalado el Tribunal Constitucional³⁹, cuando nos dice que “la naturaleza jurídica de la igualdad reposa en una condición o presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales. Por ende, no es un derecho autónomo, sino relacional. Es decir, funciona en la medida que se encuentra conectado o ligado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales”. En otras palabras, “la igualdad garantiza el ejercicio de un derecho relacional. Es decir, funciona en la medida que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente,

³⁷ BOBBIO, Norberto (1993). Igualdad y libertad. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, SA. I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona. pp. 53-54.

³⁸ GARCIA TOMA, Víctor (2008). “Derecho a la Igualdad”. En Revista Institucional N° 8 de la Academia de la Magistratura. p. 111

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0018-2003-PI/TC. Fundamento Jurídico 2.

opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan”⁴⁰.

Cabe anotar, entonces, concordando con Walter Gutiérrez y Juan Manuel Sosa⁴¹, que “la igualdad puede reconocerse como un principio o revelarse como un derecho fundamental que exige respeto, sirviendo en el primer caso como pauta para examinar la afectación de diversos bienes constitucionales y, en el segundo, como un derecho pasible de reclamación y protección individual”.

3.2. LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO Y COMO DERECHO

La igualdad recogida en el numeral 2) del artículo 2 de nuestra Constitución Política, no solo es un Derecho Fundamental sino a la vez es un Principio rector de todo el ordenamiento jurídico del Estado. Estas dimensiones del derecho a la igualdad ha sido recogida por nuestro Tribunal Constitucional⁴², quien ha señalado diciendo que la igualdad “como principio rige la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho, y como derecho implica el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona”.

En otra sentencia ha señalado que la igualdad “en cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional: la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0261-2003-AA/TC. Fundamento Jurídico 3.1.

⁴¹ GUTIERREZ CAMACHO, Walter y SOSA SANCIO, Juan Manuel. Ob. Cit. p. 100.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0004-2006-PI/TC. Fundamento Jurídico 116.

discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes. Una cuestión de vital trascendencia con respecto al principio de Igualdad, es que ha quedado clara la proscripción de todo trato discriminatorio, mas no así el tratamiento diferenciado, que bajo ciertos esquemas y parámetros es permitido, pues no se debe perder de vista que no todo trato diferente ostenta la característica de ser discriminatorio. La discriminación se produce cuando ese trato diferente carece de razones que lo justifiquen”⁴³.

En tal sentido, el principio a la igualdad constituye un límite objetivo al poder público, y como derecho se integra en el patrimonio jurídico de la persona, quién individualmente puede exigir su respeto ante los tribunales. Como principio, constituyéndose en “uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad”⁴⁴, puesto que constituye la base o cimiento de una norma, que procura no solo la correcta interpretación o aplicación de una norma o ley, sino también busca el bienestar de la sociedad mediante la equidad y la justicia. Como derecho, la igualdad “implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que este lo respete, proteja o tutele”⁴⁵, por lo que, no todos pueden hacer valer su derecho de igualdad frente a otros o frente al Estado, pues su aplicación y ejercicio dependerán de la situación jurídica en la que se encuentre cada persona.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0027-2006-PI/TC. Fundamento Jurídico 4.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 0606-2004-AA/TC. FJ.09.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 0606-2004-AA/TC. FJ.09.

Como señala Belleza Salazar⁴⁶ el principio de igualdad debe ser entendida como la protección de toda diferenciación que, no tenga por objeto una causa objetiva; de este modo, podemos sostener que el principio de igualdad manda a tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, frente a dos situaciones comparables. Con lo cual este principio, rector en todo Estado de Derecho, no se convierte en un agente homogenizador.

3.3. CLASIFICACIÓN DE LA IGUALDAD

3.3.1. IGUALDAD FORMAL

La igualdad es uno de los derechos y principios más importantes sobre el que se erige nuestro sistema jurídico, siendo el pilar de nuestras normas, doctrina y jurisprudencia. Pese a que es un excelente mecanismo por el que se invoca protección frente a las desigualdades en nuestra sociedad y en el mundo jurídico, debemos resaltar que no debe tomarse como un concepto absoluto, puesto que invocar el derecho de igualdad en sentido estricto, constituiría cerrar los ojos a otras condiciones o situaciones en las que no es posible que la ley sea aplicable a todos por igual.

Por ello se habla de diversas manifestaciones de la igualdad. Como señala Landa Arroyo⁴⁷, el derecho a la igualdad se concretiza tanto en la igualdad ante la ley, en la ley y en la aplicación de la ley. El primero de ellos – igualdad ante la ley – quiere decir que la norma, como disposición abstracta, general e

⁴⁶ BELLEZA SALAZAR, Mariela (2010). “El principio de igualdad y su incidencia de género en el derecho Laboral”. En: Principios laborales en la Jurisprudencia Constitucional. Lima: Ediciones Caballero Bustamante. p. 48.

⁴⁷ LANDA ARROYO, César. Los principios Tributarios en la Constitución de 1993. En Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Moller. p. 43.

intemporal, debe tratar a todos por igual; la igualdad en la ley implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos jurídicamente iguales, y que cuando ese órgano considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer, para ello, una fundamentación suficiente y razonable; la igualdad en la aplicación de la ley supone que ésta sea interpretada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador de la norma pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas”.

a) Igualdad ante la ley.- Como señala el Tribunal Constitucional por la igualdad ante la ley “(...) la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma”⁴⁸.

A este respecto, existen normas que señalan que todo ciudadano debe contribuir al fisco mediante impuestos y otras cargas establecidas por ley. Sin embargo, no todos los ciudadanos están en las posibilidades de hacerlo y con ello no nos referimos a que no deberían contribuir, sino que el pago de impuestos debe quedar supeditado en función a la posición social y económica en la que se encuentre el ciudadano, es decir, que la recaudación de impuestos se debe establecer no en base a la ley sino en base a la capacidad contributiva de cada ciudadano.

b) Igualdad en la Ley.- En principio todos y cada uno de nosotros debemos ser tratados por igual, más en la práctica

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fj. 60

resulta necesaria que hagamos ciertas diferenciaciones al momento de aplicar la norma.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que “desde la perspectiva de quien se considera afectado en su derecho a la igualdad “en la ley”, no basta alegar la existencia de una determinada circunstancia que lo asemeja a quien pretende utilizar como término de comparación, sino que es necesario incidir en la ausencia de un criterio razonable que permita diferenciarlos en atención a la materia que es regulada por la norma; y, desde la perspectiva de quien considera legítima una determinada diferenciación legal, no bastará incidir en un criterio accesorio o inocuo de distinción, sino en la existencia de una diferencia objetiva y esencial a la luz de la materia regulada por la norma”⁴⁹

En similar sentido se manifiesta Enrique Álvarez Conde, cuando dice que “la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribire todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable”⁵⁰.

Conforme a lo señalado, si bien toda persona es igual ante la ley, no se hace referencia a una igualdad absoluta sino a una igualdad relativa, en la que existe un trato de igualdad a los

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0001-2004-AI, FJ. 47

⁵⁰ ÁLVAREZ CONDE, Enrique (2003). Curso de Derecho Constitucional. Vol I. Cuarta Edición. Madrid: Tecnos. pp. 324-325.

iguales y de desigualdad a los desiguales, y no por ello se habla de discriminación o inequidad, por lo que, no en todos los casos ésta se verá afectada a no ser que ese trato desigual se lleve a cabo sin sustento o argumento justo o arreglado a derecho.

En ese sentido, mediante el Régimen Laboral especial de las Mypes se estaría haciendo una diferenciación sin motivos objetivos, por lo que el Estado sí estaría afectando el derecho a la igualdad en la ley de los Trabajadores de las Mypes, pues el trabajo que efectúa un trabajador del régimen laboral Mype y uno de régimen Laboral General es lo mismo, lo único que los diferencia en la práctica es el contrato o el régimen al que se encuentran prestando sus servicios.

c) Igualdad en la aplicación de la ley.- A este respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que en la aplicación de la ley, los órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos, “han de aplicar por igual a cuantos se encuentren en una misma situación, quedando proscritas, por tanto, diferenciaciones basadas en condiciones personales o sociales de sus destinatarios, salvo que estas se encuentren estipuladas en la misma norma. Impone, pues, **una obligación a todos los órganos públicos de no aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares.** Esta dimensión del derecho a la igualdad vincula, esencialmente, a los órganos administrativos y jurisdiccionales, los que son los llamados a aplicar las normas jurídicas”⁵¹.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1279-2002-AA, Fj. 2.

En ese sentido, la igualdad en la aplicación de la ley, se configura como límite al proceder de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos. Quienes, al momento de aplicar la ley no deben atribuir una consecuencia jurídica diferente a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley⁵².

3.3.2. IGUALDAD MATERIAL

a) Igualdad de trato.- En nuestra sociedad al igual que otras en el mundo, existe discriminación o trato desigual, racismo uno respecto de otros, a través de la búsqueda de empleo, por pertenecer a diferentes grupos sociales o étnicos o por tener otra nacionalidad, lo cierto es que se presentan en mayor, igual o menor medida.

En el caso de los trabajadores del Régimen Privado, existen 02 formas de acceder a ella. El primero, es ser contratado mediante el Régimen laboral General y la segunda es poder ser contratado mediante el Régimen Laboral especial, por ejemplo el de las Mypes. En este caso, si la misma persona se presentara para ambas situaciones, tendría prácticamente la misma forma de selección de personal, pero si alcanza el puesto de trabajo no tendrá los mismos beneficios en los dos, en el Régimen General obtendrá más beneficios y derechos

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0004-2006-PI/TC. FJ. 123.

que en el régimen especial. Lo cual es vulneratorio de los derechos laborales a todas luces.

Al respecto, el máximo intérprete de la Constitución, tajantemente ha señalado que “el principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral, el cual específicamente hace referencia a la **igualdad ante la ley**. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo”⁵³.

b) Igualdad de Oportunidades.- El principio de igualdad de oportunidades como derivado del principio de igualdad, tiene su fundamento en la Constitución y en normas de carácter laboral. Su mención más que necesario resulta fundamental para el tema que nos compete puesto que parte del problema materia de estudio radica en la no aplicación efectiva de dicho principio.

Jorge Toyama sobre igualdad de trato y de oportunidades señala que esta “es una de las piezas fundamentales en la sociedad, y a través de él las personas tienen derecho a no sufrir un trato arbitrario por razones ideológicas, políticas, raciales, religiosas o sexuales”⁵⁴.

Como es de público conocimiento, las normas que regulan el régimen Laboral Mype, no guarda relación ni es acorde a las leyes laborales previstas tanto en dispositivos internacionales como en nuestra Constitución Política, puesto que transgrede

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 008-2005-PI/TC. FJ. 135.

⁵⁴ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge (2006). “Derecho Fundamentales de los Trabajadores y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: “Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Jurisprudencia Constitucional”. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Nacional. p. 172

normas y principios laborales como el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación.

Lo dicho se ampara en los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional sobre la materia. Entre ellos destaca, la referencia sobre el contenido del principio a la igualdad de oportunidades, sobre el cual el colegiado ha expresado que tal principio “hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral. En puridad, plantea la plasmación de la isonomía en el trato previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley”⁵⁵.

De ello se desprende que la igualdad de oportunidades es un factor fundamental en el ámbito del derecho pues a través de este principio los trabajadores tienen la posibilidad de defenderse frente a cualquier trato o acto discriminatorio suscitado en un centro laboral, en la que un trabajador es tratado de manera desigual frente a otros de su mismo entorno pese a laborar bajo las mismas condiciones o circunstancias pero con diferentes o reducidos beneficios laborales.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha referido que “la igualdad [de oportunidades laborales] se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 008-2005-PI/TC. FJ. 22.

las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones”⁵⁶.

En otras palabras, este principio es un mecanismo por el cual se evita que un trabajador sea tratado de manera desigual frente a una misma situación laboral. Sin embargo, la vigencia del régimen especial Mype propicia la desigualdad entre trabajadores evidenciándose además un acto discriminatorio.

3.4. EL MANDATO DE NO DISCRIMINACIÓN LABORAL

El mandato de no discriminación es recogido por el numeral 2 del artículo 2 de nuestra Constitución que señala que “nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. De igual manera, en el campo laboral el artículo 26, inciso 1) de la misma Carta Magna se regula como uno de los principios de toda relación laboral la “igualdad de oportunidades sin discriminación”.

De modo que en una relación laboral, en principio, nadie debe ser discriminado, sin embargo puede haber algunos motivos que justifiquen ciertas diferenciaciones que no sean discriminatorios.

A nivel doctrinal se señala que la discriminación en el campo laboral se presenta cuando se dan “medidas aparentemente neutras sobre el colectivo, en proporción mayor que sobre los demás. Se trata de decisiones que se aplican por igual a todos, pero como entre ellos hay grupos que en los hechos tienen ventajas sobre otros, ocasiona efectos diversos”⁵⁷. Un ejemplo de esta medida aparentemente neutra se da cuando se convoca a trabajadores para ocupar un puesto de operario de limpieza de una clínica, estableciendo como requisito una estatura

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2510-2002-AA/TC. FJ. 2.

⁵⁷ NEVES MUJICA, Javier (2009). Introducción al Derecho Laboral, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica. p 113

de 1.80 m, con lo que en la práctica se estaría discriminando a las mujeres, pues de alguna manera en el común de los casos son pocas las mujeres que lleguen a esa estatura y para el puesto que se convoca.

Respecto al mandato de no discriminación el Tribunal Constitucional⁵⁸ ha establecido que “la discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas , las políticas y los actos del empleador , excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de piel o la orientación sexual, entre otros motivos, sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral. Por ejemplo, los anuncios de ofertas de empleo en los que se excluye a los aspirantes mayores de cierta edad, o determinado color de piel o complexión física, es una forma de discriminación directa.

Por otro lado la discriminación indirecta se da cuando ciertas normas jurídicas , políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionalmente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que estos cumplan o no con los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate , pues la aplicación de una misma condición , un mismo trato o una misma exigencia , no se les exige a todos por igual. Por ejemplo el supeditar la obtención de un puesto de trabajo al dominio de un idioma en particular cuando la capacidad lingüística no es requisito indispensable para su desempeño es una forma de discriminación indirecta por razón de la nacionalidad o la etnia de origen. También puede haber discriminación indirecta cuando se dispensa un trato diferenciado a categorías específicas de trabajadores, traducida en

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 05652-2007-PA/TC. FJ. 44-45.

menores prestaciones sociales o remuneraciones, siempre que este no se realice sobre fundamentos objetivos y razonables”.

3.5. DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y DISCRIMINACIÓN NEGATIVA

Debemos tener en cuenta que no todo trato diferenciado es discriminatorio, pues allí donde hay elementos objetivos y razonables (diferencias) para distinguir o tratar de manera distinta no hay discriminación. Como señala Ferrajoli⁵⁹ “las diferencias —sean naturales o culturales— no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las desigualdades —sean económicas o sociales— son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas identidades de cada persona; las segundas, a formar las diversas esferas jurídicas”

El examen del derecho a la igualdad nos conduce, necesariamente, a delimitar escenarios frente a normas o situaciones para determinar si estamos frente a una discriminación positiva o negativa. La primera validará los efectos de la conducta normativa o fáctica sometida a control, en tanto que la segunda significará una desaprobación.

La discriminación propiamente dicha no resulta en propiedad un término peyorativo, en tanto podemos argüir efectivamente dos tipos de discriminación: una positiva y otra negativa. Así ha señalado el tribunal Constitucional⁶⁰ cuando nos dice que “estas precisiones deben

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi (1999). Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta. p. 82.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02835-2010-PA/TC, caso Empresa Pesquera San Fermín S.A. FJ. 41.

complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por lo tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”.

La discriminación negativa es la que presenta una vinculación estrecha al concepto de arbitrariedad, dado que –en esencia– la discriminación negativa significa diferenciar irrazonablemente entre iguales, a pesar de que reúnen las mismas características respecto a una condición jurídica que es determinantemente similar entre dos personas. Existe arbitrariedad en una distinción cuando de iguales se trata, sin aportar mayor fundamento al respecto.

Por otra parte, como señala Edwin Gutarra⁶¹, el tratamiento igual entre iguales se justifica plenamente, pues la dispensa de trato representa condiciones sustantivamente congruentes entre iguales. De la misma forma, el tratamiento desigual entre desiguales parte de una noción diferenciadora sustantiva, en razón de que no existe un referente común entre dos extremos de una comparación y, por lo tanto, debemos subordinar el análisis de la controversia desde una perspectiva diferenciadora que a su vez se construye desde una noción de ausencia de elementos comunes.

⁶¹ FIGUEROA GUTARRA, Edwin (2012). Dimensiones del derecho a la igualdad: avances y retrocesos ¿Entre Escila y Caribdis? En: Gaceta Constitucional N° 59. Lima: Gaceta Jurídica. p. 291.

A este respecto el Tribunal Constitucional⁶² se ha pronunciado diciendo “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o las circunstancias en las que un sujeto se encuentre, sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual. Por lo tanto, el problema es determinar qué tratos diferenciados son constitucionalmente admisibles, lo que deberá de analizarse en cada caso concreto conforme al test de razonabilidad y proporcionalidad”.

En ese sentido, como señala Robert Alexy⁶³ “si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual (...), si no hay una razón suficiente para un tratamiento igual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”.

De modo que, podemos señalar que la discriminación positiva no es contraria a derecho, en razón de que aborda un enfoque de diferenciación en tanto existen condiciones que identifican diferencias entre las personas sujetas a un examen de igualdad y, por lo tanto, en esa labor de identificación respecto a si existen o no desigualdades, al juez le será exigible entender que existen condiciones justificadas que diferencian a las personas. Sobre esa base de raciocinio, aplicar discriminación positiva o diferenciación ya no implica un rango de arbitrariedad, sino una necesaria distinción en función, como señalamos, a condiciones diversas que identifican a las personas o condiciones sujetas a un examen de igualdad.

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 000606-2004-AA/TC, caso Víctor Otoya Petit. FJ. 11.

⁶³ ALEXY, Robert (2002). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. pp. 395-396.

De modo que, las diferencias deben ser tuteladas y valorizadas por el principio de igualdad formal frente a discriminaciones o privilegios y como tales merecen una especial atención de parte del legislador para relevarlas; por otro lado, las desigualdades deberían ser removidas o al menos reducidas por la igualdad sustancial a la que apunta la garantía y ejercicio de los derechos fundamentales sociales.

3.6. CAUSA DE LA DIFERENCIA DE TRATO LEGISLATIVO, DEL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LAS MYPES

El artículo 1 del Decreto Supremo 007- 2008-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE, señalaba: “La presente Ley tiene por objetivo la promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas empresas para la ampliación del mercado interno y externo de éstas, en el marco del proceso de promoción del empleo, inclusión social y formalización de la economía, para el acceso progresivo al empleo en condiciones de dignidad y suficiencia”.

En ese mismo sentido, el artículo 41 de dicha normativa establecía: “créase el Régimen Laboral Especial dirigido a fomentar la formalización y desarrollo de la Mype, y mejorar las condiciones de disfrute efectivo de los derechos de naturaleza laboral de los trabajadores de las mismas”.

Actualmente el Decreto Supremo 007-2008-TR ha sido modificado y reemplazada por el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, la misma que en su artículo 1° señala: “La presente ley tiene por objeto establecer el marco legal para la promoción de la competitividad, formalización y el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME),

estableciendo políticas de alcance general y la creación de instrumentos de apoyo y promoción; incentivando la inversión privada, la producción, el acceso a los mercados internos y externos y otras políticas que impulsen el emprendimiento y permitan la mejora de la organización empresarial junto con el crecimiento sostenido de estas unidades económicas”.

Asimismo, en su artículo 46 esta norma señala que “la presente Ley se aplica a todos los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que presten servicios en las micro y pequeñas empresas, así como a sus conductores y empleadores”, el cual es concordante con el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1086, Decreto Legislativo que modifica a la Ley 28015, la Ley Mype, del cual era su TUO el Decreto Supremo 007-2008-TR, actualmente derogado.

En ese sentido, de la revisión conjunta de las normas reseñadas se advierte que el legislador ha establecido diferencias de trato legislativo justificando el mismo en alcanzar objetivos promocionales de formalización y desarrollo, argumento que es aceptado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 58° y 59° de la Sentencia expedida en la Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley del Régimen Laboral Especial Agrario, donde señaló: “el derecho al trabajo supone una adopción por parte del estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado” “el acceso a un puesto de trabajo como parte del contenido esencial del derecho al trabajo, implica un desarrollo progresivo, lo que significa que existe una obligación estatal de promover las condiciones para el acceso al trabajo. En efecto así lo dispone el artículo 58 de la Constitución cuando establece que el Estado actúa en el área de promoción del empleo”

Si bien como el Tribunal Constitucional en su último fundamento señala que el Estado tiene el rol promotor del acceso al empleo por lo que debe adoptar medidas legislativas temporales de carácter promocional, que tengan como objeto combatir el trabajo no declarado, no se justifica y es cuestionable que para alcanzar este objetivo se legitime la rebaja de los derechos laborales de los trabajadores del Régimen Laboral Especial de las Mypes, disminución que no tiene causa objetiva porque como comentamos las actividades realizadas por las empresas que se adscriben al Régimen Laboral especial no son diferentes a las realizadas por las empresas a las cuales se les aplica el régimen laboral común.

Los requisitos que señala el Artículo 5º del TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, que establece que para que una empresa pueda acogerse a la microempresa debe tener un nivel de ventas anuales no mayor a 150 UIT (S/.577 500.00). Mientras, que para tener la calidad de una Pequeña Empresa, debe tener un nivel de ventas anuales no menor de 150 UIT ni mayor a 1700 UIT (S/.6 545 000.00). Como puede verse, sólo toma en cuenta el factor económico, lo cual es un criterio facilista para justificar la reducción de los beneficios laborales de los trabajadores que laboran en las empresas que se acojan a este régimen, considero además que es necesario tener criterios técnicos que nos permitan justificar esta reducción de beneficios, en todo caso si el objetivo de la ley es formalizar el empleo, esta medida debe ser temporal y no permanente como si lo es la ley actual que regula el Régimen Laboral de la Mypes, con lo cual la vulneración de los derechos de los trabajadores que se encuentra en este régimen resulta contrario a los derechos fundamentales del trabajador.

4. TEST DE IGUALDAD Y EL RÉGIMEN LABORAL DE LAS MYPES

4.1. TEST DE PROPORCIONALIDAD

Como señala Neves Mujica “la igualdad exige una verificación de hecho, para comparar individuos y determinar si su situación es semejante o no, y después reclama un trato correspondiente a lo comprobado. De este modo el trato no puede ser desigual para los iguales ni igual para los desiguales”⁶⁴.

Conforme al Tribunal Constitucional⁶⁵ el Test de Igualdad (Razonabilidad o Proporcionalidad), es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad.

El test se realiza a través de tres subprincipio: Subprincipio de idoneidad o de adecuación, subprincipio de necesidad y subprincipio de proporcionalidad stricto sensu.

a) SUBPRINCIPIO DE IDONEIDAD O DE ADECUACIÓN.

De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

⁶⁴ NEVES MUJICA, Javier (2009). Ob. Cit. p. 134.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 0048-2004-PI/TC. Fundamento Jurídico 65.

Cianciardo⁶⁶ nos dice que el principio de adecuación o idoneidad, exige de una medida, primero, que tenga un fin, y segundo, que sea adecuada para el logro de ese fin. Es decir, que sea capaz de causar su objetivo.

Bernal Pulido⁶⁷ señala que este examen exige el cumplimiento de dos exigencias: en primer lugar, un fin legítimo y, en segundo lugar, que la medida sea idónea para favorecer su obtención.

En ese sentido, el examen de adecuación se aplica para determinar si la limitación a un derecho sirve para alcanzar la finalidad perseguida por la medida. Si la finalidad de la decisión se fundamenta o deriva de la Constitución, no contradice el texto constitucional y mantiene algún tipo de relación con la restricción ocasionada en el derecho, va a ser considerada adecuada⁶⁸.

b) SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD

Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

⁶⁶ CIANCIARDO, Juan (2004). El principio de Razonabilidad. p. 62.

⁶⁷ BERNAL PULIDO, Carlos (2003). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. p. 736.

⁶⁸ Véase CANDELA ROSAS, Martín (2010). “La aplicación del principio de la buena fe como criterio de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores”. En: En: Principios laborales en la Jurisprudencia Constitucional. Lima: Ediciones Caballero Bustamante. p. 35.

Este examen es aplicado para determinar, respecto a la medida que limita un derecho, que no exista otra medida igualmente efectiva y adecuada que suponga una menor restricción para el derecho. De esta manera, si la medida alternativa es menos gravosa para el derecho afectado e igualmente efectivo en comparación con la elegida por el legislador, deberá adoptarse aquella antes que la medida original. Así, el examen de necesidad exige que cualquier intervención deba dirigirse a dejar las mayores posibilidades de ejercicio al derecho afectado⁶⁹.

c) SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD STRICTU SENSU.

Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.

Es aplicado para determinar que el instrumento o medio para alcanzar un determinado objeto no sea irrazonable en sus relaciones recíprocas. Este principio se examina mediante la confrontación entre el objeto de la intervención y el efecto que tiene esa intervención en el derecho fundamental.

De esta manera, como señala Casa Baamonde⁷⁰, el juicio de ponderación (o razonabilidad) trata de preservar el necesario equilibrio entre los derechos del trabajador y las obligaciones

⁶⁹ Véase CANDELA ROSAS, Martín (2010). Ob. cit. p. 35.

⁷⁰ CASAS BAAMONDE, María Emilia (2004) ¿Una nueva constitucionalización del derecho del trabajo? En: Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica. N° 1. Madrid. p. 137.

por él asumidas como consecuencia del contrato de trabajo y, consiguientemente, el correcto y ordenado desenvolvimiento y satisfacción de los intereses empresariales; entre las necesidades de eficiencia y de competitividad de la empresa y los valores personales de que es portador el factor trabajo por expreso reconocimiento de las prescripciones constitucionales. Por todo ello, Sanguinetti Raymond⁷¹, que las limitaciones o restricciones impuestas a los derechos fundamentales serán contrarias a la Constitución cuando sean: a) inadecuadas, por no ser aptas para conseguir el objetivo propuesto; b) innecesarias, por existir otras medidas susceptibles de conseguir el mismo objetivo sin obstaculizar su ejercicio; y c) excesivas, por suponer un sacrificio desproporcionadamente amplio del derecho, en relación a la finalidad que se perseguía alcanzar, o ser posible recurrir a otros medios menos gravosos con el mismo fin.

⁷¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2003). Derechos fundamentales y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal constitucional español. En: Foro Jurídico. N° 02. Lima. p. 221.

CAPITULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. SITUACIÓN EMPRESARIAL DEL PERÚ ANTES DE LA CREACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL DE LAS MICROEMPRESAS

La economía de un país está prácticamente marcada por la cantidad y la calidad de sus empresas. En nuestro país, teniendo en cuenta que rige el principio de libertad de empresa, coexisten una pluralidad de tipos de empresas, entre públicas y privadas, entre grandes, medianas, pequeñas y microempresas.

Las Micro y pequeñas empresas, constituyen un tema clave para el desarrollo de nuestro país, toda vez que su participación en nuestro mercado empresarial representa más del 99% de las empresas, solo que buena parte de ellos operan de manera informal. Estas empresas, como respuesta a la falta de empleo, que no ha sido satisfecha por el Estado, ni tampoco por las grandes empresas nacionales ni extranjeras, crearon su propia fuente de ingreso, agenciándose de diferentes medios, creando sus propios negocios y pequeñas empresas con el fin de autoemplearse y emplear a sus familias, luego emplear también a otros.

Por las características de la presente investigación, considero necesario evaluar primero cuál era la situación empresarial antes de que se promulgue o en tiempo de promulgación de la Ley 28015 que crea el régimen laboral especial de la microempresa, pues a partir de allí podemos extraer conclusiones respecto a los motivos de la creación de este régimen.

En nuestro caso, el régimen laboral de las microempresas fue creada mediante la Ley 28015, la misma que entre en vigencia el 04 de julio del 2003. En ese sentido, consideramos que un referente importante para ver la situación empresarial del Perú sería el año 2002.

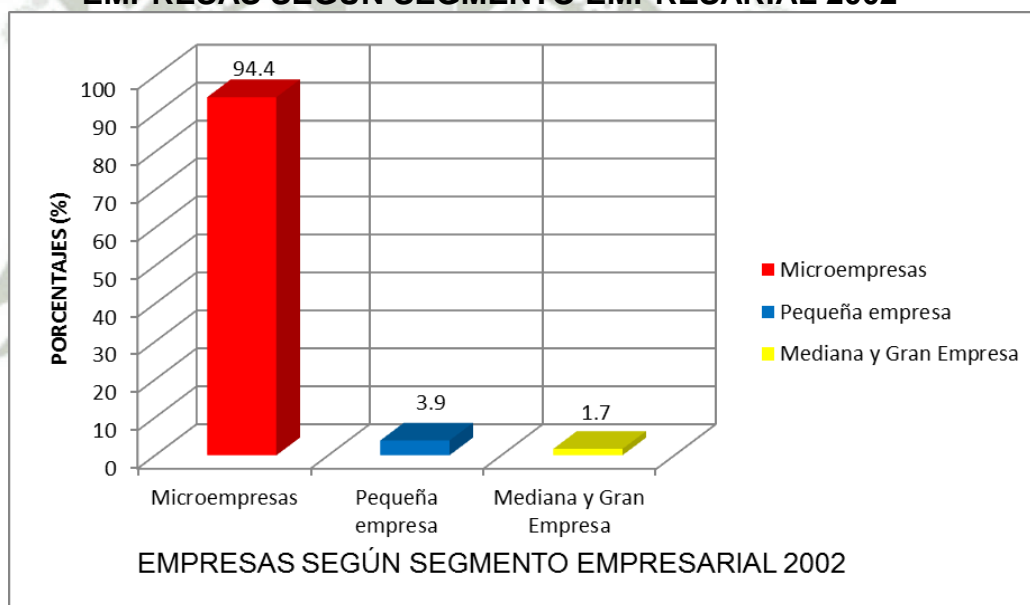
a) Las empresas en el Perú durante el año 2002

**CUADRO N° 08
EMPRESAS SEGÚN SEGMENTO EMPRESARIAL 2002**

SEGMENTO EMPRESARIAL	N	%
Microempresas	622 209	94.4
Pequeña empresa	25 938	3.9
Mediana y Gran Empresa	10 899	1.7
TOTALES	659 046	100.0

FUENTE: MTPE Encuesta Nacional de Hogares 2002-2009

**GRAFICO N° 05
EMPRESAS SEGÚN SEGMENTO EMPRESARIAL 2002**



FUENTE: Fuentes: SUNAT. Declaración de Renta 2001 - 2005 y III Censo Nacional Agropecuario (CENAGRO 1994).

Como podemos ver a partir del Cuadro N° 08, en el año 2002, el año anterior a la expedición de la Ley 28015, en el Perú había 659046 empresas, de las cuales 622209 (94.4%) eran microempresas, 25938 (3.9%) eran pequeñas empresas y 10899 (1.7%) estaban conformadas por las medianas y grandes empresas.

Ello nos hace ver que la presencia de las micro y pequeñas empresas en el año 2002 era bastante alto, pues el 98.3% de las empresas eran Mypes. Lo que significa su presencia en la economía, aportando al PBI peruano así como al empleo ha sido bastante considerable.

Las empresas a quienes nos hemos referido son empresas formales, empresas que ante el estado se encuentran registrados. Pero, hay otro sector de empresas que operan en la informalidad, de quienes nos ocuparemos líneas más abajo.

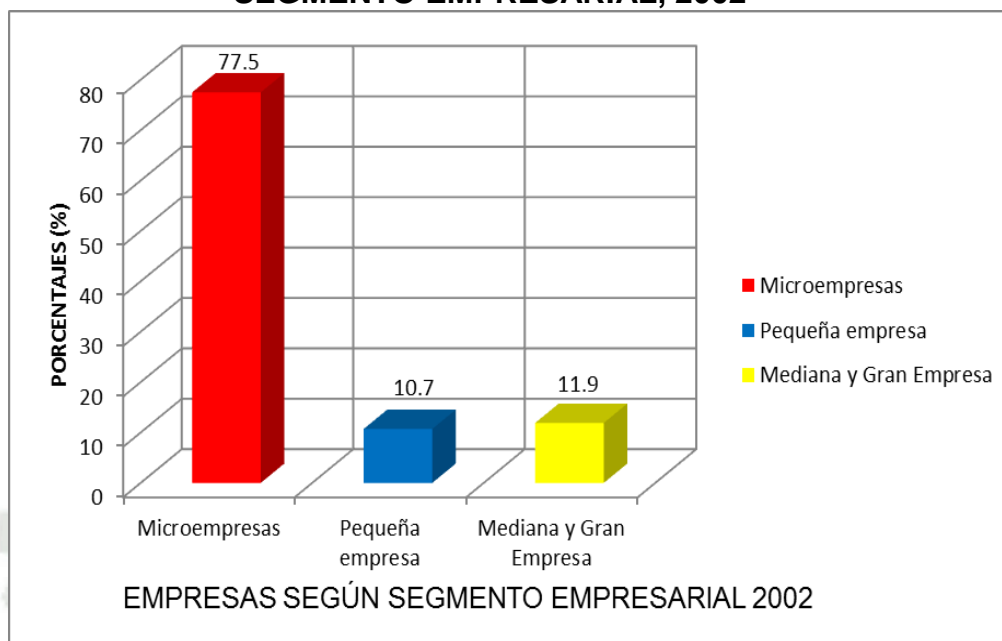
b) El empleo en las empresas del Perú durante el año 2002

**CUADRO N° 09
POBLACION ECONOMICAMENTE ACTIVA OCUPADA SEGÚN
SEGMENTO EMPRESARIAL, 2002**

SEGMENTO EMPRESARIAL	N	%
Microempresas	6 352 695	77.5
Pequeña empresa	873 687	10.7
Mediana y Gran Empresa	975 429	11.9
TOTALES	8 201 811	100.0

FUENTE: MTPE Encuesta Nacional de Hogares 2002-2009

GRAFICO N° 07
POBLACION ECONOMICAMENTE ACTIVA OCUPADA SEGÚN
SEGMENTO EMPRESARIAL, 2002



Como podemos ver a partir del Cuadro N° 09, en el año 2002, el año anterior a la expedición de la Ley 28015, de un total de 8202811 trabajadores que laboraban en el sector empresarial, 6352695 (77.5%) se laboraban en las microempresas, 873687 (10.7%) laboraban en las pequeñas empresas y 975811 (11.9%) laboraban en las medianas y grandes empresas.

La situación anterior nos hace ver que las micro y pequeñas empresas en el año 2002 constituían un factor muy importante en la generación del empleo, pues en ese año las Mypes fueron responsables del 88,2% de los empleos generados y la mediana y gran empresa aportó con 11.9% de puestos de trabajo.

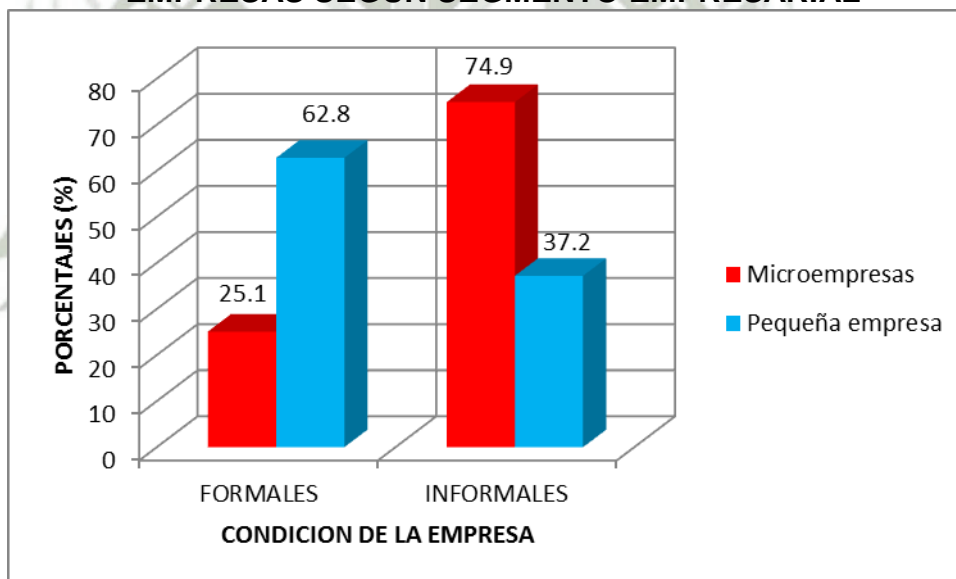
c) Formalidad e informalidad de las Mypes en el año 2004

**CUADRO N° 10
EMPRESAS FORMALES E INFORMALES EN EL 2004**

SEGMENTO EMPRESARIAL	FORMALES		INFORMALES		TOTALES	
	N	%	N	%	N	%
Microempresas	622 209	25.1	1855075	74.9	2477284	100
Pequeña empresa	25 938	62.8	15395	37.2	41333	100
TOTALES	648 147	25.8	1870470	74.2	2518617	100

FUENTE: Fuentes: SUNAT. Declaración de Renta 2001 - 2005 y III Censo Nacional Agropecuario (CENAGRO 1994).

**GRAFICO N° 08
EMPRESAS SEGÚN SEGMENTO EMPRESARIAL**



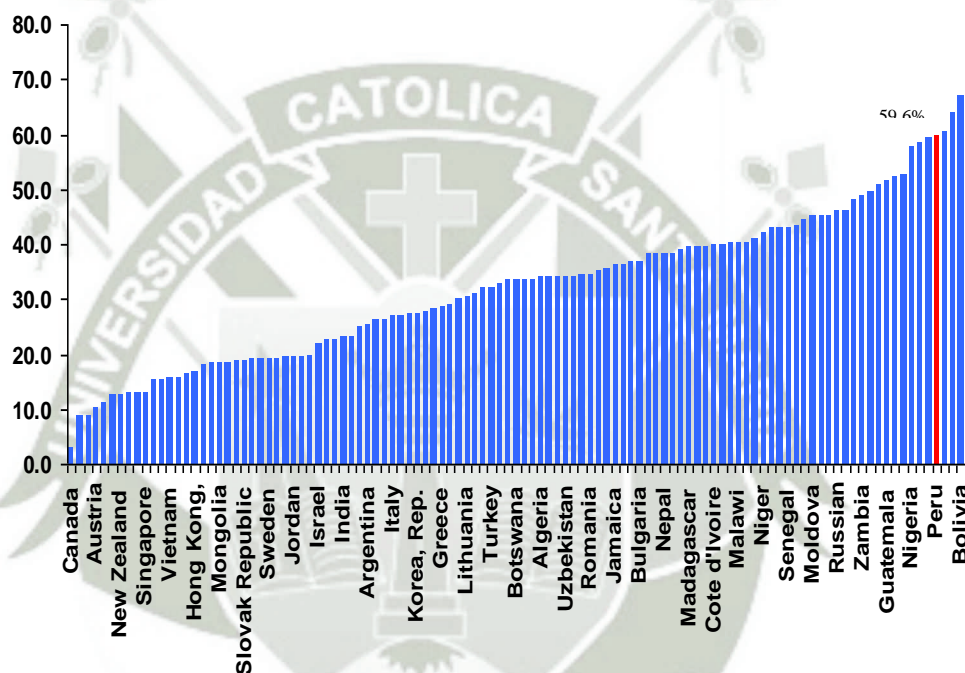
FUENTE: Fuentes: SUNAT. Declaración de Renta 2001 - 2005 y III Censo Nacional Agropecuario (CENAGRO 1994).

Como podemos ver en el Cuadro N° 10, en el año 2004, al año de haber entrado en vigencia el Régimen Laboral Especial de las Microempresas, el grado de informalidad era bastante alto. En ese tiempo se estimaba que existía 2477284 microempresas, de los cuales 1855075 (74.9%) eran informales; mientras existía un total

de 41 333 pequeñas empresas, de las cuales 15 395 (37.2%) eran informales.

A ello podemos agregar la situación de nuestro país en el entorno mundial, pues en esos años ocupábamos nada menos que el quinto lugar entre los países con elevada economía informal, por lo que nuestras actividades y transacciones informales representaban el 59.6% del PBI nacional.

GRÁFICO N° 09
NIVEL DE INFORMALIDAD EN EL PERÚ (POR % DEL PBI) – 2002.



FUENTE: Banco Mundial, Doing Business 2003.

Estos son los motivos que llevaron al gobierno de turno, con Alejandro Toledo Manrique a la cabeza, proponer diversos mecanismos para formalizar las micro y pequeñas empresas. Bajo ese contexto es que se expide la Ley 28015, con la intención de promocionar la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas empresas para incrementar el empleo sostenible, su productividad y rentabilidad, su contribución al Producto Bruto Interno, la ampliación del mercado interno y las exportaciones, y su contribución a la recaudación tributaria.

Como parte de este propósito es que se crea el régimen laboral especial de las microempresas.

A partir de los cuadros analizados, observamos que es mayor el porcentaje de las microempresas informales en relación a las pequeñas empresas informales, lo que habría motivado que nuestros legisladores inicialmente prevean este régimen laboral especial solamente para las microempresas, pues recién en el año 2008, mediante el Decreto Legislativo 1086 se amplía a las pequeñas empresas.

A pesar que existía motivos suficientes para propugnar la formalización de las microempresas, nada justificaba que esto se haga recortando los derechos laborales de los trabajadores. Los derechos laborales tienen el carácter de derechos fundamentales, por lo tanto irrenunciables, por lo que no se les puede obligar o forzar a los trabajadores a renunciar mediante una ley. Sin embargo, mediante la Ley 28015 el gobierno así lo hizo, beneficiando más a los empleadores que a los trabajadores.

Conforme al artículo 103 de la Constitución “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas”. Sin embargo, la Ley 28015 no ha creado el régimen laboral especial de las microempresas porque los trabajadores de las microempresas realizaban un trabajo diferente que los trabajadores de las medianas y grandes empresas, sino porque los empleadores, los microempresarios, tenía un poder económico distinto (menor) que los medianos y los grandes empresarios. Ello significa que este régimen se ha creado para favorecer a los empleadores, perjudicando a los trabajadores. Si el Estado realmente quisiera promocionar las microempresas, existen otros mecanismos administrativos, tributarios, financieros para apoyar a las Mypes, pero lo más fácil que ha visto es reducir los beneficios laborales, lo que afecta la situación económica de los trabajadores.

4.2. SITUACIÓN EMPRESARIAL ANTES DE LA VIGENCIA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1086.

a) La evolución de la formalidad de las microempresas

CUADRO Nº 11

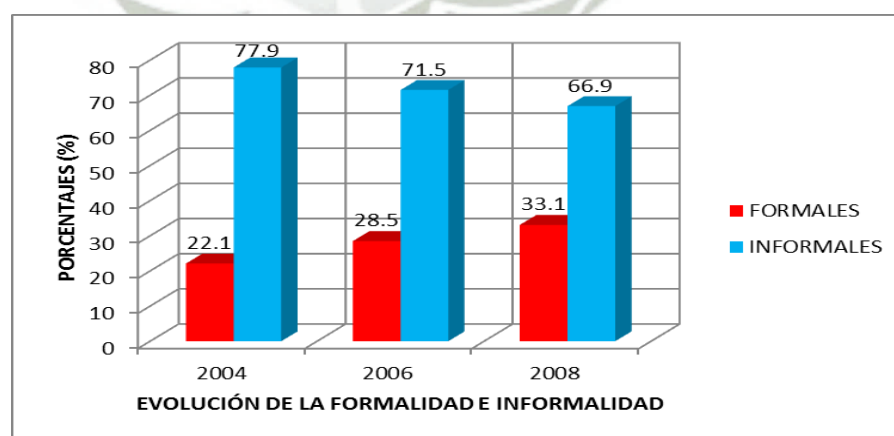
**ESTIMACIÓN DE LAS MYPEs FORMALES E INFORMALES,
ENTRE 2004 A 2008**

AÑO	FORMALES		INFORMALES		TOTALES	
	N	%	N	%	N	%
2004	648 147	22.1	2 287 349	77.9	2 935 496	100
2006	880 983	28.5	2 211 876	71.5	3 092 859	100
2008	1 119 254	33.1	2 264 071	66.9	2 264 071	100
TASA DE CRECIMIENTO	14.6%		-0.3%		3.6%	

FUENTE: MTPE – Encuesta Nacional de Hogares Sobre Condiciones de Vida y Pobreza, continúa 2004-2008

GRÁFICO Nº 10

**ESTIMACIÓN DE LAS MYPEs FORMALES E INFORMALES,
ENTRE 2004 A 2008**



FUENTE: MTPE – Encuesta Nacional de Hogares Sobre Condiciones de Vida y Pobreza, continúa 2004-2008

Como podemos ver en el Cuadro N° 11, en el año 2004 el 77,9% (2 287 349) de las unidades económicas eran Mypes informales, el año 2006 fue de 71,5%(2 211 876); y para el año 2009 la informalidad alcanzó el 66,9% (2 264 071) de las Mypes.

Entre el periodo 2004 al 2008, la tasa de crecimiento del total de las Mypes, fue de 3,6%, siendo distinto el ritmo de crecimiento de los formales e informales, la Mype formal se ha incrementado en una tasa anual de 14,6% y las MYPE informales se ha reducido a una tasa anual de 0,3% en el periodo.

En valor absoluto, se tiene la impresión que la reducción de las MYPE informales no es significativa, sin embargo efectuando un análisis en estructura (valor porcentual), se aprecia una reducción del 11,0% (de 77,9% a 66,9%) de las empresas informales en el periodo 2004 al 2008. Ello nos hace ver el avance, pero no totalmente convincente como para sacrificar los derechos laborales, tal como se está haciendo con la Ley 28015.

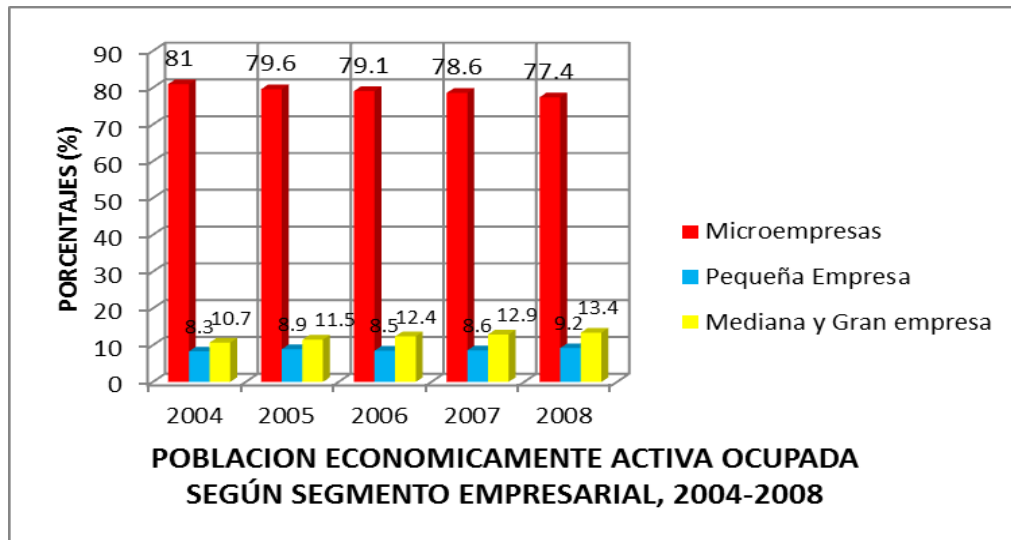
**b) Población económicamente activa ocupada según segmento
empresarial durante el 2004 al 2008**

**CUADRO N° 12
POBLACIÓN ECONOMICAMENTE ACTIVA OCUPADA SEGÚN
SEGMENTO EMPRESARIAL**

SEGMENTO EMPRESARIAL	2004	2005	2006	2007	2008
Microempresas	7 446 896	7 327 665	7 682 613	7 788 701	7 872 201
Pequeña Empresa	758 286	819 659	821952	849 945	939 046
Mediana y Gran empresa	984 105	1060 637	1 206152	1 274 515	1 364 847
TOTALES	9189 287	9 207 961	9 710 717	9 913161	10 176 094
EN PORCENTAJES					
Microempresas	81.0%	79.6%	79.1%	78.6%	77.4%
Pequeña Empresa	8.3%	8.9%	8.5%	8.6%	9.2%
Mediana y Gran empresa	10.7%	11.5%	12.4%	12.9%	13.4%
TOTALES	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%

FUENTE: MTPE Encuesta Nacional de Hogares 2002-2009

GRAFICO N° 11
POBLACIÓN ECONOMICAMENTE ACTIVA OCUPADA SEGÚN
SEGMENTO EMPRESARIAL



FUENTE: MTPE Encuesta Nacional de Hogares 2002-2009

En este caso nuestro análisis se enfocaría únicamente respecto a las microempresas. En el Cuadro N° 11 vemos que en el año 2004, las microempresas generaban un total de 7 446 896 (81.0%) de los puestos de trabajo en el sector empresarial, y para el año 2008, año en que ingresa en vigencia el nuevo régimen creado por el Decreto Legislativo 1086, las microempresas generaban 7 872 201 (77.4%) de los puestos de trabajo.

Lo anterior significa que en los 05 años se habrían incrementado un total de 425 305 puestos de trabajo en el sector de las microempresas, lo que representa un aumento del 5.7%. Es un buen indicador del avance, pero no lo suficiente como para justificar el establecimiento de un régimen especial que recorta los beneficios laborales en base a las características de los empleadores, y no de los trabajadores. Por otra parte, en el mismo cuadro vemos que en el sector de la pequeña así como de la mediana y gran empresa hubo mucho mayor un incremento de puestos de trabajo, 23.8% y 38.7%, respectivamente, sin acudir a ninguna ley especial de promoción.

4.3. LA SITUACIÓN EMPRESARIAL DURANTE EL AÑO 2009 AL 2013

a) La evolución de la formalidad de las micro y pequeñas empresas entre 2009 al 2013.

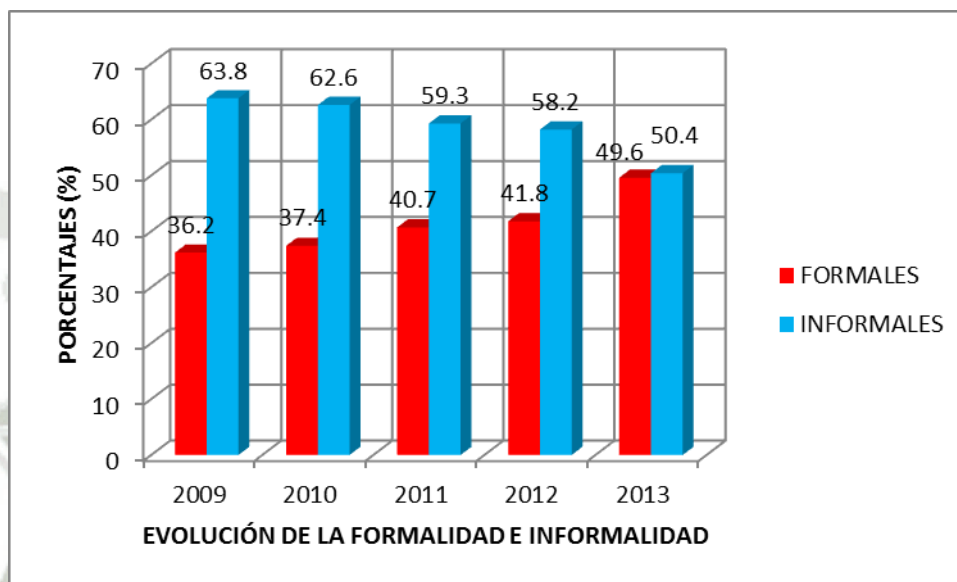
En esta parte analizaremos la evolución de la formalidad e informalidad de las Mypes durante el año 2009 al 2013, teniendo en cuenta que el régimen laboral especial establecido por la el Decreto Legislativo 1086 comienza a regir casi a los finales del año 2008, por lo que un buen referente es el año 2009, hasta el año 2013, porque en julio del 2013 el régimen laboral especial creada por el Decreto Legislativo 1086 es modificado mediante la Ley 20056, y entra en vigencia el nuevo Texto Único Ordenado de la Ley del impulso al desarrollo productivo y al crecimiento empresarial.

CUADRO N° 13
ESTIMACIÓN DE LAS MYPEs FORMALES E INFORMALES,
ENTRE 2009 A 2013

AÑO	FORMALES		INFORMALES		TOTALES	
	N	%	N	%	N	%
2009	1 126 800	36.2	1 987 973	63.8	3 114 773	100
2010	1 199 347	37.4	2 004 590	62.6	3 203 937	100
2011	1 289 107	40.7	1 880 703	59.3	3 169 810	100
2012	1 345 390	41.8	1 873 319	58.2	3 218 709	100
2013	1 518 469	49.6	1 541 992	50.4	3 060 461	100

FUENTE: MTPE – Encuesta Nacional de Hogares Sobre Condiciones de Vida y Pobreza, continúa 2009-2013

GRÁFICO N° 12
ESTIMACIÓN DE LAS MYPEs FORMALES E INFORMALES,
ENTRE 2009 A 2013



FUENTE: MTPE – Encuesta Nacional de Hogares Sobre Condiciones de Vida y Pobreza, continúa 2009-2013. PRODUCE.

Como podemos ver en el Cuadro N° 13, en el año 2009 el 63.8% (1 987 973) de las unidades económicas eran Mypes informales, el año 2010 fue de 62.6%(2 004 590), el año 2011 fue de 59.3% (1 880 703), el año 2012 fue de 58.3% (1 880 703), y para el año 2013 la informalidad alcanzaba el 58.2% (1 541 992) de las Mypes.

En el periodo 2009 al 2013, observamos que las Mypes formales se incrementaron de 36.2% a 49.6%, experimentando un crecimiento de 13.4%; mientras la informalidad ha decrecido del 63.8% a 50.4%, experimentando una disminución de 13.4%. Lo que nos hace ver que, en los 05 años, la formalidad de la Mypes ha crecido un promedio de 13%, que no es una cifra muy halagador como para sacrificar derechos laborales

como lo ha hecho el régimen laboral especial creada por el Decreto Legislativo 1086.

b) Población económicamente activa ocupada en las MIPYMES, durante 2009 al 2013.

CUADRO N° 14

POBLACIÓN ECONOMICAMENTE ACTIVA OCUPADA EN LAS MIPYMES DURANTE 2009 AL 2013

AÑOS	CANTIDAD DE TRABAJADORES	CRECIMIENTO RESPECTO AL ANTERIOR
2009	14 757 684	-
2010	15 089 871	2.2%
2011	15 307 326	1.4%
2012	15 541 484	1.5%
2013	15 683 616	0.9%

FUENTE: SUNAT, Registro Único de contribuyente 2007-2013. Concordante con estadísticas de PRODUCE-DGECOMTE

GRAFICO N° 13

POBLACIÓN ECONOMICAMENTE ACTIVA OCUPADA EN LAS MIPYMES DURANTE 2009 AL 2013



FUENTE: SUNAT, Registro Único de contribuyente 2007-2013. Concordante con estadísticas de PRODUCE-DGECOMTE

En el Cuadro N° 14 observamos que en el Perú, desde el año 2009 hasta el 2013, la evolución de puestos de trabajo en las Mipymes ha sido casi constante, en el 2009 habían 14 757 684 trabajadores ocupados en las Mipymes, en el 2010 fueron 15 089 871 trabajadores, en 2011 fueron 15 307 326 trabajadores, en el 2012 fueron 15 541 484 trabajadores y en el año 2013 fueron 15 683 616 trabajadores que se ocuparon en el entorno de las Mipymes.

El Ministerio de la Producción es el encargado de la gestión y el fomento de las micro, pequeña y mediana empresa (Mipymes), puesto que conforme a la nueva regulación, es decir, según el Texto Único Ordenado de la Ley del impulso al desarrollo productivo y al crecimiento empresarial así debe ser.

En ese sentido, observamos que el desarrollo o la evolución de la cantidad de puestos de trabajo en las Mipymes en nuestro país no ha sido tan gigantesco, pues entre 2009 al 2010 creció en 2.2%; entre 2010 al 2011 creció en 1.4%, entre 2011 al 2012 creció en 1.5% y entre 2012 al 2013 creció en 0.9%, por lo que el crecimiento promedio entre el 2009 al 2013 ha sido alrededor de 6.3%, por lo que no se podría decir que el régimen laboral especial creada por el Decreto Legislativo 1086, modificada por la Ley 30056, sea la respuesta exacta para la formalización de las Mypes y generación de puestos de trabajo en nuestro país.

4.4. LA SITUACION ACTUAL DE LAS MYPES EN EL PERÚ

4.4.1. REGULACION JURÍDICA DE LAS MYPES

Como sabemos, mediante la Ley N° 28015, publicada el 2 de julio de 2003, se promulgó la Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa, dándose con ella un régimen laboral especial para aquellas unidades económicas, denominadas microempresas, constituidas por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión

empresarial que tienen características propias como son determinada cantidad de trabajadores y ventas anuales, según el cual las microempresas son aquellas que tengan de 1 hasta 10 trabajadores y ventas anuales hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias y son pequeñas empresas, de 1 hasta 50 trabajadores y ventas anuales hasta el monto máximo de 850 Unidades impositivas Tributarias. Asimismo, los beneficios sociales que se les reconocía a las microempresas acogidas por la Ley N° 28015 son bastante reducidos, pues se reconoce el derecho a quince (15) días de descansos debidamente remunerados por cada año completo de servicios, no tenían derecho a gratificaciones ni a una CTS ni utilidades. Aunque tenían derecho a una indemnización por despido arbitrario equivalente a quince (15) remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de ciento ochenta (180) remuneraciones diarias y las fracciones de año se abonan por dozavos.

La Ley N° 28015 inicialmente tendría una vigencia temporal de 5 años, es decir, las microempresas conservarían dicho régimen especial hasta el 2 de julio de 2008. Sin embargo, mediante el artículo 2° de la Ley N° 28851, publicada el 27 de julio de 2006, se extiende dicho plazo por un periodo de 10 años, que de conformidad con la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28851, dicho plazo ampliatorio se contabilizaría a partir de la fecha de vigencia de la Ley N° 28015, es decir, hasta julio de 2013, por lo que los trabajadores de la microempresa sujetos al Régimen Laboral Especial creado por la Ley N° 28015 se mantienen en dicho régimen hasta el 4 de julio del 2013, luego del cual ingresarán al Régimen Laboral General.

Posteriormente, mediante el Decreto Legislativo N° 1086, del 28 de junio del 2008, se aprueba la Ley de promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de la micro y pequeña

empresa y del acceso al empleo decente, modificándose la Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, con el objeto de promocionar la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas empresas para la ampliación del mercado interno y externo de éstas, en el marco del proceso de promoción del empleo, inclusión social y formalización de la economía, para el acceso progresivo al empleo en condiciones de dignidad y suficiencia. Mediante esta norma se crea un régimen laboral especial para la micro y la pequeña empresa, de carácter permanente a partir de su vigencia. La regulación de los derechos laborales es similar para las microempresas y se crea uno nuevo para las pequeñas empresas, en ambos casos permanente el recorte de los beneficios laborales.

Actualmente el Régimen Laboral Especial creada por la Ley 28015, posteriormente modificada mediante el Decreto Legislativo 1086, fue modificada mediante la Ley N° 30056, publicada el 02 de julio del 2013, mediante la cual se modifica diversas normas para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial.

Los cambios introducidos, en el régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas, son las siguientes:

CUADRO N° 15
CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA LEY 30056 AL RÉGIMEN LABORAL
ESPECIAL DE LAS MYPES

CAMBIOS	Ley 28015 / Decreto Legislativo 1086	Ley 30056
Denominación del TUO	Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del acceso al Empleo Decente. Se aprueba mediante Decreto Supremo N° 007-2008-TR.	Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial. Se aprueba mediante el Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE
Objeto	Artículo 1°: La promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de las micros y pequeñas empresas para la ampliación del mercado interno y externo de éstas, en el marco del proceso de promoción del empleo, inclusión social y formalización de la economía, para el acceso progresivo al empleo en condiciones de dignidad y suficiencia.	Artículo 11° (reemplaza el texto del artículo 1°): Establecer el marco legal para la promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas estableciendo políticas de alcance general y la creación de instrumentos de apoyo y promoción, el acceso a los mercados internos y externos y otras políticas que impulsen el emprendimiento y permitan la mejora de la organización empresarial junto con el crecimiento sostenido de estas unidades económicas.
Características	Artículo 5°: - Microempresa: de uno (1) hasta diez (10) trabajadores inclusive y ventas anuales hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT). - Pequeña Empresa: de uno (1) hasta cien (100) trabajadores inclusive y ventas anuales hasta el monto máximo de 1700 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).	Artículo 11° (reemplaza el texto del artículo 5°): - Microempresa: ventas anuales hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT). - Pequeña Empresa: ventas anuales hasta el monto máximo de 1700 Unidades Impositivas Tributarias (UIT). - Mediana Empresa: ventas anuales superiores a 1700 UIT y hasta el monto máximo de 2300 UIT.
Monto máximo de las ventas	Artículo 5°: El incremento en el monto máximo de ventas anuales señalado para la Pequeña Empresa será determinado por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas cada dos (2) años y no será menor a la variación porcentual acumulada del PBI nominal durante el referido período.	Artículo 11° (reemplaza el texto del artículo 5°): El incremento en el monto máximo de ventas anuales señalado para la Micro Pequeña y Mediana Empresa será determinado por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro de Producción cada dos años.
Ministerio encargado de la iniciativa privada	Artículo 14°: El Estado por medio del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo coordina con el Ministerio de Educación para el reconocimiento de las entidades especializadas en formación y capacitación laboral como entidades educativas. Para el apoyo e incentiva privada que ejecuta acciones de Capacitación y Asistencia Técnica de las MYPE.	Artículo 11° (reemplaza el texto del artículo 14°): El Estado por medio del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo coordina con el Ministerio de Producción y el sector privado, identifica las necesidades de capacitación laboral de la micro, pequeña y mediana empresa, las que son cubiertas mediante programas de capacitación a licitarse a las instituciones de formación pública o privada.

Naturaleza	Artículo 42°: Naturaleza permanente. La empresa cuyo nivel de ventas o el número de trabajadores promedio de dos (2) años consecutivos supere el nivel de ventas o el número de trabajadores límites establecidos en la presente Ley para clasificar a una empresa como Micro o Pequeña Empresa, podrá conservar por un (1) año calendario el Régimen Laboral Especial correspondiente. Luego de este período, la empresa pasará definitivamente al Régimen Laboral que le corresponda.	Artículo 11° (reemplaza el texto del artículo 42°): Naturaleza permanente y únicamente aplicable a la micro y pequeña empresa. La micro empresa que durante dos (2) años calendario consecutivo supere el nivel de ventas establecidos en la presente Ley, podrá conservar por un (1) año calendario el Régimen Laboral Especial. En el caso de las pequeñas empresas, de superar dos (2) años consecutivos el nivel de ventas, podrá conservar durante tres (3) años adicionales el mismo régimen laboral. Luego de este período, la empresa pasará definitivamente al Régimen Laboral que le corresponda.
REMYPE	El REMYPE se encuentra a cargo del MTPE.	El REMYPE se encuentra a cargo de la SUNAT.
Vigencia del REMYPE	Artículo 64°, D.S. N° 008-2008-TR. La acreditación de una empresa como MYPE se realiza sobre la base de la información del monto de ventas anuales y el número total de trabajadores declarados ante la SUNAT. Dicha información es proporcionada al REMYPE en una frecuencia no mayor a siete (7) días calendario por la SUNAT, sin vulnerar la reserva tributaria. El MTPE transfiere la información validada del REMYPE al Ministerio de la Producción en un plazo no mayor a siete (7) días calendario.	Séptima Disposición Complementaria: Es asumida a los 180 días calendarios posteriores a la publicación del reglamento de la presente Ley. La SUNAT, en el plazo de 180 días posteriores a la publicación de la presente Ley, publica el listado de las empresas inscritas en el REMYPE que no cumplan con los requisitos para trasladarse a este registro. Dichas empresas cuentan con un plazo de 60 días, contados a partir de la publicación del listado para adecuarse al nuevo registro. Superado el plazo, la SUNAT las da por no inscritas.
Vigencia de la norma	Artículo 2°, Ley N° 28851: El presente régimen laboral especial es de naturaleza temporal y se extenderá por un período de diez (10) años desde la entrada en vigencia de la presente Ley.	Segunda Disposición Complementaria Transitoria: Prorroga por tres (3) años el régimen laboral especial de la microempresa creado por Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa.

FUENTE: Ley 30057, Ley 28015 y el Decreto Legislativo 1086.

4.4.2. VIGENCIA DEL RÉGIMEN LABORAL DE LAS MYPES

Como ya señalamos, inicialmente la Ley N° 28015 (03.07.2003) aprobó la Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, norma que fue modificada en varias ocasiones. Sin embargo, el decreto Legislativo N° 1086 (28.06.2008), Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, es la que introdujo cambios sustanciales. Frente a esta situación, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) aprobó el D.S. N° 007-2008- TR

(30.09.2008), mediante el cual se dispuso el Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE, así como su Reglamento, D.S. N° 008-2008-TR (30.09.2008). Finalmente la Ley N° 30056, publicada el 02 de julio del 2013, modifica diversas disposiciones de dicha ley, y entre estas modificaciones dispone que se prorrogue por 3 años el régimen laboral especial de la microempresa creado mediante la Ley N° 28015. Esta sucesión normativa, determina la existencia de tres situaciones que actualmente tiene incidencia para los trabajadores de las Mypes:

- a) **Trabajadores contratados bajo la Ley N° 28015.-** Los trabajadores de las empresas que se acogieron al régimen de las microempresas de la Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, hasta el 30 de setiembre de 2008, se mantienen bajo dicho régimen, hasta el 4 de julio de 2016; con fecha posterior, ingresarán al régimen laboral general de la actividad Privada.
- b) **Trabajadores contratados bajo la Ley N° 28015 que acuerdan pasar al régimen del Decreto Legislativo N° 1086.-** Los trabajadores de las empresas que se acogieron al régimen de las microempresas de la Ley N° 28015 que acuerden con sus empleadores dentro del plazo de permanencia en dicho régimen especial (hasta el 04 de julio de 2016), su acogimiento al régimen laboral regulado en el Decreto Legislativo N° 1086, permanecerán en el régimen especial de la microempresa sin límite temporal. Es indispensable que dicho acuerdo se celebre por escrito, y

sea presentado ante la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro del plazo de 30 días de suscrito.

- c) Trabajadores contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N°1086.-** El régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas, del Decreto Legislativo N° 1086, Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, es de naturaleza permanente. Por lo tanto, los trabajadores de las empresas que se acogieron a los regímenes especiales de la micro o pequeña empresa, a partir del 01 de octubre de 2008, fecha en que entra en vigencia el Decreto Legislativo N° 1086, se mantienen en dichos regímenes sin límite temporal. Es decir, los trabajadores y las empresas que se acogieron al régimen especial a partir de la fecha antes indicada no están obligados a pasar al régimen laboral general de la actividad privada, salvo que la empresa empleadora incurriera en causal de pérdida del régimen especial.

Asimismo, mediante el artículo 11° de la Ley N° 30056, que modifica el artículo 42° del Decreto Supremo N° 007-2008-TR, se ratifica que la naturaleza del régimen laboral especial es de carácter permanente y únicamente aplicable a la micro y pequeña empresa, dejando en claro que en la categoría empresarial de mediana empresa se aplica el régimen laboral general.

Esquemmatizando sobre la vigencia del Régimen Laboral especial de las Mypes tenemos:

CUADRO N° 16
VIGENCIA DEL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LAS MYPES

NORMA APLICABLE	NATURALEZA DEL RÉGIMEN	VIGENCIA	CONSECUENCIA
Ley N° 28015, modificado por la Ley N° 28851 y por la Ley N° 30056	Temporal	04 de julio de 2016	Trabajadores pasan al régimen laboral general de la actividad privada
Decreto Legislativo N° 1086	Permanente	Sin término	Se mantienen en el régimen especial, salvo causal de pérdida
Ley N° 30056	Permanente	Sin término	Se mantienen en el régimen especial, si antes del 04.06.2016 se pacta la permanencia.

FUENTE: Ley 30057, Ley 28015 y el Decreto Legislativo 1086.

4.4.3. LOS DERECHOS LABORALES SEGÚN LA ACTUAL REGULACION

Como ya tenemos oportunidad de señalar, actualmente Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y de Crecimiento Empresarial, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 13-2013-PRODUCE, es la que está vigente y ratifica el otorgamiento de los derechos laborales recortados a los trabajadores de las micro y pequeñas empresas.

Por ello, para ver la situación actual de los derechos laborales de los trabajadores que laboran en el entorno de las Mypes, en esta parte analizaremos de manera comparativa los derechos laborales otorgados por el actual Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, promulgado mediante el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE con los otorgados por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y

Competitividad Laboral, promulgado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR, observamos pues que los derechos laborales de los trabajadores del Régimen Especial de las micro y pequeñas empresas han sido recortados grandemente.

El siguiente cuadro nos ilustra mejor esta situación:

CUADRO N° 17
EL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LAS MYPES Y EL
RÉGIMEN LABORAL GENERAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA

BENEFICIOS	D. S. N° 013-2013-PRODUCE		DECRETO LEGISLATIVO 728
	MICROEMPRESAS	PEQUEÑA EMPRESA	RÉGIMEN GENERAL
Remuneración	RMV ⁷²	RMV	RMV
Jornada - Horario	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales
Descanso semanal	24 horas	24 horas	24 horas
Vacaciones	15 días, reducción a 7 días	15 días, reducción a 7 días	30 días, reducción a 15 días.
CTS	No se aplica	15 remuneraciones diarias por año. Máximo 90 remuneraciones.	Una remuneración mensual por año
Gratificaciones	No se aplica	2 gratificaciones, de ½ sueldo cada una	2 gratificaciones, de 01 sueldo íntegro cada una
Utilidades	No se aplica	Sí aplica, en base al Decreto Legislativo. 892	Sí se aplica
Asignación familiar	No se aplica	No se aplica	Sí se aplica
Despido arbitrario o injustificado	10 remuneraciones diarias por año, tope 90 remuneraciones	20 remuneraciones diarias por año, tope 120 remuneraciones	1 1/2 remuneración por año. Tope 12 remuneraciones. Fracciones por dozavos y treintavos
Seguro social	Trabajador y conductor son asegurados regulares	Trabajador y conductor es asegurados regulares	Trabajador es asegurado regular
Pensiones	Trabajador y conductor además deciden sobre el sistema pensionario	Trabajador y conductor además deciden sobre el sistema pensionario	El trabajador decide el sistema pensionario

FUENTE: Elaboración propia.

⁷² En el cuadro, cuando se habla de remuneración mínima vital, nos estamos refiriendo a lo establecido por el Decreto Supremo N° 007-2012-TR mediante la cual se fija la RMV en un monto de S/. 750.00 a partir del 01 de junio del 2012, la actualmente continua vigente.

De la lectura del Cuadro N° 17, observamos que es evidente las diferencias entre el Régimen laboral común y el Régimen Laboral especial con respecto a los derechos laborales de contenido económico y de los derechos relacionados con la seguridad social de los trabajadores:

a) RESPECTOS A LAS VACACIONES

En lo concerniente al descanso vacacional, tanto los trabajadores de las microempresas y pequeñas empresas, tiene derecho a gozar de quince (15) días de vacaciones por año cumplido.

Como se puede ver, en cuanto al goce de las vacaciones es notorio la diferencia con el régimen general, pues mientras que en el régimen general de la actividad privada los trabajadores gozan de 30 días de vacaciones en el régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas solo gozan de 15 días de vacaciones.

¿Cuál es la razón de esta diferenciación? Tanto el trabajador del régimen general de la actividad privada y de régimen especial de las micro y pequeñas empresas laboran un año completo, con una jornada de 08 horas diarias o 48 horas semanales. Entonces ¿qué justifica esta diferenciación? No encontramos razones valederas, por lo que con esta diferenciación se estaría recortando el derecho de los trabajadores de las micro y pequeñas empresas sin una razón objetiva que justifique, por lo tanto sería una norma discriminatoria.

b) RESPECTO AL COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIO

Mediante la regulación actual las microempresas no están obligadas al pago de la Compensación por Tiempo de Servicio (CTS) y, para el caso de las pequeñas empresas, éstas sólo

asumirán el pago de media remuneración al año por dicho concepto.

Aquí también observamos una injusta diferenciación por cuanto en el régimen general de la actividad privada el trabajador tiene derecho de percibir por concepto de CTS una remuneración por cada año completo, mientras en las microempresas los trabajadores no tiene derecho a percibir este beneficio y en las pequeñas empresas solo tiene derecho a percibir media remuneración por año cumplido, con un máximo de 90 remuneraciones diarias, es decir, tres (03) remuneraciones mensuales en total.

En ese sentido, si la intención de los autores de la ley de Mypes es restar estos derechos a los trabajadores, la reducción de los derechos laborales no sería procedente, estaría atentando contra los derechos laborales constitucionalmente reconocido, puesto que la Constitución establece condiciones de igualdad para los empleados, por lo que esta norma sería inconstitucional.

c) RESPECTO A LAS GRATIFICACIONES

Las microempresas no están obligadas al pago de las gratificaciones que por ley les corresponde a los trabajadores, mientras las pequeñas empresas están obligados al pago de media remuneración por concepto de gratificación, en la primera quincena de julio y de diciembre.

Esta es otra vulneración, por cuanto los trabajadores de las micro y pequeñas empresas cumplen en la misma forma las labores para sus empleadores, pero los trabajadores de las microempresas no reciben este derecho, mientras los de pequeña empresa reciben la mitad, pero los trabajadores del régimen general de la actividad privada reciben un sueldo completo tanto en julio como en diciembre ¿Cuál es la razón?

Creemos que no existe razón valedera para esta diferenciación, por lo que esta norma es discriminatoria e inconstitucional.

d) RESPECTO A LAS UTILIDADES

Los trabajadores de las microempresas no tienen derecho de participar en las utilidades de la empresa. Los trabajadores de las pequeñas empresas tienen derecho a participar conforme lo el Decreto Legislativo N° 892, que regula el derecho de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría.

Como sabemos, tanto la microempresa, pequeña, mediana o gran empresa, generan renta de tercera categoría. Por lo que, no habría motivo para hacer esta diferenciación.

e) RESPECTO A LA ASIGNACIÓN FAMILIAR

Los trabajadores de las microempresas, así como los trabajadores de la pequeña empresa no tienen derecho a percibir la asignación familia, que sí perciben los trabajadores de la mediana y gran empresa.

f) RESPECTO AL DESPIDO ARBITRARIO O INJUSTIFICADO

La indemnización por despido injustificado para el trabajador de la microempresa es equivalente a 10 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de 90 remuneraciones diarias (3 sueldos); en tanto la indemnización en el caso del trabajador de la pequeña empresa por despido injustificado será equivalente a 20 remuneraciones diarias por cada año de servicios con un máximo de 120 remuneraciones diarias (4 sueldos). En ambos casos las fracciones se abonarán por doceavos.

El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. En este sentido el Tribunal Constitucional estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una

parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver este tema, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para el tema que nos ocupa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción a ser despedido, salvo por causa justa. Debe considerarse que el artículo 27º de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:

- a. Se trata de un mandato al legislador.
- b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.
- c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27º como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador.

Por este motivo, cuando el artículo 27º de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al

despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles.

En el presente caso, el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, promulgado mediante el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, al rebajar los montos de indemnización a uno mínimo, estaría abriendo camino para que el empresario pueda despedir a sus trabajadores cuando lo vea conveniente. Ello es contrario al artículo 27 de la Constitución, por lo que sería inconstitucional.

Como podemos ver, a partir del análisis de la normatividad base de ambos regímenes no podemos ver claramente cuales sean las causas que justifique esta diferencia de trato entre los trabajadores de las micro y pequeñas empresas, aunque debemos tomar en cuenta que por el hecho de ser un régimen laboral especial tenga características y estructura distinta a la habitual o típica. Sin embargo, cualquiera que fuera el motivo específico, nada justifica que se recorten los derechos laborales de los trabajadores legal y constitucionalmente reconocido, por lo que las Leyes que promueven el Régimen Laboral de las Mypes es inconstitucional.

Definitivamente esta regulación es ilegal, más aun teniendo en cuenta que en nuestra constitución no se encuentra ningún artículo

que diga que pueden haber dos regímenes diferentes que menoscaben derechos, lo que ciertamente no entienden algunos gobiernos, serviles al sector privado, es que el desarrollo económico del país no puede basarse en desconocimiento de derechos laborales de trabajadores de las micro y pequeñas empresas, los mismos que se desempeñan en las mismas condiciones que los trabajadores del régimen general que sí reciben beneficios completos.

Es por ello, que urge que esta situación sea revisada, pues las normas que se ocupan de los derechos laborales deben ser interpretadas de manera extensiva y no restrictiva, debe derogarse aquellas normas que no solamente vulneran derechos sino que también demuestran de la situación preocupante en que nos encontramos en el Perú en materia laboral.

A continuación, además de lo ya señalado, observemos algunas otras situaciones que el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y de Crecimiento Empresarial, las mismas que violentan los derechos fundamentales de los trabajadores:

2. El régimen especial de las micro y pequeñas empresas sólo ha sido utilizado como un instrumento de reducción de derechos y beneficios, sin ningún resultado sostenible por la formalización de las micro empresas. Desde que se implementó el indicado régimen, la tasa de formalización de las microempresas no ha sido el esperado.
3. Genera la discrimina de trabajadores. El TUO Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y de Crecimiento Empresarial ha creado trabajadores de segunda categoría con derechos laborales recortados o diminutos.

4. Busca reducir derechos a los trabajadores que ya gozan de derechos en el régimen general. Si estamos ante un trabajador de la pequeña empresa que ya gozaba de derechos laborales del régimen general, esta ley permite que se pueda reducir sus derechos y beneficios.
5. Promueve que las empresas formalizadas recorten derechos laborales y de seguridad social. Las pequeñas empresas ya se encontraban formalizadas, y no existía razón para que se tenga que reducir los derechos laborales de sus trabajadores.
6. No permite la formación de sindicatos. No permite la formación de sindicatos en microempresas, muy a pesar que ello es un derecho laboral constitucionalmente reconocido.
7. Impide el ejercicio del derecho a la negociación colectiva. No se cumple con el mandato constitucional de promover la negociación colectiva, peor aún precariza los derechos de los trabajadores.
8. No fomenta la creación de trabajo decente, principio impulsado por la OIT. El trabajo decente contiene las siguientes características que no son impulsadas por el TUO Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y de Crecimiento Empresarial:
 - Libertad: libertad sindical, negociación colectiva y la lucha contra el trabajo forzoso
 - Igualdad: la Lucha contra la discriminación en el empleo por razones de raza, etnia, origen nacional, religión, edad o género.
 - Seguridad: seguridad social y protección contra los riesgos laborales y el desempleo
9. Crea un sistema con derechos laborales con contenido reducido para la gran mayoría de trabajadores del Perú. Se otorgan beneficios recortados respecto de los trabajadores del

régimen general, por ejemplo, períodos vacacionales recortados, las sobretasas nocturnas no se aplican si es habitual; en caso de la pequeña empresa cuenta con media gratificación, pero en microempresa no goza de gratificación

10. Viola los principios elementales de la seguridad social al crear un sistema con beneficios recortados para los trabajadores de la microempresa.

En el SIS, el conductor y trabajador son afiliados al componente subsidiado, pero con un listado priorizado de intervenciones sanitarias. Empleador aporta la mitad y el Estado un monto igual.

En ESSALUD, acceden como asegurados regulares sin subsidio estatal

11. No permite que los trabajadores de las microempresas se afilien al seguro complementario de riesgo de trabajo, a pesar que puedan realizar actividades riesgosas y peligrosas. El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo no aplica en caso de microempresa, independientemente que desarrollen actividades riesgosas o peligrosas.

Por los fundamentos expuestos, Texto único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y de Crecimiento Empresarial, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, debe ser derogado y/o modificado, pues violan los derechos fundamentales de los trabajadores, haciendo un tratamiento diferenciado respecto a los trabajadores del régimen general, muy a pesar que en ambos casos se efectúa labores similares, por lo que no habría razones que justifiquen este trato diferenciado.

4.4.4. LA INFORMALIDAD DE LAS MYPES EN LA ACTUALIDAD

Conforme a la normatividad vigente, las empresas para ser considerados microempresas deben tener dos características concurrentes: generar ventas anuales no mayores de 150 UIT y para ser pequeña empresa deben generar ventas anuales mayor de 150 UIT hasta 1700 UIT (Unidad Impositiva Tributaria equivalente a S/. 3850.00 Nuevos Soles en el año 2015). En caso que sus ventas superen los montos señalados pasaran a conformar según corresponda, la modalidad siguiente de tipo de empresas.

No contamos con datos oficiales de la cantidad de empresas que operen en la formalidad e informalidad del presente año. Los datos completos y oficiales del sector empresarial de nuestro país tenemos al año 2013, los mismos que son datos expuestos por el Ministerio de la Producción, por lo tanto oficiales.

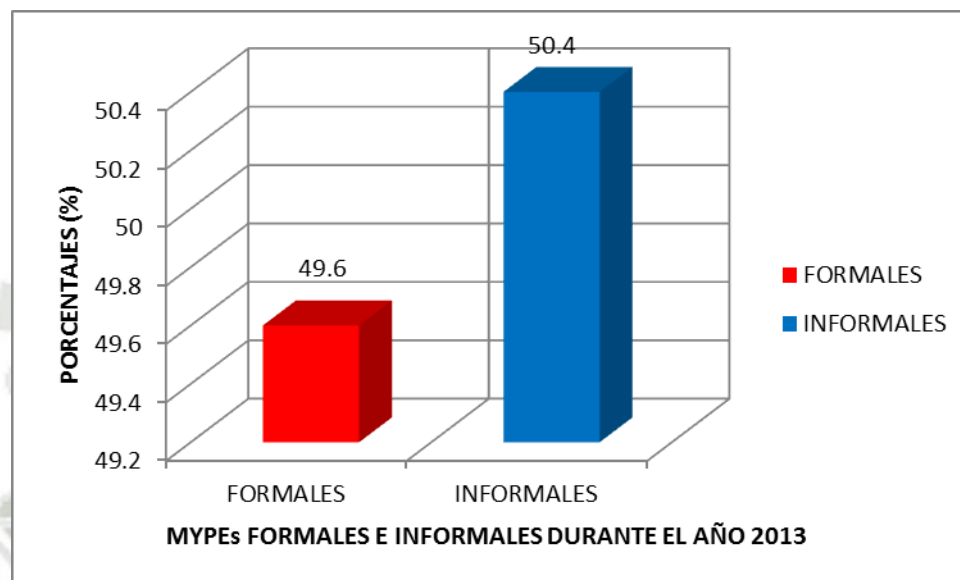
Del rubro de Mypes, la Estadística del Ministerio de la Producción señala que la evolución del índice de formalidad e informalidad de las micro y pequeñas empresas en el año 2013 es como sigue:

CUADRO Nº 18

MYPEs FORMALES E INFORMALES DURANTE EL AÑO 2013

CALIDAD DE EMPRESA	CANTIDAD	%
FORMALES	1 518 469	49.6
INFORMALES	1 541 992	50.4
TOTAL	3 060 461	100

FUENTE: SUNAT, Registro Único de contribuyente 2007-2013.
Concordante con estadísticas de PRODUCE-DGECOMTE.

GFÁFICO N° 14**MYPEs FORMALES E INFORMALES DURANTE EL AÑO 2013**

FUENTE: SUNAT, Registro Único de contribuyente 2007-2013.
Concordante con estadísticas de PRODUCE-DGECOMTE.

Como podemos ver en el Cuadro N° 18, el 49.6% de las MYPEs son formales, mientras el 50.4% son informales.

Ello nos hace ver que, si bien es cierto que el Estado ha venido atrayendo a las empresas informales para que puedan formalizarse, ofreciéndoles beneficios laborales, sin embargo los resultados esperados aún no se han logrado, toda vez que el porcentaje de las empresas informales en promedio superan el 50%. En ese sentido, estas empresas informales son los que no cumplen con su obligación de contribuir con el Estado, muchos de ellos tienen trabajadores a su cargo que no gozan de los beneficios laborales conforme a ley y operan con grandes desventajas respecto a las empresas formales. Debe quedar claro que, esta situación no es general en todas las regiones, toda vez que en alguno de ellos es mucho mayor el grado de informalidad, y en otros algo menor.

Por las razones expuestas el gobierno peruano ha creado el régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas, reduciendo derechos laborales de los trabajadores, lo cual no es constitucional y es atentatorio de los derechos fundamentales del trabajador. Sin embargo, este régimen no ha contribuido de manera contundente a solucionar el problema de la informalidad.

4.4.5. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA LEY DE LAS MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS

El actual régimen laboral de la micro y pequeña empresa ha sido materia de referencia en un pronunciamiento del Tribunal Constitucional⁷³, a propósito de la Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 7º, numeral 7.2, literales a, b y c del Título III de la Ley N° 27360, titulada Ley que aprueba las normas de promoción del sector agrario, y que en los artículos invocados en específico, regula el régimen laboral para los trabajadores del sector agrario.

En esa sentencia, el Tribunal Constitucional⁷⁴, refiriéndose a la Ley que regula el régimen laboral para los trabajadores del sector agrario señala que no se trata de un régimen discriminatorio ni desigual, afirmando que “(...) sólo por excepción es viable la creación de una regla especial, la misma que no se ampara en el arbitrio caprichoso de quienes poseen el poder político, sino en la naturaleza o razón de los hechos, sucesos o acontecimientos que ameriten una regulación particular o no genérica. Es decir, una ley especial –de por sí regla excepcional en el ordenamiento jurídico nacional– se ampara en las específicas características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos no generales

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 027-2006-PI/TC

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 027-2006-PI/TC

en el seno de la sociedad. Las leyes especiales hacen referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia. Su denominación se ampara en lo sui géneris de su contenido y en su apartamiento de las reglas genéricas. En puridad, surgen por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas esencialmente distintas a aquellas que contemplan las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas. Consecuencia derivada de la regla anteriormente anotada es que la ley especial prima sobre la de carácter general”.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el tribunal Constitucional entre sus fundamentos 47 al 51 de la Sentencia del Expediente N° 027-2006-PI/TC, en ninguna parte habla de la Constitucionalidad de la Ley Mype, solo hace una referencia y un sucinto análisis comparativa con la Ley especial de los trabajadores del sector agrario. Dichos fundamentos a la letra dice:

“Dos casos emblemáticos representativos de los regímenes especiales laborales a nivel nacional: El régimen especial agrario y el régimen de la MYPE

47. Dos casos emblemáticos y de características similares que coexisten en el ordenamiento jurídico peruano, en cuanto a regímenes laborales especiales se refiere, son el régimen de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa[26] (MYPE) y el régimen especial de promoción para el sector agrario. Ambos regímenes nacieron con vocación de temporalidad; no obstante, para el caso de la MYPE la prórroga del régimen [27] especial y temporal, en principio, se ha extendido hasta el año 2013; y la vigencia de los beneficios contenidos en el régimen especial de promoción al agro, cuyo objetivo central es brindar interés prioritario a la inversión y el desarrollo de este sector, se ha extendido hasta diciembre del año 2021[28].

48. Si bien ambos esquemas contienen una serie de medidas promocionales que van más allá del ámbito laboral, corresponde a este Colegiado, por la naturaleza del caso que es materia de

análisis, centrarse en el ámbito de las medidas laborales y en las coincidencias que ambos regímenes comparten.

49. Una primera cuestión que debemos resaltar es el descanso vacacional anual remunerado. Tanto el Régimen Agrario como el Régimen de la MYPE comparten una regulación que prevé diferenciaciones en contraste a lo establecido para el régimen laboral común[29], ya que éste dispone 30 días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios; mientras que en los regímenes especiales, se dispone un mínimo descanso vacacional anual remunerado de 15 días, dejando abierta la posibilidad de pactar un período mayor.

50. Una cuestión adicional compartida por ambos regímenes especiales es la referente a la indemnización en caso de despido arbitrario, que es equivalente a quince (15) remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de ciento ochenta (180) remuneraciones diarias; en ambos las fracciones de año se abonan por dozavos; mientras en el Régimen Laboral Común, la indemnización prevista para el caso de despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda y su abono procede una vez superado el periodo de prueba.

51. Además, con referencia a la remuneración se establece en el Régimen Laboral Común y en el de la MYPE que la misma no podrá ser inferior a la remuneración mínima vital, y para el caso del Régimen Agrario, si bien se establece que la remuneración se actualizará en concordancia con la remuneración mínima vital, la diferencia reside en que la remuneración prevista para los trabajadores del sector agrario, incluye los conceptos de CTS y gratificaciones. En el régimen constitucional, sobre remuneración mínima se ha establecido que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual, otorgándole al pago de la remuneración y de los beneficios sociales prioridad dentro de las obligaciones que pudiera tener el empleador, y con relación a la regulación de las remuneraciones mínimas se otorga al Estado esa responsabilidad, debiendo contar para ello con la participación

de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores (artículo 24º)".

En ese sentido, si bien es cierto que en el caso del régimen especial agrario se justifica las diferenciaciones planteadas por la naturaleza misma de dicho régimen, pero no es así en el caso del régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas, pues en ella los trabajadores no hacen labor diferente con respecto a los trabajadores del régimen general de la actividad privada. Tanto en el régimen especial de las micro y pequeñas empresas como en el régimen general de la actividad privada los trabajadores cumplen la misma jornada laboral y realizan actividades similares, por lo que no se justifica tratamiento diferenciado de los derechos laborales para los trabajadores del Sector Mype, por ello en ninguna parte de dicha sentencia habla de la constitucionalidad del Régimen Laboral especial de las micro y pequeñas empresas, por lo que es incorrecto lo que señalan los partidarios del gobierno y sector empresarial, que el Tribunal Constitucional haya ratificado la Constitucionalidad del Régimen Laboral de las Mypes.

El fallo de la Sentencia del Expediente N° 027-2006-PI/TC señala lo siguiente:

"VII. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 7º, numeral 7.2, literales a, b, y c, del Título III de la Ley N.º 27360, que regula el Régimen Laboral especial para el sector agrario, por no contravenir el Principio – Derecho a la Igualdad, de acuerdo a los fundamentos expuestos; en consecuencia, no son atendibles las pretensiones solicitadas.

Publíquese y notifíquese."

Ello confirma que el tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre el régimen laboral especial de las MYPES como afirman los propugnadores de esta norma antilaboral,

sino solamente ha hecho una referencia para analizar la Ley N° 27360, que regula el Régimen Laboral especial para el sector agrario.

4.5. ANÁLISIS DE LA COSNTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN LABORAL DE LAS MYPES

Después de haber efectuado el análisis correspondiente del régimen laboral especial de las Mypes, llegamos a la conclusión de que este régimen es inconstitucional, por las siguientes razones:

4.5.1. ES UN RÉGIMEN DISCRIMINATORIO. FUE ESTABLECIDO POR DIFERENCIA DE LOS EMPLEADORES MÁS NO POR DIFERENCIA DE LAS ACTIVIDADES QUE REALIZAN LOS TRABAJADORES

En términos generales, los regímenes laborales aplicables en nuestro país pueden clasificarse, según la naturaleza del empleador, en dos: el régimen laboral privado y el régimen laboral público. A su vez, el primero de ellos puede sub clasificarse también en dos, en función a la extensión de su ámbito de aplicación: el régimen laboral general⁷⁵ y los regímenes laborales especiales⁷⁶.

Con la entrada en vigencia de la Ley MYPE7 se estableció un marco regulatorio ad hoc con el propósito de promover la competitividad, formalización y desarrollo de la micro y pequeña empresa, a fin de ampliar su mercado interno y externo, así como garantizar el acceso progresivo de la población a un empleo en condiciones de dignidad y suficiencia.

Dicho régimen incluye, junto con otras medidas de carácter administrativo, financiero y tributario, la creación de regímenes laborales especiales diferenciados para la microempresa y para

⁷⁵ El régimen laboral general de la actividad privada que rige en nuestro país es el previsto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (LPCL), y en las demás normas que -con carácter general- regulan los beneficios laborales.

⁷⁶ Es el caso de los regímenes laborales aplicables al sector agrario, construcción civil, minería o pesquería, por mencionar algunos ejemplos.

la pequeña empresa, con derechos bastante reducidos a comparación con el régimen general (Ver Cuadro 17).

Debemos tener en cuenta que en nuestro país predomina el enfoque que plantea la reducción de los beneficios laborales de los trabajadores sujetos a la legislación laboral general como uno de los principales mecanismos para mejorar la competitividad de las empresas e incrementar los niveles de formalidad laboral en el mercado de trabajo. Ello, desde el punto de vista económico, implica la reducción de los denominados costos laborales no salariales, es decir, aquellos adicionales a la remuneración mensual percibida por los trabajadores. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la reducción de costos laborales no salariales no constituye el instrumento más idóneo para promover la competitividad y la formalización de las empresas en nuestro país. Pues, en lo que respecta a temas de competitividad y, de manera particular, en lo referido a la competitividad en materia laboral, la variable más relevante es el costo laboral por bien producido (o costo laboral unitario) y no los costos laborales no salariales.

Por tanto, existen dos vías para reducir los costos laborales unitarios: disminuyendo los costos laborales por trabajador (que implica reducir las remuneraciones o los beneficios laborales) o incrementando la productividad (a través de políticas de desarrollo empresarial). La primera de ellas es la menos conveniente por los efectos perjudiciales que genera en la sociedad el cargarle todo el costo del crecimiento a los trabajadores, tal como se ha hecho con los regímenes laborales especiales de las Mypes. Además, una política enfocada únicamente en la disminución de costos laborales por trabajador reduciría el poder adquisitivo de la masa asalariada, lo cual implicaría una disminución o estancamiento del consumo y la demanda interna y, por ende, una desaceleración de la inversión

y el crecimiento de los sectores enfocados en el mercado interno. Mientras, una política de promoción de la productividad generaría beneficios a las dos partes involucradas en la relación laboral, al permitir mejorar la competitividad de las empresas y las remuneraciones de los trabajadores (considerando que se incrementaría su eficiencia). Asimismo, implicaría una reducción mayor y sostenida de los costos laborales unitarios.

Por tanto, lo que realmente se necesita en materia de mejora de la competitividad laboral para promover el desarrollo económico y la formalización de empresas es una política de promoción empresarial que apunte principalmente al fomento de la inversión en capital físico, innovaciones, tecnología, capital humano y mejora de la organización del trabajo, de tal forma que se logre una mayor generación de valor agregado y un incremento sostenido de la productividad que conlleven a una mayor competitividad, al crecimiento económico de largo plazo y a mayores niveles de remuneraciones reales y de empleo de calidad.

Sin embargo, el régimen laboral especial de las Mypes se ha enfocado en la reducción de los costos no laborales para mejorar la competitividad de las micro y pequeñas empresas. Además de ello, solo se enfoca en el nivel de producción de las empresas, lo que hace ver que en este caso no es está regulando teniendo en cuenta la diferencia en la actividad que efectúan las empresas y desempeñan los trabajadores, sino por la diferencia de los empleadores. La lógica del gobierno es que la empresa más chica, cuestión empleador, debe recibir más apoyo, y para ello que pague menos a sus trabajadores.

Lamentablemente, en el Perú ha sucedido exactamente lo contrario, lo que ha sido aprovechado sin resquemor alguno por parte de los empleadores, obteniendo los resultados esperados de esta notoriamente asimétrica regulación, reduciendo así sus

costos, a costa no de una mayor productividad, competitividad o formalización⁷⁷, gracias la reducción del nivel de ingresos de los trabajadores⁷⁸.

Es por ello, la instauración del régimen laboral especiales debe realizarse tomando como fundamento la naturaleza especial de los servicios y los rasgos atípicos propios de este, y no en virtud de la naturaleza de las partes intervinientes en la relación laboral. El régimen de la actividad minera se justifica, porque la naturaleza de la labor que se realiza es distinta que al de una empresa de venta y distribución de abarrotes. Mientras diferenciar una Mype que vende y distribuye abarrotes de otra gran empresa que vende y distribuye abarrotes por el solo hecho de que uno tiene menor venta que el otro, no responde a la expedición de leyes especiales a que se refiere el artículo 103 de nuestra Constitución.

En el particular caso del régimen de las MYPEs, se puede apreciar que la regulación establecida no obedece a la naturaleza del servicio a prestarse, sino a la particular condición del empleador. Así, habrá por ejemplo un trabajador de una microempresa que brinde el mismo servicio que un trabajador de una pequeña empresa o de una empresa sujeta al ámbito del régimen laboral general y, sin embargo, en cada uno de los supuestos percibirán beneficios diferenciados.

En tal sentido, somos de la opinión de que los regímenes laborales establecidos en la nueva Ley de Mype no se ajustan a las consideraciones con las que debería contar un régimen especial para ser válido, siendo una regulación diferenciadora, no por la naturaleza de los servicios, sino por la condición de una de las partes de la relación laboral.

⁷⁷ MONEREO PÉREZ José Luis. Introducción al nuevo Derecho del Trabajo, Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. p. 17.

⁷⁸ SANGUÍNEO RAYMONO, Wilfredo. Derechos fundamentales y confíalo de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. En: Foro Jurídico N° 2, Lima, 2003. p. 222.

Es por ello, al no tener una base objetiva para hacer estas diferenciaciones, sino únicamente por las características del empleador, se vulnera los derechos laborales, se atenta contra el artículo 26° de nuestra Constitución que proscribe la discriminación en el ámbito laboral, contra el Convenio 111 de la OIT, que prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, al Convenio 100 de la OIT que señala que debe haber igual remuneración por trabajo de igual valor y la Recomendación 189 de la OIT relativa a las condiciones generales para fomentar la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, donde señala que para tomar los acuerdos debe ser con la participación de los trabajadores, lo que no se ha hecho en el caso de las Mypes del Perú, sino se ha impuesto mediante la Ley la reducción de sus beneficios, obligándolos a renunciar sus derechos laborales de carácter irrenunciable. Por lo que está claro la inconstitucionalidad de este régimen laboral especial.

4.5.2. ES UN RÉGIMEN QUE NO SUPERA EL TEST DE IGUALDAD O PROPORCIONALIDAD

La diferenciación efectuada a través de la regulación del régimen laboral especial de las Mypes, a la que hemos hecho mención en los puntos anteriores, no supera el test de igualdad que establece el Tribunal Constitucional, por las siguientes razones:

d) EVALUACION DEL PRINCIPIO DE IDONEIDA

El Tribunal Constitucional ha manifestado que “la Constitución permite que se legisle de manera especial por exigencia de la naturaleza de las cosas (artículo 103°)” y que mientras “intervienen factores que le atribuyen una especialidad natural y propia a la actividad económica (temporalidad, movilidad de trabajadores, estacionalidad e informalidad)” –como fue el caso del Régimen Agrario- se

justifica “la emisión de una legislación especial”, sin embargo, tal como se ha establecido el Régimen Laboral de la MYPE mediante el Decreto Legislativo 1086, avalada a través de las modificaciones introducidas mediante Ley 30057, las cuales se encuentran plasmadas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, en la cual, de los factores que el Tribunal Constitucional señala que sirven de motivo, como son la temporalidad, movilidad de trabajadores, estacionalidad e informalidad, sólo éste último serviría de justificación para la dación de una ley especial que cree un régimen especial laboral, toda vez que, la informalidad de las micro y pequeñas empresas representa un elevado índices porcentuales.

A pesar de ello, es discutible si la formalización de las empresas constituye parte de la política de promoción del empleo que es rol preponderante del Estado, tal cual lo señala el propio Tribunal. En tal sentido, debe concluirse que la formalización de las empresas no es el objetivo ni fin último de las políticas laborales del Estado, sino por el contrario corresponde a estas la mejora de las condiciones de trabajo y la inclusión de los trabajadores en los regímenes de protección social comunes, pero un incentivo de formalización que se sustente en la rebaja de derechos laborales no se justifica, pero aun cuando estos incentivos se dan con carácter de permanente.

En este orden de ideas, tenemos que al ser el nuevo régimen legal laboral especial de la MYPE un régimen legal de carácter permanente cuyo objetivo es la formalización de

las micro y pequeñas empresas en el marco de una política de empleo decente, no resulta una medida idónea ni adecuada que sustente la diferenciación respecto del régimen laboral común, más aún, si esta nueva ley de MYPE reduce los beneficios laborales que contemplaba inicialmente la Ley N° 28015.

En este punto debe acotarse que el régimen laboral especial establecida mediante la Ley N° 18015, vigente aún hasta julio del 2016 para los trabajadores que ingresaron bajo su vigencia, era todavía soportable por cuanto constituía un régimen laboral de carácter transitorio, con intentos de reducir la informalidad, pero afectaba igualmente los derechos laborales de los trabajadores al reducir ciertos beneficios laborales como vacaciones, CTS, indemnización por despido arbitrario y asignación familiar.

e) EVALUACION DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD

De primera mano podemos decir que al no determinarse una idoneidad de la medida, esto es de la ley especial que crea el régimen laboral para la MYPE, tampoco resulta ser una medida necesaria. Es más, si la medida no es idónea ni siquiera es necesario evaluar su necesidad. Sin embargo, veremos algunas situaciones más.

Como sabemos, la única singularidad de los trabajadores de una MYPE, es que sus empresas sean pequeñas y éstas en su mayoría no son formales plenamente, pero a nivel ocupacional, los trabajadores de las Mypes no desempeñan una labor diferente que los del Régimen Laboral General. Por ello, no se justifica la existencia de un régimen laboral especial con menores derechos laborales. Es decir, el

establecimiento de una regulación especial en nuestro país no es necesario.

Por otra parte, si es que la intención del Estado es promover la formalización de las Mypes, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial, existen otros mecanismos para efectuar dicha promoción. Un incentivo a nivel de trámites administrativos, a nivel contributivo y previsional de manera temporal, tiempo que se debe establecer previo estudio e investigación, atraería más la formalización de estas empresas, y no se sacrificaría los derechos laborales.

Debemos tener en cuenta que en un Estado Social y Democrático, el Estado es el ente encargado de promocionar las Mypes, a través de sus medios, no a costa de los trabajadores. Por ello, se justifica otorgar incentivos tributarios, como rebajas en cuanto a impuesto a la renta, impuesto general a las ventas, subvencionar porcentaje de los aportes previsionales, y no sacrificar los derechos laborales de los trabajadores, exponiendo a éstos a situaciones de pobreza y propiciando actitudes de abuso y arbitrariedad en los empleadores.

En ese sentido, es claro que la intervención legislativa especial adoptada para regular los derechos laborales y sus contenidos mínimos para las MYPEs, no encuentra justificación, más al contrario resulta siendo gravosa, no estando habilitada constitucionalmente al no ser una medida idónea.

f) EVALUACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PROPIAMENTE DICHA

Nuevamente, señalamos que siendo la medida inidónea e innecesaria, no es necesaria analizar si supera o no el juicio de proporcionalidad *strictu sensu*. Sin embargo, por la finalidad del trabajo que nos ocupa advertiremos algunas situaciones que hacen que el régimen laboral especial de las Mypes tampoco supera este juicio.

Primeramente, en cuanto a la proporcionalidad propiamente dicha podemos advertir que en el caso sub examen, la intensidad o grado de intervención en la igualdad es grave, toda vez que la diferenciación se basa en una razón proscrita por la Constitución, puesto que la diferenciación no justificada constituye una discriminación.

Si bien el Estado ha intervenido legislativamente a través del establecimiento de un régimen legal laboral especial para la MYPE, este régimen no sirve para lograr progresivamente promover y fomentar el acceso al empleo en este sector, pues no se trata de un sector que cuente con una característica especial y de momento, sino todo lo contrario, es un sector que tiene permanencia en el tiempo, y en todo el tiempo su singularidad ha sido pues la informalidad. Además preguntémonos, desde la vigencia de la Ley N° 28015 hasta hoy cuanto ha disminuido el grado de informalidad, desde la vigencia del Decreto Legislativo 1086 cuánto ha disminuido la informalidad. La respuesta a ellos nos hace ver que las medidas adoptadas no están surtiendo efecto.

En tal sentido, el Estado puede adoptar otras medidas que sean idóneas, necesarias y proporcionales respecto al fin que

persigue, esto es la formalización de las micro y pequeñas empresas, pero no utilizar políticas laborales perjudiciales para los trabajadores con el ánimo de conseguir dichos objetivos.

Luego de analizado el test de igualdad según los términos y presupuestos establecidos por el propio Tribunal Constitucional, se debe extraer aquellos criterios que pueden servir de justificación constitucional –y a modo de recomendación, servir de modificación legislativa urgente a la normatividad vigente– para la existencia de un régimen laboral especial para las micro y pequeñas empresas que en verdad permitan superar el test de igualdad que la legislación vigente no puede superar.

En tal sentido, debe verificarse que lo primordial es no perder la dirección de lo que pretende un régimen laboral especial, la misma que está enmarcada en una política promocional de empleo por parte del Estado Peruano, política promocional que no debe estar supeditada a la formalización de las micro y pequeñas empresas sino por el contrario apoyada en mecanismos de incentivo de su competitividad, ya que, el principal factor que limita la existencia y capacidad económica de las micro y pequeñas empresas es la falta de competitividad en el mercado.

Con ello, la política promocional del empleo se constituye en un primer criterio de justificación constitucional con el cual se evidencia la cobertura de más del 50% del examen de idoneidad y adecuación, toda vez que el restante estará cubierto por un segundo criterio, la transitoriedad del régimen legal creado, pues no basta tener la política de promocional del empleo y dirigirla por los cauces correctos, sino que además dicha política promocional plasmada en una determinada ley dote a ella de un carácter transitorio cuyo norte también sea su inclusión a las

políticas de empleo generales que están implícitas en el régimen laboral común, sin embargo en nuestro caso este régimen es permanente.

Así quedaría cubierto el examen de idoneidad o adecuación, teniendo a la par un sustento constitucional claro cualquier norma que cree un régimen legal laboral especial para la MYPE y que respete estos dos criterios preliminares.

En este orden de ideas, y con lo hasta ahora expuesto, el examen de necesidad será superado siempre que el régimen legal laboral especial creado constituya la menos gravosa, debiendo únicamente evaluarse si la generación de incentivos tributarios pueda generar una menor injerencia en el derecho fundamental, o pudiendo el régimen legal laboral especial contener ya estos beneficios tributarios, con lo cual el examen de necesidad quedaría plenamente superado.

Finalmente, un tercer criterio que servirá de base para superar el examen de proporcionalidad in strictu, es la gradualidad con que las empresas que se acojan al régimen legal laboral especial se incorporen e igualen los beneficios laborales que concede el Régimen General Laboral.

Dicha gradualidad, puede ser establecida en función a diversos factores y servirá para medir el grado de intervención en el derecho de igualdad y la consecución de los fines que persigue la intervención legislativa del Estado. En tal sentido, y teniendo como presupuesto la transitoriedad del régimen, la gradualidad debe estar inicialmente establecida en años, siendo razonable que durante un periodo de 5 a 10 años de acogidas a este régimen las micro o pequeñas empresas vayan gradualmente asumiendo sus obligaciones laborales conforme al régimen

laboral común, hasta incorporarse completamente a éste, independientemente de su crecimiento económico o no, o de su expansión en número de trabajadores o no.

Lo que debe privilegiarse con toda medida legislativa que se justifique constitucionalmente para establecer un régimen legal laboral especial, es que ella no puede sujetar el pago de los derechos laborales de los trabajadores al factor económico de crecimiento o estancamiento de la misma. Es así que, si en el lapso de tiempo indicado, la micro o pequeña empresa no lograra adecuarse al pago de obligaciones laborales conforme al régimen laboral común, entonces deberá ceder paso a un empresa de mayor envergadura, o utilizar cualquier mecanismo de reorganización empresarial que asegure además el puesto de trabajo de sus trabajadores.

En ese sentido, diríamos que la legislación peruana vigente que crea el Régimen Legal Especial Laboral para las micro y pequeñas empresas no supera el test de igualdad del Tribunal Constitucional constituyendo una medida inidónea, innecesaria y desproporcional que lesiona los derechos laborales de los trabajadores.

Los criterios de Justificación Constitucional para la existencia de un Régimen Legal Especial Laboral para las micro y pequeñas empresas que coadyuvan a superar el test de igualdad del Tribunal Constitucional son: la existencia de una política promocional de empleo por parte del Estado Peruano; el carácter transitorio del régimen legal creado, y la gradualidad con que las empresas de este régimen incorporen e igualen los beneficios laborales con lo que concede el Régimen Laboral General, ello a fin de no evidenciar trato discriminatorio injustificado.

Como señala el Tribunal Constitucional⁷⁹, “la discriminación en materia laboral, strictu sensu, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes:

Por acción directa: la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad. Tal el caso de la negación de acceso al empleo derivada de la opción política o sexual del postulante, por la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros, por su mera condición de no afiliados a una organización sindical, el despido por el solo hecho del ejercicio de las actividades sindicales, etc.

Por acción indirecta: la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de “lo constitucional”, cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores. Tal el caso, por ejemplo, de las reglas de evaluación laboral sobre la base de exigencia de conocimientos no vinculados con la actividad laboral del o los trabajadores.

Dichas acciones, proscritas por la Constitución, pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes:

- Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo.
- Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.)”.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N° 0008-2005-PI/TC. Fundamento Jurídico 23.

La formalización no es el objetivo de las políticas laborales, sino por el contrario la mejora de las condiciones de trabajo y la inclusión de los trabajadores en los regímenes de protección social comunes, ya que, promocionar la formalidad con incentivos genera empleos formales pero en muchos casos precarios.

El objetivo de una política pública de empleo para las MYPEs, por la cantidad de trabajadores involucrados, es mejorar las condiciones de trabajo de quienes laboran en ellas con implementación de políticas de apoyo que mejoren la competitividad de las mismas.

Siendo así, la Ley Mype creada mediante la Ley 18015, modificada mediante la el decreto Legislativo N° 1086, luego mediante Ley 30056, y actualmente regulada mediante el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, publicado el sábado 28 de diciembre, por el Ministerio de la Producción (PRODUCE) serían inconstitucionales, por cuanto los derechos laborales reconocidos mediante estas normas lesionan derecho laborales del trabajador reconocidos en la constitución y legislación internacional sobre derechos laborales.

4.5.3. ES UN RÉGIMEN QUE NO HA SOLUCIONADO LA INFORMALIDAD NI LA GENERACION DE PUESTOS DE TRABAJO DE LAS MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS

El régimen laboral de las micro y pequeñas empresas, tanto las creadas por la Ley 28015 para las microempresas, así como las modificaciones efectuadas por el Decreto Legislativo 1086, que crea el régimen laboral especial para las micro y pequeñas empresas, modificada por la Ley 30056, han sido con el objeto de posibilitar la promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas empresas para incrementar el empleo sostenible, su productividad y rentabilidad, su contribución al Producto Bruto Interno, la ampliación del mercado interno y las exportaciones, y su contribución a la recaudación tributaria.

Lo que nos hace ver que lo que el Estado perseguía era la formalización de las MYPEs y la generación de puestos de trabajo. Sin embargo, ello no se ha logrado. Pues en el año 2004 teníamos 25.8% de empresas formales y 74.2% de empresas informales, y en el año 2013, después de 10 años de aplicarse el régimen laboral especial de la Mypes tenemos que 49.6% de las MYPEs son formales, mientras el 50.4% son informales. Es decir, después de 10 años de la vigencia de un régimen que recorta los derechos laborales de los trabajadores, más del 50% de las Mypes continúan siendo informales.

De igual manera, en el año 2002, el año anterior a la expedición de la Ley 28015, de un total de 8202811 trabajadores que laboraban en el sector empresarial, 6352695 (77.5%) se laboraban en las microempresas, 873687 (10.7%) laboraban en las pequeñas empresas y 975811 (11.9%) laboraban en las medianas y grandes empresas, pero vemos que el desarrollo o la evolución de la cantidad de puestos de trabajo en las Mipymes

en nuestro país no ha sido tan gigantesco, pues entre 2009 al 2010 creció en 2.2%; entre 2010 al 2011 creció en 1.4%, entre 2011 al 2012 creció en 1.5% y entre 2012 al 2013 creció en 0.9%, por lo que el crecimiento promedio entre el 2009 al 2013 ha sido alrededor de 6.3%, por lo que no se podría decir que el régimen laboral especial creada por la Ley 28015, modificada por el Decreto Legislativo 1086, modificada por la Ley 30056, sea la respuesta exacta para la formalización de las Mypes y generación de puestos de trabajo en nuestro país.

4.5.4. EXISTE UN CASO SIMILAR DE RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL QUE HA SIDO DEROGADO

Nos referimos a la derogación de la ley de del régimen laboral juvenil de Perú, que puede ser referente para declarar la inconstitucional la ley de las micro y pequeñas empresas.

La Ley N° 30288, Ley que promueve el acceso de Jóvenes al Mercado Laboral y a la Protección Social, conocida Régimen Laboral Juvenil o la “Ley Pulpín”, ha sido aprobada por el Congreso de la república el 11 de diciembre de 2014, y promulgada por el ejecutivo el 16 de diciembre del mismo año.

Esta Ley creó un régimen laboral especial para jóvenes de entre 18 y 24 años, cuyo artículo 1° señalaba que “la presente Ley tiene por objeto mejorar la empleabilidad y promover la contratación de jóvenes desocupados para que cuenten con mayores oportunidades de acceso al mercado laboral a través de un empleo de calidad con protección social”. Es decir, a través de esta ley se buscaría formalizar el empleo juvenil.

La ley fue objeto de polémica y diversas críticas, en razón de que daba beneficios tributarios a las empresas, reducía los costos laborales de los empleadores pero recortaba beneficios laborales a los jóvenes, aparte de ser muy dependiente de la

fiscalización y del control. Aunque existía otro sector, sobre todo los allegados al gobierno que opinaban que esta ley permitiría solucionar el problema de la informalidad laboral de los jóvenes y compensar la baja productividad de esta población. Sin embargo, las inmensas protestas de los jóvenes y de la población hicieron que el 26 de enero de 2015, el pleno del Congreso lo derogara.

El derogado Régimen Laboral Juvenil, creado mediante la Ley 30288, posee varias similitudes con el Régimen Laboral Especial de las MYPEs. Haciendo un análisis a estas normas podemos encontrar que se parecen en los recortes de beneficios, y además en los beneficiarios.

En 2003, a través de la Ley N° 28015, Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa, el gobierno crea el Régimen Laboral Especial de las MYPEs, la misma que en 2008 fue modificada mediante el Decreto Legislativo 1086, y éste también modificado mediante la Ley 30056 en el año 2013. Esta norma busca fomentar el empleo formal de miles de trabajadores en las micro y pequeñas empresas de todo el país, para el cual recorta muchos beneficios laborales de los trabajadores en comparación con el régimen general, supuestamente para generar una ola de formalización por parte de las MYPEs y, por ende, más trabajadores en planillas con ciertos beneficios laborales. Sin embargo, esto no viene sucediendo en la práctica.

Similarmente, la Ley 30288, Ley que promueve el acceso de Jóvenes al Mercado Laboral y a la Protección Social, se promulga con el objeto de impulsar el contrato formal de los jóvenes, también con muchos recortes de los derechos y beneficios laborales.

El siguiente cuadro compara los principales regímenes laborales en referencia, es decir, el régimen laboral general, el régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas y el régimen laboral juvenil:

**CUADRO N° 19
CUADRO COMPARATIVO DE BENEFICIOS LABORALES EN LOS
REGÍMENES LABORALES GENERAL, MYPES Y JUVENIL**

Beneficios	Régimen General Decreto Legislativo 728	Régimen Especial de las Mypes Decreto Supremo N° 013-2013- PRODUCE		Régimen laboral Juvenil Ley 30288
	Régimen General	Microempresas	Pequeña empresa	
Remuneración	RMV ⁸⁰ .	RMV.	RMV.	RMV.
Jornada (Horario)	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales.
Descanso semanal	24 horas	24 horas	24 horas	24 horas.
Vacaciones	30 días, reducción a 15 días.	15 días, reducción a 7 días	15 días, reducción a 7 días	15 días.
CTS	Una remuneración mensual por año	No se aplica	15 remuneraciones diarias por año, tope 90 remuneraciones.	No se aplica.
Gratificaciones	2 gratificaciones, sueldos íntegros cada una	No se aplica	2 gratificaciones, de medio sueldo cada una.	No se aplica.
Utilidades	Se aplica	No se aplica	Sí aplica, tiene como base legal al Decreto Legislativo 892.	No se aplica.
Asignación familiar	Se aplica	No se aplica	No se aplica	No se aplica
Despido arbitrario o injustificado	1 1/2 remuneración por año. Tope 12 remuneraciones. Fracciones por dozavos y treintavos	10 remuneraciones diarias por año, tope 90 remuneraciones.	20 remuneraciones diarias por año, tope de 120 remuneraciones.	20 remuneraciones diarias por año, tope 120 remuneraciones.
Seguro social	Trabajador es asegurado regular	Trabajador y conductor son asegurados regulares	Trabajador y conductor son asegurados regulares	Asegurado regular.
Pensiones	El trabajador decide el sistema pensionario	Trabajador y conductor, además deciden a qué sistema pensionario aportar.	Trabajador y conductor, además deciden a qué sistema pensionario aportar.	Trabajador y conductor, además deciden a que sistema pensionario aportar.

FUENTE: Elaboración propia

⁸⁰ Mediante el Decreto Supremo N° 007-2012-TR, se ha fijado que partir del 01 de junio del 2012 la Remuneración Mínima Vital es de S/. 750.00 Nuevos Soles.

Los derechos laborales negados por la Ley Pulpín son la Compensación por Tiempo de servicio (CTS), gratificaciones, asignación familiar, seguro de vida y utilidades. Evidentemente que esta negación conlleva a la reducción de los costos laborales de las grandes empresas, lo que significa que esta Ley estaba dada a favor de los empresarios con la finalidad de maximizar ganancias a través de reducción de costos, demostrándose una vez más que esta ley se ha dado conculcando los derechos laborales de los trabajadores jóvenes en beneficio de la clase empleadora o empresarial.

Como se puede ver, los regímenes laborales creada para las microempresas, las pequeñas empresas y el derogado régimen de los jóvenes, son regímenes que otorgan derechos laborales bastante recortados a los trabajadores en comparación con el régimen general. Viendo con mayor detalle, el régimen laboral especial para las microempresas incluso prevé menores derechos que la derogada ley que creaba el régimen laboral de los jóvenes, sin embargo dicho régimen continúa vigente. El régimen laboral especial para las pequeñas empresas es algo similar al régimen laboral juvenil, pero también continúa vigente.

Esta comparación nos hace ver que tal como la Ley 30288, Ley que promueve el acceso de Jóvenes al Mercado Laboral y a la Protección Social era inconstitucional, por lo que fue derogado, así también las leyes que crean el régimen laboral para las micro y pequeñas empresas también son inconstitucionales o contienen normas inconstitucionales, puesto que violentan derechos laborales legal y constitucionalmente otorgados a los trabajadores, por lo que ésta también debe ser derogado y/o reformado.

4.5.5. EXISTEN REGIMENES LABORALES MYPES EN OTROS PAISES, QUE DEMUESTRAN QUE REBAJAR LOS DERECHOS LABORALES NO ES EL MEJOR CAMINO

2.1. LA INFORMALIDAD DE LAS MYPES EN AMERICA LATINA

Según estimaciones de OIT en 2009 había unas 59 millones de unidades productivas o negocios en América Latina y el Caribe, de los cuales unos 48 millones fueron negocios conducidos por trabajadores independientes y cerca de 7 millones fueron empresas de hasta 5 trabajadores⁸¹.

Esto implica que la mayor parte del empleo en la región, se genera en el trabajo autónomo o empresas de menor tamaño. Desafortunadamente, una alta proporción del empleo generado por este tipo de unidades es informal: las tasas de empleo informal entre los independientes es de 84% y entre las empresas pequeñas es de 60%. Según OIT (2013), trabajadores independientes y empresas de hasta 10 trabajadores ocupan casi el 70% del empleo informal total.

Quienes trabajan en este tipo de unidades enfrentan condiciones de trabajo peores en comparación a los que trabajan en empresas de mayor tamaño. Según OIT (2013), en América Latina y el Caribe al año 2012 solo el 48,4% de los asalariados urbanos en establecimientos de 5 ó menos trabajadores contaba con cobertura en seguridad social (salud o pensiones), en comparación con el 87,6% de los trabajadores en empresas de 6 o más trabajadores⁸².

⁸¹ OIT (2014). Políticas para la formalización de las micro y pequeñas empresas. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. p. 4.

⁸² OIT (2013). Panorama Laboral de América Latina y El Caribe 2013. Lima: OIT. La cifra de cobertura para asalariados en empresas de hasta 5 trabajadores en el 2000 fue de 31.9% y para asalariados en empresas de 6 a más trabajadores era de 80.4%.

Aparte de los impactos de la informalidad sobre la calidad del trabajo, preocupación central de la OIT, existen múltiples problemas adicionales que plantea la informalidad en las micro y pequeñas empresas desde la perspectiva de la sociedad, de los trabajadores y de las empresas.

Operar informalmente como empresa significa o refleja un potencial económico limitado, baja productividad, mercados restringidos, limitado acceso al crédito y pocas posibilidades de desarrollar el capital humano. Para la sociedad, la estrechez en la base de contribuyentes del sistema impositivo y la reducida cobertura de los sistemas de seguridad social, son solo algunos de los desafíos que plantea la informalidad.

Mucho se ha discutido sobre las causas de esta realidad. Aquí cabe recordar que la informalidad es un fenómeno multidimensional donde intervienen diversos factores económicos, estructurales, institucionales y hasta políticos. También inciden fuertemente los procesos de globalización, externalización y subcontratación. A nivel microeconómico, entre los principales determinantes que influyen en la decisión de las empresas de menor tamaño de operar informalmente, se encuentran:

- La baja productividad de las micro y pequeñas empresas, que no permitiría enfrentar los costos de la formalidad
- La complejidad de procedimientos para el registro de empresas y pago de obligaciones, así como la regulación inadecuada para las características de las micro y pequeñas empresas
- El atractivo de la informalidad como opción de flexibilidad e independencia ante la percepción de escasos beneficios de la formalidad
- La reducida fiscalización y la escasa sanción social

2.2. ALGUNAS POLÍTICAS DE FORMALIZACIÓN DE MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS

El estado peruano ha señalado con mucha frecuencia que este régimen es con la finalidad de formalizar las Mypes, incluso el artículo 01 del Texto Único Ordenado de la Ley de impulso al desarrollo productivo y al crecimiento empresarial aún sigue diciendo que la presente ley tiene por objeto establecer el marco legal para la promoción de la competitividad, formalización y el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas. Por ello vamos a ver a partir de un informe de la OIT⁸³, los criterios que se toman para establecer una política de formalización, efectuado en cuatro países como Brasil, Chile, Colombia y Costa Rica.

Así, la OIT ha señalado que, para fines de política, es importante tener presente la distinción entre la formalización de la entidad productiva y formalización del empleo al interior de la empresa. Existe evidentemente una estrecha relación entre ambos objetivos, pero es claro que las políticas para la formalización de la entidad productiva no generan necesariamente ni automáticamente formalización en el empleo y cumplimiento de los derechos laborales. Claramente entonces se requieren políticas que aborden ambos aspectos.

En estas notas se revisan algunos programas o políticas de formalización de Mypes en cuatro países de la región. Se hace especial énfasis en áreas de intervención frecuentes sobre todo a nivel de las unidades productivas, en particular en los temas de simplificación administrativa; la generación o perfeccionamiento de incentivos (acceso a la seguridad social por ejemplo) y en los

⁸³ OIT (2014). Políticas para la formalización de las micro y pequeñas empresas. Ob. Cit. pp. 5 y ss.

desafíos a la fiscalización y cumplimiento de normas en empresas de menor tamaño.

- **SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA**

La necesidad de simplificar los trámites administrativos para la constitución y funcionamiento de la empresa últimamente ha tenido mucha resonancia en la región. Diferentes países han implementado estrategias para hacer menos engorroso el proceso de creación de empresas.

Los cambios legislativos que significan trámites más cortos y baratos para la obtención de permisos y para el registro de la empresa en las distintas entidades administrativas, son un paso importante hacia una mayor formalización.

En este sentido, las estrategias más comunes para simplificar los trámites para la constitución de la empresa han sido 1) ventanillas únicas, 2) reforma de los permisos y licencias, 3) plazos administrativos límites y silencio administrativo positivo, 4) reducción o eliminación del capital mínimo pagado, 5) nuevas formas jurídicas para microempresas, 6) simplificación de procesos administrativos, 7) digitalización de procesos administrativos, e 8) información y difusión.

Adicionalmente, el modo más efectivo de llevar adelante un proceso de racionalización de trámites depende de la complejidad de las regulaciones existentes, el compromiso político, el nivel de centralización en la toma de decisiones, así como el grado de uniformidad de las regulaciones entre las diferentes jurisdicciones. Múltiples esfuerzos se han realizado en la región. Por ejemplo, en Chile, la simplificación de los trámites para la constitución de la empresa se hizo en diferentes pasos, con la Ley de la microempresa familiar (Ley 19.740), la Ley sobre la agilización de trámites para el inicio

de actividades de nuevas empresas (Ley 20.494) o la plataforma “Tu empresa en un día” (creada según Ley 20.659) que permitía el registro electrónico y gratuito para constituir una empresa.

Por otro lado, en Colombia, el Decreto Anti-trámites del año 2012 abarcó un gran número de procedimientos a ser agilizados con un solo Decreto, así como la Ley 1429, que eliminó la obligación de realizar ciertos trámites ante el Ministerio de la Protección Social. Los Centros de Atención Empresarial (CAE) proveen de servicios integrados de información y asesoría para constituir empresas en un solo día en un solo lugar y a bajo costo (especial de ventanilla única), así como el Portal Nacional de Creación de Empresas. En Costa Rica, la Ley N° 8220 de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos permitió a los ciudadanos contar con más información para facilitar diversas gestiones (entre ellas, el registro de empresas), así como el Sistema Centralizado de Recaudación (SICERE).

Dado que los procesos de reforma típicamente involucran a múltiples actores, estos deberían alcanzar consensos desde el principio de estos procesos. De esta manera lo entendió el Gobierno brasileño cuando creó la Red Nacional para la Simplificación del Registro y la Legalización de Empresas y Negocios (REDESIM), liderada por el Gobierno Federal con la participación de entidades estatales y municipales y el sector privado.

- **INCENTIVOS TRIBUTARIOS**

Una especial atención requiere los sistemas tributarios a los que están sometidas las pequeñas entidades productivas. El nivel de la carga tributaria indudablemente es uno de los

factores más relevantes detrás de la decisión de muchos pequeños empresarios de no formalizarse. En muchos países de la región existe una tasa de impuesto a las ganancias diferenciada para las empresas de menor tamaño. Sin embargo, no son sólo las tasas impositivas que importan en materia tributaria. La complejidad de los procedimientos del sistema impositivo, la multiplicidad de tributos y la escasez de información también inciden en los procesos de formalización.

Las estrategias en materia tributaria que inciden positivamente en la formalización, se agrupan en las siguientes categorías: 1) regímenes tributarios especiales que otorgan un tratamiento diferenciado para los pequeños contribuyentes, 2) simplificaciones en los regímenes generales en materia de contabilidad, declaración y pago de impuestos, 3) información y asistencia tributaria, y 4) reducción de la evasión.

En particular, los regímenes tributarios especiales se crearon con el objetivo de enfrentar la informalidad, fomentar las empresas de menor tamaño y promover una mayor eficiencia en el uso de los recursos administrativos de las agencias tributarias. Estos regímenes suelen contar con una o más de las siguientes características: 1) tasa tributaria menor que los regímenes generales, 2) determinación de la base gravable a través de un método presuntivo, e 3) integración de impuestos de diferente naturaleza en un sólo tributo (monotributo).

Un ejemplo de régimen tributario especial es SIMPLES Nacional (Super SIMPLES) en Brasil. Este permite que las pequeñas empresas hagan una sola declaración anual simplificada para el pago de los impuestos y contribuciones de competencia federal, estatal y municipal, cuya alícuota es progresiva según la renta bruta y la actividad económica ejercida. Al año 2012 más de 4 millones de micro y pequeñas

empresas habían optado por este régimen, dando un gran empuje a la formalización. Asimismo, la Ley del Microempendedor Individual para cuentapropistas que facturan por debajo de un límite permite el pago de un monto fijo mensual que incluye contribuciones a la Seguridad Social y exenciones del pago de varios impuestos para esta categoría de trabajadores.

Una simplificación al régimen tributario general es la ocurrida en Chile en el año 2007. Se introdujo el Régimen de Tributación Simplificada (artículo 14 de la Ley del Impuesto a la Renta) que consiste en un régimen optativo que simplifica la contabilidad y abarata la determinación del impuesto a la renta a que están afectos los micro, pequeños y medianos empresarios. En Colombia, la Ley MIPYME redujo los aportes parafiscales durante los tres primeros años de creación de una empresa. La Ley 1429 de 2010 también redujo la carga regulatoria e introdujo exenciones en el impuesto a la renta, en los aportes parafiscales, en el pago de la matrícula mercantil y en la contribución a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) del sistema de salud para empresas con hasta 50 trabajadores. Finalmente, la reforma tributaria de 2012 (Ley 1607) eliminó definitivamente los aportes parafiscales así como el aporte empleador a la seguridad social en el caso de trabajadores cuyo salario no supere los diez salarios mínimos. Esto significa que la cotización sobre la nómina de estos trabajadores se redujo en un 13,5%.

En Costa Rica, las pequeñas empresas se benefician de una tasa preferencial del impuesto a la renta (Ley 7092 del Impuesto a la Renta) así como una exención del impuesto a las personas jurídicas (Ley 9024 de Impuesto a las Personas

Jurídicas). Para aprovechar de esta última exención, la empresa tiene que estar inscrita en el registro PYME del Ministerio de Economía. Dicho registro solo emite certificaciones a empresas que están al día con sus diferentes obligaciones, reforzando de esta manera la formalización.

Un desafío central en materia tributaria está en diseñar un sistema que sea apropiado para cada nivel, relativamente sencillo y entendible por los contribuyentes. Para las microempresas a nivel de subsistencia, suele ser recomendable la exención total o el pago de una sola patente o cuota. Para microempresas sobre el nivel de subsistencia, suelen ser adecuados los regímenes tributarios especiales que sustituyen un conjunto de impuestos. Las pequeñas empresas con mayor inserción en el mercado, a su vez, deberían incorporarse al régimen general, beneficiándose de ciertas simplificaciones tributarias. El tránsito de un régimen a otro tiene que ser lo menos traumático posible y no generar distorsiones ni para los contribuyentes ni para las autoridades recaudadoras.

En general, las experiencias internacionales validan la noción de tratar de forma diferenciada en materia tributaria a determinados sujetos. Sin embargo, los regímenes tributarios especiales pueden conllevar ciertos elementos negativos. Uno de problemas más recurrentes es el llamado “enanismo fiscal” o la tendencia de las empresas a permanecer pequeñas para pagar menos impuestos. La evaluación de este efecto negativo es una tarea pendiente.

- **ACCESO A LA SEGURIDAD SOCIAL**

Los problemas recurrentes relacionados con el acceso a la seguridad social, limitantes de la formalización del empleo en

las empresas de menor tamaño, tienen que ver, en primer lugar, con la escasa capacidad contributiva de estos establecimientos y la irregularidad de sus ingresos.

Las microempresas informales suplen su baja productividad ahorrándose las cotizaciones de la seguridad social, que entre todos los aportes puede representar entre un 25% a un 45% del salario bruto. Un indicador de la magnitud de este problema es que al año 2012, un 60% de asalariados en microempresas era considerado informal por no contar con seguro de salud. Por otra parte, la complejidad de las declaraciones y pagos a los programas de seguridad social también suele traducirse en altos costos de transacción.

Las relaciones causales entre la protección social y la informalidad en las micro y pequeñas empresas, sin embargo, son múltiples y van más allá de la capacidad contributiva de las empresas. Muchas veces los trabajadores en estas empresas temen que el pago de las cotizaciones no se vea compensado por los beneficios de la seguridad social. Teniendo en cuenta la baja capacidad contributiva, los incentivos relacionados con la seguridad social para formalizarse deben ser importantes. Un factor decisivo es la calidad de los servicios brindados.

La relación precio-calidad de los beneficios en las áreas de salud, maternidad y desempleo determinan si los sistemas responden o no a las necesidades de los afiliados. La confianza en los sistemas de pensiones, generada a través de reglas del juego y criterios de indexación claros, estables y respetados, es otro aspecto clave. Una adecuada cobertura del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales también funciona como incentivo a la formalización.

Otras características de las pequeñas unidades productivas son la falta de continuidad en las cotizaciones, que se origina en la irregularidad de los ingresos y la alta rotación laboral, o cual juega en contra de la formalización. El reducido desconocimiento entre empresarios y trabajadores sobre los procedimientos y beneficios de la seguridad social es otro obstáculo a la formalización y la extensión de la protección social.

No existe un modelo único e ideal para promover la formalización y la protección social en las micro y pequeñas empresas. Sin embargo, existen algunas características de los regímenes generales de seguridad social que pueden ser más o menos favorables a la formalización del empleo en estas entidades. Las principales son: 1) la progresividad en las cotizaciones, 2) la existencia de subsidios a las cotizaciones, 3) la existencia de un componente básico financiado con impuestos y 4) la reducción de los costos de administración del sistema de la seguridad social.

Similar a lo que se ha visto en el ámbito fiscal, existen en la región regímenes especiales de seguridad social que se supone son más apropiados para determinados segmentos de trabajadores, empresas o sectores, como trabajadores independientes, trabajadores familiares no remunerados, micro y pequeñas empresas, empresas subcontratistas y asalariados temporales o a tiempo parcial.

Estos regímenes tienen su origen en las dificultades que enfrentan las empresas de menor tamaño en cumplir con los procedimientos y regulaciones generales en materia de seguridad social, ya sea por debilidades productivas o administrativas. En ese sentido, buscan adecuarse a las características y los modos de operar de las empresas de

menor tamaño. Las características más habituales de estos regímenes son 1) menores contribuciones de los aportantes, 2) cotizaciones integradas, 3) cambio de ámbito objetivo de aplicación, 4) periodicidad de los pagos, 5) exenciones, 6) gradualidad en la aplicación de las obligaciones y 7) mitigación frente a crisis económica.

Cabe mencionar que el diseño de regímenes especiales de seguridad social conlleva el riesgo de incumplimiento de los derechos laborales. Estas situaciones negativas se dan en regímenes donde la exención, la reducción o la aplicación gradual de las obligaciones no es substituida por un elemento de subsidio estatal. Tampoco se considera adecuado que los trabajadores de las empresas de menor tamaño tengan derecho a un paquete de beneficios de menor calidad o intensidad de cobertura que el correspondiente al régimen general. Este tipo de regímenes especiales en vez de mejorar la calidad del trabajo podrían agravar los problemas de desigualdad entre trabajadores de distintos sectores.

Existen, sin embargo, regímenes especiales que reducen la carga administrativa de la micro y pequeña empresa sin tener un impacto negativo sobre los derechos de sus trabajadores.

Los regímenes que substituyen ciertas contribuciones laborales por subsidios, que unifican cotizaciones e impuestos en un menor número de pagos y que permiten ajustar la periodicidad de pagos a la estacionalidad no afectarían negativamente la calidad del empleo. Estos regímenes merecen ser estudiados y, donde conviene, replicados y ajustados a otros contextos.

Ejemplo de adaptación del régimen general para las MYPE fue la reforma tributaria que entró en vigor en Colombia en el año 2013 (Ley 1607), que buscó un mayor financiamiento de la

seguridad social a partir de los impuestos generales. Esta reforma eliminó los aportes parafiscales así como el aporte del empleador a la seguridad social en el caso de trabajadores cuyo salario no supere los diez salarios mínimos. Para compensar la reducción en las recaudaciones se introdujo el impuesto CREE (Impuesto sobre la Renta para la Equidad), trasladando parte de la carga fiscal del trabajo a la renta.

Un tema pendiente en muchos países es la racionalización de los procesos administrativos relacionados a la seguridad social. Esta tarea es especialmente urgente donde existen regímenes descentralizados privados con múltiples opciones de entes gestores. Algunos países han avanzado con sistemas de registro, declaración y pago de cotizaciones únicos y con la digitalización de los trámites. La plataforma PREVIRED, utilizada por 450.000 empresas chilenas, es un buen ejemplo; así como el SICERE en Costa Rica, que permite que el empleador pague en línea todas las aportaciones a la seguridad social.

- **FISCALIZACIÓN EN EMPRESAS PEQUEÑAS**

Otro obstáculo importante a la formalización de las micro y pequeñas empresas es la escasa fiscalización del segmento por las autoridades fiscales y laborales. Las experiencias en la región, sin embargo, muestran que existe hoy día una gama de metodologías para mejorar el enfoque de la fiscalización y aumentar el respeto a la normativa por medio de una mejor información, educación y apoyo por parte de los órganos administrativos. Asimismo, se registran mecanismos efectivos de cooperación entre organismos fiscalizadores y esquemas de responsabilidad subsidiaria en sistemas de subcontratación.

Un punto clave es complementar los cambios legislativos para promover la formalización de las micro y pequeñas empresas con esfuerzos de difusión y capacitación en terreno. Es necesario, por un lado, capacitar los funcionarios de los entes administradores que interactúan con los empresarios para que transmitan la información correcta, ofrezcan un servicio eficiente y procesen los trámites de acuerdo a la normativa. El programa de capacitación del SEBRAE en Brasil para funcionarios municipales, por ejemplo, fue clave en la implementación de las leyes SIMPLES y Microempresa Individual.

Además, se requiere ampliar los programas de capacitación y difusión para los mismos empresarios y trabajadores de la micro y pequeña empresa, ya sea a través de actividades presenciales, información por escrito o digital. El rol de las asociaciones empresariales y los sindicatos en estos esfuerzos es muy importante y evaluado positivamente en las experiencias en la región. Ejemplo en esta materia es el programa “Colombia se Formaliza” que actúa a través de las Ruedas y Brigadas de Formalización, que son iniciativas de sensibilización respecto de los beneficios y responsabilidad de la formalización.

Chile cuenta con un esquema interesante de sustitución de multas por capacitación laboral, que permite a los microempresarios infractores de la normativa laboral participar en un curso sobre la legislación laboral en vez de pagar la multa. De esta forma se desincentiva la formalización al atenuar el temor a las multas por incumplimiento. Asimismo, el Programa de Buenas Prácticas Laborales en Mipymes brinda asistencia técnica a empleadores y trabajadores en el tema de

cumplimiento de la normativa laboral, previsional y de seguridad y salud en el trabajo.

Finalmente, la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) en Colombia es un ejemplo de un mayor flujo de información entre entidades públicas. Antes de su creación, los aportantes debían pagar aisladamente las contribuciones a la seguridad social, los aportes parafiscales y los impuestos. Con la integración de los pagos se fortaleció la fiscalización de la formalización del empleo pues las empresas solo podían acceder a los beneficios tributarios si cumplían con la normativa laboral.

Como podemos ver, conforme al estudio de la OIT, ninguno de los cuatro países de los cuales ha informado, no han tomado como criterio para establecer la política de formalización de las micro y pequeña empresa el aspecto laboral, no han visto como una criterio válido reducir los derechos y beneficios laborales para la promover la formalización de las Mypes.

En ese sentido, el establecer un régimen laboral especial para las Mypes en nuestro país, recortando derechos y beneficios laborales, con lo cual se afecta los derechos laborales de los trabajadores no tiene ninguna justificación, existiendo otros mecanismos como la simplificación administrativa, incentivos tributarios, acceso a la seguridad social, mejor fiscalización, entre otros, el régimen especial de los Mypes no tendría justificación, pues no son idóneos, nos son necesarios y afectan de manera desproporcional los derechos laborales fundamentales de los trabajadores.

Ello se agrava aún más, cuando el artículo 11º de la Ley N° 30056, que modifica el artículo 42º del Decreto Supremo N° 007-2008-TR, establece que la naturaleza del régimen laboral especial es de carácter permanente y únicamente aplicable a la micro y pequeña empresa; por ende, a la categoría empresarial de

mediana empresa se le aplica el régimen laboral general. En ese sentido, si bien mediante la presente norma se busca otorgar incentivos empresariales, estos no deberían darse en perjuicio de los derechos laborales que tienen los trabajadores, por lo que como señala Clotilde Atahuaman⁸⁴, “la ampliación del periodo de gracia aunado al carácter permanente del régimen laboral especial de las MYPES, permite comprender las intenciones del gobierno actual de desconocer los derechos laborales –mínimos– que tienen los trabajadores, bajo el exiguo argumento de promover la “competitividad y la formalización”

Sin embargo, también debemos tener en cuenta lo que OIT⁸⁵ misma ha dicho que el incremento en la región de regímenes especiales para las empresas de menor tamaño en los ámbitos fiscal, laboral y administrativo, lleva a la pregunta fundamental de hasta qué punto es recomendable establecer normas más favorables para ciertos segmentos de empresas que para otros. La existencia de regímenes favorables en los distintos ámbitos puede generar una situación donde es preferible para las empresas no crecer más allá de cierto umbral, ya sea en realidad o en papel. Esta problemática apunta otra vez a la necesidad de un abordaje integral y una coordinación interinstitucional, para asegurar que en el diseño del conjunto de políticas se mantenga un equilibrio entre incentivar la formalización de las micro y pequeñas empresas sin desincentivar su crecimiento.

⁸⁴ ATAHUAMAN SUMARA, Clotilde. “La Ley N° 30056 y sus modificaciones laborales al régimen especial de las micro y pequeñas empresas”. En: Informes de área laboral. Revista Empresarial N° 285 Segunda Quincena - Agosto 2013. Lima: Instituto del Pacífico. p. V-4.

⁸⁵ OIT (2014). Políticas para la formalización de las micro y pequeñas empresas. Ob. Cit. pp. 5 y ss.

CONCLUSIONES

PRIMERA: En nuestro país las Mypes constituyen un sector muy importante de nuestra economía, pues el 99,59% de las empresas son Mypes, éstas generan el 56.5% de puestos de trabajo en el sector empresarial y aportan el 45% del Producto Bruto Interno.

SEGUNDO: En el año 2002, un año antes que entrara en vigencia el Régimen Laboral Especial de las Microempresas, el grado de informalidad en las microempresas en 74.9% y de las pequeñas empresas en un 37.2%. En el año 2013, después de 10 años de aplicarse el régimen laboral especial de las Mypes, 49.6% de las MYPEs son formales y el 50.4% informales. Ello nos hace ver que después de 10 años de la vigencia de un régimen que recorta los derechos laborales de los trabajadores, más del 50% de las Mypes continúan siendo informales. Es decir, no es un mecanismo idóneo para solucionar el problema de informalidad de las Mypes.

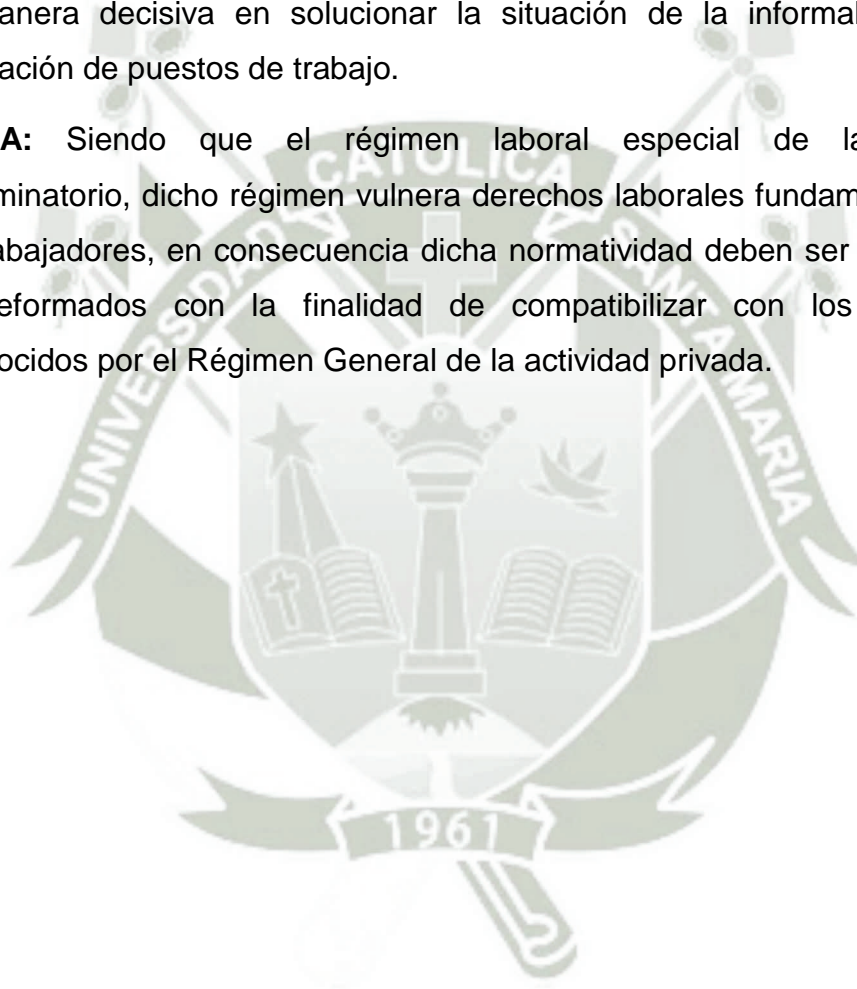
TERCERO: El Régimen Laboral Especial de las micro y pequeñas empresas, actualmente regulado mediante el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, otorga a los trabajadores del sector Mype beneficios laborales bastante reducidos respecto a los trabajadores del régimen laboral general (véase Cuadro 17), a pesar que en ambos casos, los trabajadores efectúan labores iguales, por lo que no se estaría creando un régimen por la naturaleza de las cosas, sino para beneficiar a los empleadores.

CUARTA: Los regímenes laborales especiales de las Mypes no cumplen las características de los regímenes especiales, como la naturaleza especial de los hechos ni la temporalidad. La regulación diferenciada no responde a la naturaleza de la actividad realizada, sino a la condición de una de las partes de la relación laboral, en este caso de los empleadores, asimismo no es un régimen temporal sino permanente. La diferenciación que se hace no tiene

sustento objetivo, entonces se convierte en arbitrario, por lo tanto discriminatorio.

QUINTA: El régimen laboral especial de las Mypes no supera el test de igualdad o proporcionalidad, puesto que existen otros mecanismos más idóneos para solucionar los problemas de estas empresas, como mecanismos tributarios, administrativos y financieros. Por ello no se justifica objetivamente su establecimiento, más teniendo en cuenta no ha contribuido de manera decisiva en solucionar la situación de la informalidad ni la generación de puestos de trabajo.

SEXTA: Siendo que el régimen laboral especial de las Mypes discriminatorio, dicho régimen vulnera derechos laborales fundamentales de los trabajadores, en consecuencia dicha normatividad deben ser derogados y/o reformados con la finalidad de compatibilizar con los derechos reconocidos por el Régimen General de la actividad privada.



RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se debe propiciar efectuar estudios y trabajos de investigación referidos a temas como derechos laborales del Régimen General y del Régimen Especial de las micro y pequeñas empresa, con la finalidad de buscar el conocimiento de su regulación y aplicación, para así propiciar la debida protección de los derechos laborales de los trabajadores del régimen especial de las micro y pequeñas empresas.

SEGUNDA: No es lo correcto que para propiciar la formalización y promoción de las Mypes se quiera hacer a costa de los trabajadores, pues existen otros mecanismos más idóneos y sin afectar los derechos laborales de los trabajadores. Por ello el Estado debe trabajar programas especiales de promocionar y atraer a la formalización de las Mypes, por ejemplo mediante programas de exoneración temporal de tributos para Mypes que se crean, luego tributos graduales; también la exoneración en trámites administrativos, así como establecer programas especiales de financiamiento de las Mypes.

TERCERA: Dado que la actual regulación de los derechos laborales de los trabajadores de la micro y pequeña empresa, efectuada mediante el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al crecimiento Empresarial, vulneran derechos laborales de los trabajadores, es necesario que esta norma sea reformada y/o derogada, con la finalidad de expulsar las normas inconstitucionales que vulneran los derechos laborales de los trabajadores, para lo cual proponemos mediante un proyecto de ley que a continuación se expone:

PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA Y DEROGA ARTICULOS DEL TUO DE LA LEY DE IMPULSO AL DESARROLLO PRODUCTIVO Y AL CRECIMIENTO EMPRESARIAL, APROBADO MEDIANTE EL DECRETO SUPREMO N° 013-2013-PRODUCE

PROYECTO DE LEY N°: _____

Proyecto de ley que propone la modificación y/o derogación de diversos artículos del Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado mediante el decreto Supremo 013-2013-PRODUCE, referido creación del Régimen Laboral especial de las micro y pequeñas empresas, regulación de los derechos laborales de sus trabajadores, así como beneficios tributarios.

El Congresista de la República que suscribe, _____, miembro del Grupo Parlamentario _____, en ejercicio del derecho de iniciativa conferida por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente:

PROYECTO DE LEY

I. CONSIDERANDO:

Que, el artículo 58° de la Constitución Política del Perú, señala que la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa

principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Que, el artículo 59 de la Constitución política señala el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Que, la N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, publicada el 03 de julio de 2003, crea el Régimen especial de las micro y pequeñas empresas (Mypes), norma que fue modificada en varias oportunidades, entre ellas mediante el Decreto Legislativo 1086 y la Ley N° 30056, cuyo actual Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado mediante el decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE.

Que, el artículo 1° el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial señala que esta ley tiene por objeto establecer el marco legal para la promoción de la competitividad, formalización y el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME), estableciendo políticas de alcance general y la creación de instrumentos de apoyo y promoción; incentivando la inversión privada, la producción, el acceso a los mercados internos y externos y otras políticas que impulsen el emprendimiento y permitan la mejora de la organización empresarial junto con el crecimiento sostenido de estas unidades económicas.

Que, mediante el artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial se crea el Régimen Laboral Especial dirigido a fomentar la formalización y

desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa, y mejorar las condiciones de disfrute efectivo de los derechos de naturaleza laboral de los trabajadores de las mismas. Señalando que el Régimen Laboral Especial comprende: remuneración, jornada de trabajo de ocho (8) horas, horario de trabajo y trabajo en sobre tiempo, descanso semanal, descanso vacacional, descanso por días feriados, protección contra el despido injustificado. Los trabajadores de la Pequeña Empresa tienen derecho a un Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo a cargo de su empleador, cuando corresponda, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, modificatorias y normas reglamentarias; y a un seguro de vida a cargo de su empleador, de Acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales, y modificatorias. Para la Pequeña Empresa, los derechos colectivos continuarán regulándose por las normas del Régimen General de la actividad privada. Asimismo, el derecho a participar en las utilidades, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 892 y su Reglamento, sólo corresponde a los trabajadores de la pequeña empresa. Los trabajadores de la pequeña empresa tendrán derecho, además, a la compensación por tiempo de servicios, con arreglo a las normas del régimen común, computada a razón de quince (15) remuneraciones diarias por año completo de servicios, hasta alcanzar un máximo de noventa (90) remuneraciones diarias. Adicionalmente, los trabajadores de la pequeña empresa tendrán derecho a percibir dos gratificaciones en el año con ocasión de las Fiestas Patrias y la Navidad, siempre que cumplan con lo dispuesto en la normativa correspondiente, en lo que les sea aplicable. El monto de las gratificaciones es equivalente a media remuneración cada una. Los trabajadores y la Micro y Pequeña Empresa comprendidas en el Régimen Laboral Especial podrán pactar mejores condiciones laborales, respetando los derechos reconocidos en el presente artículo.

Que, siendo las micro y pequeñas empresas una realidad distinta a la mediana y gran empresa, debido a su tamaño y capacidad económica, por lo que merece una regulación especial, sin embargo ello no debe afectar los derechos de los trabajadores, por lo que el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial se crea el Régimen Laboral Especial, no debe ser derogado totalmente, sino modificado en los artículos 50°, 51 y 42° para corregir las anomalías detectadas como es la disminución de los derechos laborales, y derogadas los artículos 52°, 53°, 54°, 55° y 56°, por cuanto son artículos que generarían contradicción con las normas contenidas en los artículos modificados. Con ello se eliminaría el estado de vulneración de derechos laborales y se favorecería a las micro y pequeñas empresas otorgándoles trato administrativo y tributario diferenciado.

Que, en ese sentido, siendo que existen normas que derechos laborales de los trabajadores de la micro y pequeña empresa, con la finalidad de corregir dicha situación, se requiere su modificación parcial el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial se crea el Régimen Laboral Especial y derogación de los artículos señalados en el considerando anterior. Por ello, a través de la presente propuesta se efectúa la modificación de las normas señaladas, así como normas conexas a ella y se deroga algunos artículos que contradicen a los fines del presente.

I. FÓRMULA LEGAL

Por lo expuesto, se somete a estudio el siguiente texto legal:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley Siguiente:

LEY QUE MODIFICA Y DEROGA ARTICULOS DEL TUO DE LA LEY
DE IMPULSO AL DESARROLLO PRODUCTIVO Y AL CRECIMIENTO

EMPRESARIAL, APROBADO MEDIANTE EL DECRETO SUPREMO N° 013-2013-PRODUCE

Artículo primero.- Modificación de los artículos del Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial

Modifíquese los artículos 50°, 51 y 42° del Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, los cuales quedarán redactados en los siguientes términos:

Artículo 50°.- Objeto

Créase el Régimen Laboral Especial dirigido a fomentar la formalización y desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa, y mejorar las condiciones de disfrute efectivo de los derechos de naturaleza laboral de los trabajadores de las mismas.

El trabajador del Régimen Laboral Especial tendrá los mismos derechos laborales que del régimen general de la actividad privada, tanto en remuneración, jornada de trabajo de ocho (8) horas, horario de trabajo y trabajo en sobre tiempo, descanso semanal, descanso vacacional, descanso por días feriados, protección contra el despido injustificado, así como los derechos colectivos.

El trabajador del Régimen Laboral Especial tendrá derecho a percibir, conforme a lo establecido para el régimen general de la actividad privada, los beneficios sociales como compensación por tiempo de servicio y gratificaciones, siempre que cumplan con lo dispuesto en la normativa correspondiente.

Los trabajadores de la Pequeña Empresa tienen derecho a un Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo a cargo de su empleador, cuando corresponda, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, modificatorias y normas reglamentarias; y a un seguro de vida a cargo de su empleador, de

Acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales, y modificatorias.

El derecho a participar en las utilidades, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 892 y su Reglamento, sólo corresponde a los trabajadores de la pequeña empresa.

Los trabajadores y la Micro y Pequeña Empresa comprendidas en el Régimen Laboral Especial podrán pactar mejores condiciones laborales, respetando los derechos reconocidos en el presente artículo.

Artículo 51.- Naturaleza y permanencia en el Régimen Laboral Especial

El presente Régimen Laboral Especial es de naturaleza temporal por un plazo de ocho (08) años desde el ingreso de la empresa a este régimen y únicamente aplicable a la micro y pequeña empresa. La microempresa que durante dos (2) años calendario consecutivos supere el nivel de ventas establecido en la presente Ley, podrá conservar por un (1) año calendario adicional el mismo régimen laboral. En el caso de las pequeñas empresas, de superar durante dos (2) años consecutivos el nivel de ventas establecido en la presente Ley, podrán conservar durante tres (3) años adicionales el mismo régimen laboral.

Cumplido los plazos señalados como consecuencia de superar los niveles de ventas, o transcurrido los ocho (08) años de plazo temporal general señalado, la empresa pasará definitivamente al régimen laboral que le corresponda.

Artículo 42.- Acompañamiento tributario y excepciones tributarias

42.1 El Estado acompaña a las microempresas inscritas en el REMYPE.

42.1. Durante tres (3) ejercicios contados desde su inscripción en el REMYPE administrado por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT, las microempresas y las pequeñas empresas tendrán descuentos porcentuales en el monto

imponible del impuesto general a las ventas e impuesto a la renta, la que será fijado mediante Decreto Supremo e irá disminuyendo gradualmente durante un plazo de ocho (08) años. El descuento inicial será no menos del 50% para las microempresas y del 40% para las pequeñas empresas.

42.2 Durante tres (3) ejercicios contados desde su inscripción en el REMYPE administrado por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT, ésta no aplica las sanciones correspondientes a las infracciones previstas en los numerales 1, 3, 5 y 7 del artículo 176 y el numeral 9 del artículo 174 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por el Decreto Supremo 135-99-EF, cometidas a partir de su inscripción, siempre que la microempresa cumpla con subsanar la infracción, de corresponder, dentro del plazo que fije la SUNAT en la comunicación que notifique para tal efecto, sin perjuicio de la aplicación del régimen de gradualidad que corresponde a dichas infracciones.

42.3 Lo señalado en el presente artículo no exime del pago de las obligaciones tributarias.

Artículo segundo.- Derogación de los artículos del Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial y normas conexas.

- 1) Deróguense los artículos 52°, 53°, 54°, 55° y 56° del Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 013-201-PRODUCE.
- 2) Deróguense las leyes y reglamentos que se opongan a lo previsto en la presente norma.

II. ANÁLISIS DE COSTO-BENEFICIO DE LA PROPUESTA

El objeto del presente proyecto de ley es únicamente velar por el adecuado cumplimiento y aplicación de las normas y principios laborales

en el ámbito de las Mypes. Por lo tanto, por lo que su implementación no generará costo alguno, sin embargo en su aplicación generará costos para el Estado pues dejará de percibir algunos ingresos por trámites administrativos y debido a los descuentos en la tasa del impuesto a la renta e impuesto general a las ventas. Sin embargo, se logrará velar por la vigencia de los principios y derechos laborales, así como su correcta aplicación.

Lima, 20 de enero del 2015.



BIBLIOGRAFÍA

1. AREVALO VELA, Javier (2005). Derecho Colectivo del Trabajo. Lima: GrijLey.
2. BALTERA SANTANDER, Pablo y AGUILAR NOVOA, Omar (2006). Los derechos laborales en la pequeña empresa: una mirada desde los trabajadores. Cuaderno de investigación N° 28. Santiago: Dirección del Trabajo. Departamento de estudios.
3. BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos (2009). Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
4. CADENAS HUMANAS (2003). Manual de derechos humanos, conceptos elementales y consejos prácticos. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
5. CAMPOS TORRES, Sara (2010). Nuevo Régimen Laboral Empresarial. Lima: Gaceta Jurídica SA.
6. CARDONA ARIAS, José (2007). “Los derechos humanos: una reflexión desde la bioética”. En: Revista Latinoamericana de Bioética. Volumen 7. Edición 12. Argentina.
7. CASTILLO GUZMAN, Jorge (2008). Compendio de derecho laboral peruano. Lima: Informativo Caballero Bustamante.
8. COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (2013). Acceso a la justicia: empresas y violaciones de derechos humanos en el Perú. Lima: D&L Publicaciones EIRL
9. DOLORIER TORRES, Javier (2010). Tratado Practico de Derecho Laboral. Tomos I y II. Lima: Gaceta Jurídica.
10. FIX-ZAMUDIO, Héctor (2009). Los derechos humanos y su protección internacional. Lima: GrijLey.

11. GARCÍA MANRIQUE, Álvaro (2010). ¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico jurisprudencial. Lima: Gaceta Jurídica.
12. GOLDIN, Adrián (2007). Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo (Instituto Internacional de Estudios Laborales).
13. HENRIQUEZ AMESTOY, Lysette (2009). Políticas para las Mipymes frente a la crisis. Conclusiones de un estudio comparativo de América Latina y Europa. Documento de Trabajo de la OIT.
14. HUNDSKOPF E., Oswaldo (2000). Derecho Mercantil: temas societarios. Primera edición. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.
15. INEIG (2011). Micro, pequeña, mediana y gran empresa: estratificación de los establecimientos. Censos Económicos 2009. México: Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).
16. INFANTE, Ricardo y CHACALTANA, Juan (2014). Hacia un desarrollo inclusivo. El caso del Perú. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)
17. ISEA SILVA, Ricardo (2011). Las empresas y los derechos humanos. Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo. Madrid: Cuaderno N° 12, Septiembre de 2011.
18. MINISTERIO DE PRODUCCION (2009). Guía de constitución y formalización de empresas. Lima: Dirección General de la Micro y Pequeña Empresa y Cooperativas.
19. MONTOYA MANFREDI, Ulises; MONTOYA ALBERTO, Ulises; MONTOYA ALBERTI, Hernando (2004). Derecho Comercial. Parte general Derecho de Sociedades. Derecho Concursal, Derecho del

- Consumidor, Derecho de la Competencia. Tomo I. Onceava edición.
Lima: GrijLey.
20. NACIONES UNIDAS (2011). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar. Fondo de las Naciones Unidas. Derechos humanos.
 21. NACIONES UNIDAS (2012). La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación. Fondo de las Naciones Unidas. Derechos humanos.
 22. NEVES MUJICA, Javier (2007). Introducción al Derecho Laboral. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
 23. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2003). Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
 24. OIT-UNION INDUSTRIAL ARGENTINA (2012). Hacia una estrategia integral de apoyo a la PYME industrial para la generación de empleos decentes y productivos en Argentina. Santiago: Organización Internacional del Trabajo
 25. OIT (2002). El Trabajo Decente y la Economía Informal. Resúmenes de Documentos. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Sector del Empleo
 26. USAID (2009). Manual de buenas prácticas para programas de apoyo a pequeñas y medianas empresas. México: Fundación Idea.
 27. PALMADERA ROMERO, Doris (2011). Manual de la Ley General de Sociedades. Lima: Gaceta Jurídica.
 28. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique (2004). Los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Tecnos.
 29. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (1978). Los Principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

30. PROINVERSION (2006) Mypequeña empresa crece. Guía para el desarrollo del micro y pequeña empresa. Lima: Pro inversión y Esam.
31. ROJAS GARCÍA, Luis Guillermo (2012). Derecho Empresarial I y II. Centro de Producción de Materiales Académicos de la Universidad La Unión.
32. TOYAMA MIAGUSUKU, Jorge y VINATEA RECOBA, Luis (2010). Guía laboral. Para asesores legales, administrativos, jefe de recursos humanos y gerentes. Lima: Gaceta Jurídica.
33. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge (2011). Derecho Individual de Trabajo. Lima: Gaceta Jurídica.
34. VILLARAN, Fernando (2000). Las PYMEs en la estructura empresarial peruana.
35. VILLARAN, Fernando (2007). El mundo de la pequeña empresa. Lima: MINCETUR.
36. YAMAKAWA, Peter y Otros (2010). Modelo tecnológico de integración de servicios para la MYPE peruana. Lima: Esan Ediciones.
37. ZAVALA RIVERA, Alejandro (2011). El ABC del derecho laboral y Procesal laboral. Lima: Fondo Editorial EGACAL.
38. ZUTA CHONG, María Imilce y WIESE, Ana María (2011). Una MYPE con Calidad. Guía para entender y evaluar un sistema de gestión de la calidad. Lima: USAID.



Anexo 01. Proyecto de Tesis

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA PROGRAMA PROFESIONAL DE DERECHO FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS



**EL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LAS MICRO Y PEQUEÑAS
EMPRESA Y LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES DE
LOS TRABAJADORES. AREQUIPA 2014**

Proyecto de Tesis presentado por:

MARÍA DE ROSARIO CARREÑO GALLEGOS

Para optar el Título de:

ABOGADO

AREQUIPA –PERÚ

2014

I. PREÁMBULO

La micro y pequeña empresa en nuestro país constituye fuente generadora de empleo, por lo que sería necesario propugnar su desarrollo sostenible en el tiempo. En nuestro país, donde la falta de empleo es un problema constante, por lo que en ejercicio de su papel promotor del empleo corresponde al Estado generar oportunidades de trabajo formal, con empresas formalizadas.

Es así que a través de la Ley 28015 se crea el nuevo Régimen Laboral Especial de las MYPE, modificado mediante el Decreto Legislativo 1086, recientemente modificada mediante la Ley 30056, que busca la inserción de éstas a la formalidad jurídica, laboral y económica de nuestro país, con el fin de promover su desarrollo, crecimiento y ofrecer mejores condiciones laborales a los trabajadores y aprovechar la oportunidades que se da en el mercado. Actualmente, este régimen se rige por el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado mediante el Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE.

La legislación laboral especial actualmente tiene una doble percepción, una por parte de los empresarios y la otra por parte de los empleados. De cualquier modo, los beneficios que otorga el Régimen Especial son bastante diferenciados respecto a la Ley General de Trabajo, lo que frecuentemente ha recibido críticas adversas.

Conforme a nuestra Constitución de 1993, nuestro país es un Estado Social y Democrático, con una economía que se desenvuelve bajo los principios de la Economía Social de Mercado, por lo que es una condición importante que la promoción del empleo sea ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de libertad y justicia, correspondiéndole al Estado ejercer su rol promotor del empleo respetando el Principio de Igualdad conforme al cual se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

En ese sentido, establecer un régimen especial donde se menoscaba derechos de los trabajadores que laboran en las MYPEs, en relación a los otros trabajadores que laboran bajo el Régimen General de Trabajo⁸⁶, de plano es contrario a los mandatos constitucionales.

Nadie duda que una de las formas que tiene el Estado de promover el empleo sea a través de legislaciones especiales, similar a la Ley Mype; sin embargo bajo la bandera de promocionar la formalización y desarrollo empresarial de las micro y pequeña empresas tampoco se puede recortar los beneficios laborales de los trabajadores, pues el Régimen Laboral Especial de las Mypes, otorga Beneficios Sociales demasiado inequitativos sin ninguna causa objetiva que amerite dicha regulación diferenciada, haciendo distinción en donde no hay motivo para hacerlo, pues un trabajador de una Mype y su similar de una gran empresa, efectúan el mismo trabajo, pero a cambio reciben tratos muy diferenciados respecto a los beneficios laborales que les corresponde. Se esperaba que el Régimen Especial de las Mypes se derogara en julio del año pasado, pero no fue así, más al contrario la Ley 30056 ha prorrogado su vigencia hasta 2016, con visos de convertirlo en permanente las relaciones laborales establecidas bajo la Ley 28015, y el caso del Decreto Legislativo 1086 queda permanente.

Por los motivos expuestos el presente trabajo de investigación pretende analizar la situación de las relaciones laborales del Régimen Laboral Especial y sus implicancias en los derechos laborales de los trabajadores de las MYPEs, con la finalidad de propiciar un cambio en nuestra legislación. Por lo que, el tema de investigación que escogimos, tiene una especial importancia por cuanto se trata de analizar la situación laboral de miles de trabajadores de la Mypes; es novedoso, por cuanto este tema es actual y no ha sido analizado a profundidad a nivel de nuestro país; por lo que también es de interés para la población en general y es viable.

Mara de Rosario Carreño Gallegos

⁸⁶ Para ver la diferencia véase el Cuadro N° 01 de la Parte de Marco Teórico de este Proyecto.

II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

EL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LAS MYPES Y LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. CAMPO, ÁREA Y LÍNEA DE ACCIÓN

- a. Campo : Ciencias jurídicas
- b. Área : Derecho Laboral
- c. Línea : Derechos laborales en las MYPES

1.2.2. ANÁLISIS DE LA VARIABLE.

CUADRO DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES
Variable independiente Régimen Laboral Especial de las Mypes	Regulación Jurídica	<ul style="list-style-type: none"> • Ley N° 28015 • D. Legislativo N° 1086 • Ley N° 30056 • D. S. N° 013-2013-PRODUCE⁸⁷
	Objeto del régimen laboral especial	<ul style="list-style-type: none"> • Derechos laborales • Beneficios sociales
	Alcance del régimen laboral especial	<ul style="list-style-type: none"> • Trabajadores Mype • Leyes 28015, Decreto Legislativo 1086, Ley 30056 y D. S. N° 013-2013-PRODUCE
Variable Dependiente Los derechos laborales de los trabajadores de las Mypes.	Derechos laborales	<ul style="list-style-type: none"> • La Remuneración • Jornada laboral • Beneficios laborales

⁸⁷ El régimen especial de las MYPES actualmente se rige por el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE.

1.2.3. INTERROGANTES BÁSICAS

Previamente debe quedar claro que el Régimen Laboral Especial de las MYPES actualmente se rige por el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE.

Bajo ese contexto, nuestro trabajo debe responder a las siguientes interrogantes:

- ¿Cuáles son las características de la labor que desempeñan los trabajadores de las Mypes?
- ¿Los derechos laborales reconocidos mediante el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, es equiparable a los derechos laborales que la legislación laboral general reconoce a los trabajadores?
- ¿La regulación de los derechos laborales de los trabajadores mediante el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, deben ser reformados a fin de compatibilizar con los derechos reconocidos por la Ley General de Trabajo?

1.2.4. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

- **Tipo:** Documental
- **Nivel:** Descriptivo - Explicativo

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

El Régimen Laboral Especial de las MYPE que busca la inserción de éstas a la formalidad jurídica, laboral y económica de nuestro país con el fin de promover su desarrollo, crecimiento y ofrecer mejores condiciones laborales a los trabajadores y aprovechar la oportunidades que se da en el mercado, tiene actualmente una doble percepción, una por parte de los empresarios y la otra por

parte de los empleados. Cuando vemos de parte de los empresarios, se crea un ambiente de apertura y se les abre una gama de facilidades para formalizarse y desarrollarse. Mientras cuando vemos desde el punto de vista de los trabajadores, vemos recorte de muchos beneficios.

Cabe mencionar que el Régimen Laboral Especial tiene sustanciales diferencias en comparación al Régimen Laboral General, por un lado mejora y beneficia significativamente a los empresarios, considerándose como factor para que éstas accedan a la formalización y puedan aprovechar las oportunidades que le ofrece el entorno, pero por otro lado, estos cambios significan, para el empleado, menos derechos laborales, disminución en sus beneficios y una clara explotación por parte de los empleadores.

Es por ello que en el presente trabajo pretendemos analizar y mostrar las perspectivas del Régimen Laboral Especial y sus implicancias en los derechos laborales de los trabajadores, y en base a ello plantear nuestras sugerencias para la mejora integral de la regulación especial con respeto de los derechos laborales de los trabajadores.

Por la situación descrita, el problema de investigación materia de nuestro análisis se justifica, por ser un problema con relevancia jurídica, actual y viable.

- **Tiene relevancia jurídica**, porque nos permitirá analizar el régimen laboral de las Mypes y la afectación de los derechos laborales de los trabajadores, lo cual se discute en el campo del derecho laboral.
- **Es actual.**- Toda vez que la vulneración de los derechos laborales mediante el trato diferenciado que le otorga respecto a los trabajadores del Régimen General es un tema de actualidad, es tema del momento. Por ello, siendo este régimen uno que

recorta muchos los derechos laborales de los trabajadores necesita ser estudiado.

- **Es viable.-** El régimen laboral de las Mypes se ejecutará teniendo en cuenta la normatividad vigente, de manera comparativa con el Régimen General, asimismo revisando resoluciones del Ministerio de Trabajo, del Poder Judicial, Tribunal Constitucional y entre otros documento, por lo que es viable la ejecución de la presente investigación.



2. MARCO TEÓRICO

Para realizar la presente investigación, consideramos muy importante tener claro los principales conceptos o términos que se han de emplear a través de la investigación, como son:

2.1. LA EMPRESA

2.1.1. DEFINICION DE EMPRESA.- La empresa, pese a su importancia para la sociedad, como manifiesta Walter Gutiérrez⁸⁸, no tiene una definición unívoca, tanto desde el punto de vista económico como jurídico, es extremadamente difícil conceptuarla. Se trata de uno de esos conceptos fugitivos que se resisten a ser claramente delimitados. La complejidad de la empresa moderna contribuye aún más a esta dificultad.

A nivel doctrinal encontramos definiciones mayormente desde el punto de vista económico, así Ulises Montoya⁸⁹ nos dice que “la empresa es la organización de los factores de la producción, capital y trabajo, con el fin de obtener una utilidad. Destacan dentro de este concepto el elemento subjetivo, o sea la actividad humana, que confiere unidad al trabajo de determinadas personas, y a bienes de variada índole dirigidos hacia un común destino económico”

Según la Comisión de la Unión Europea⁹⁰, "Se considera empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas

⁸⁸ GUTIERREZ CAMACHO, Walter. “Libertad de Empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo”. En: La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomos I. Primera Edición. Ediciones Gaceta Jurídica S. A. Lima, 2005.

⁸⁹ MONTOYA MANFREDI, Ulises. Derecho Comercial I. Undécima dedición. Editorial Grijley. Lima, 2004. p. 74.

⁹⁰ COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. “Definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas adoptada por la comisión”. Art I

y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular”.

2.1.2. ELEMENTOS DE UNA EMPRESA

La clasificación de los elementos constituyentes de la estructura de una empresa son los siguientes:

- **El grupo humano o las personas.**

Dentro del grupo humano podemos señalar la existencia de grupos diferenciados por sus intereses y las relaciones que desarrollan entre ellos, estos son:

- Los propietarios del capital o socios.
- Los administradores o directivos.
- Los trabajadores o empleados.

Entre los dos primeros grupos, y básicamente en el segundo, surge la figura del empresario tal y como hoy se le concibe.

- **Los bienes económicos.**

Están constituidos por los bienes materiales e inmateriales que posee la empresa, los mismos que poseen un valor económico y por ende susceptible de ser valuados en términos monetarios. Como pueden ser los edificios, las maquinarias, las mercancías, la tecnología, las inversiones, dinero en efectivo, etc.

- **La organización.**

La organización aparece como el conjunto de relaciones de autoridad, de coordinación y de comunicación que forman la actividad del grupo humano entre sí y con el exterior. Esta estructura organizativa es definida por el empresario.

2.1.3. CLASIFICACION DE LA EMPRESA.- Existen varios criterios de clasificar las empresas, sin embargo teniendo en cuenta la naturaleza de nuestro trabajo podemos referirnos a:

Según la propiedad del capital.- Podemos clasificar en:

- a) **Empresa privada.-** Organizada y controlada por propietarios particulares cuya finalidad es de carácter lucrativo y mercantil.
- b) **Empresa pública.-** Controlada por el Estado u otra corporación de derecho público cuya finalidad es el bien público.
- c) **Empresa mixta.-** Intervienen el Estado y particulares.
- d) **Cooperativas.-** Formada por aportaciones de los socios cooperativistas, su función es similar al de las Sociedades Anónimas.

Según el tamaño de la Empresa.- Podemos clasificar en:

- e) La micro empresa
- f) La pequeña empresa
- g) La mediana empresa
- h) La gran empresa

2.2. LAS MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA (MYPE)

2.2.1. DEFINICIÓN

No hay unidad de criterio con respecto a la definición de la Micro y Pequeña Empresa. Algunos especialistas destacan la importancia del volumen de ventas, el capital social, el número de personas ocupadas, el valor de la producción o el de los activos para definirla.

Según el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, Decreto Supremo N° 013-2013-

PRODUCE, la Micro y Pequeña Empresa es la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios⁹¹. Así podrían ser consideradas como microempresas las sociedades anónimas cerradas, las empresas de responsabilidad limitada, las personas naturales con negocio, entre otras⁹².

2.2.2. CARACTERÍSTICAS DE LA MYPE

Conforme al TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial⁹³, las micro, pequeñas y medianas empresas deben ubicarse en alguna de las siguientes categorías empresariales, establecidas en función de sus niveles de ventas anuales:

- **Microempresa:** ventas anuales hasta el monto máximo de 150 UIT.
- **Pequeña empresa:** ventas anuales superiores a 150 UIT y hasta el monto máximo de 1700 UIT.
- **Mediana empresa:** ventas anuales superiores a 1700 UIT y hasta el monto máximo de 2300 UIT.

El incremento en el monto máximo de ventas anuales señalado para la micro, pequeña y mediana empresa podrá ser determinado por Decreto Supremo refrendado por el Ministro

⁹¹ Artículo 4º del TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, su antecesora artículo 1º de la Ley 28015, Ley de Desarrollo de la micro y pequeña empresa. Promulgado el 02 de julio del 2003. Esto también ratifica RAMIREZ ESLAVA, Walter (D), En: Estadísticas. Micro y Pequeña Empresa 2010. p. 10.

⁹² CAMPOS TORRES, Sara. Nuevo Régimen Laboral Empresarial. Gaceta Jurídica SA. Lima, 2010. p. 341.

⁹³ Artículo 5º del TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE.

de Economía y Finanzas y el Ministro de la Producción cada dos (2) años.

Ello significa que ya no es requisito el número de trabajadores, sino solamente el volumen de ventas.

El TUO de la Ley MYPE, Ley N° 28015, Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, las MYPEs para ser considerada como tal, debía de reunir las siguientes características concurrentes:

- **Microempresa.**- de uno (1) a diez (10) trabajadores inclusive y ventas anuales hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
- **Pequeña empresa.**- de uno (1) hasta cien (100) trabajadores inclusive y ventas anuales hasta el monto máximo de 1700 Unidades Impositivas Tributaria (UIT)⁹⁴.

2.2.3. ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA.- La MYPES generalmente presentan los siguientes elementos característicos:

- a) Administración independiente (usualmente dirigida y operada por el propio dueño).
- b) Incidencia no significativa en el mercado. El área de operaciones es relativamente pequeña y principalmente local.
- c) Escasa especialización en el trabajo, tanto en el aspecto productivo como en el administrativo. En este último el empresario generalmente atiende

⁹⁴ RAMIREZ ESLAVA, Walter (Director). Estadísticas. Micro y Pequeña Empresa 2010. p. 14.

todos los campos: ventanas, producción, finanzas, compras, personal, etc.

- d) Actividad no intensiva en capital; denominado también con predominio de mano de obra.
- e) Limitados recursos financieros (El capital de la empresa es suministrado por el propio dueño).
- f) Limitado uso de tecnología, pues la pequeña empresa generalmente utiliza la tecnología en relación al mercado que abastece y conforme a la magnitud de su producción.

2.2.4. MYPE FORMAL E INFORMAL

Según Ramírez⁹⁵, una MYPE para ser considerado formal debe cumplir con los siguientes criterios de calificación, caso contrario sería informal:

- a) **Tiene el RUC vigente.**- La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) debe haberle asignado en el sistema del Registro Único de Contribuyentes, un número único para identificarle como persona natural y sociedad que realiza actividades económicas y generan obligaciones tributarias. El mismo debe permanecer activo.
- b) **Contribuyente de Rentas de Tercera Categoría.**- Los ingresos generados por el desarrollo de una actividad empresarial efectuados por el Microempresario están afectos al Impuesto a la Renta de Tercera Categoría, por lo que debió haber elegido acogerse a uno de los regímenes tributarios vigente: Régimen Único Simplificado (RUS), Régimen Especial del Impuesto a la Renta (RER) o Régimen General (RG).

⁹⁵ Cfr. RAMIREZ ESLAVA, Walter (Director). Estadísticas. Micro y Pequeña Empresa 2010. pp. 14-17.

c) **Su Venta Anual debe estar conforme a Ley.** Según el artículo 5º del TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, para ser considerado como una MYPE, debe tener ventas anuales equivalente en UIT, según los siguientes límites:

- Microempresa: debe tener ventas anuales hasta de 150 UIT
- Pequeña empresa: debe tener ventas anuales hasta 1 700 UIT

d) **Tener definido su tipo de Contribuyente.** El sistema del Registro Único de Contribuyentes, identifica al contribuyente por tipo de organización que asume para el desarrollo de su actividad económica, sea como persona natural o jurídica en sus diferentes modalidades según la naturaleza de la actividad que va a desarrollar. Por lo que debe haber escogido constituirse en persona natural con negocio, una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, sociedad, etc.

a) **Actividad Económica de ámbito de las MYPES.-** Esta información es declarada por el contribuyente y registrada en el sistema del Registro Único de Contribuyentes según las definiciones contenidas en la Clasificación Internacional Industrial Uniforme (CIIU) revisión 3.0, por lo que la MYPE debe estar realizando una actividad económica que no esté excluida de su ámbito como actividades de bares, discotecas, juegos de azar y afines.

2.2.5. MARCO NORMATIVO LEGAL DE LAS MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS

La normatividad que regula actualmente las MYPES son los siguientes:

- b) **Ley N° 28015.-** Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, publicada el 03 de julio de 2003, que crea el Régimen Laboral Especial de las Microempresas.
- c) **Decreto Supremo N° 009-2003-TR, publicado el 09 de septiembre de 2003,** que aprueban Reglamento de la Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa.
- d) **Ley 28851, Ley que modifica la Ley N° 28015,** Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, expedido con fecha 26 de julio del 2006, que entre otras, amplía el plazo de vigencia de la Ley 28015 a 10 años, por lo que su vigencia se extendería hasta el 03 de julio del 2013.
- e) **Ley N° 29271.** Ley que establece que el Ministerio de la Producción es el sector competente en materia de promoción y desarrollo de cooperativas, transfiriéndose las funciones y competencias sobre micro y pequeña empresa, expedido con fecha 22 de octubre del 2008.
- f) **Decreto Legislativo N° 1086, publicado el 28 de junio de 2008,** que aprueba la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente. Mediante esta Ley se crea el régimen laboral especial para las micro y pequeñas empresas (Mypes), con carácter permanente.

A fin de viabilizar su aplicación su aplicación el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) ha expedido el Decreto Supremo N° 007-2008- TR, del 03 de setiembre del 2008, mediante el cual se aprobó el Texto

Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE, así como su Reglamento, mediante el Decreto Supremo N° 008-2008-TR, del 30 de setiembre del 2008.

- **La Ley 30056**, la misma que ha modificado el TUO de la Ley de Promoción de la MYPE que fuera aprobado por Decreto Supremo 007-2008-TR, que a partir de esta norma se denominará "Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial", la misma que ahora tiene por objeto establecer el marco legal para la promoción de la competitividad, formalización y el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME), estableciendo políticas de alcance general y la creación de instrumentos de apoyo y promoción, con el objeto de impulsar el emprendimiento y permitir la mejora de la organización empresarial junto con el crecimiento sostenido de estas unidades económicas.
- **El TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE**, que establece el marco legal para la promoción de la competitividad, formalización y el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME), estableciendo políticas de alcance general y la creación de instrumentos de apoyo y promoción; incentivando la inversión privada, la producción, el acceso a los mercados internos y externos y otras políticas que impulsen el emprendimiento y permitan la mejora de la organización empresarial junto con el crecimiento sostenido de estas unidades económicas.

Asimismo, encontramos normas y convenios internacionales que tienen vigencia respecto a los derechos laborales de los trabajadores de las micro y pequeñas empresas. Entre ellas podemos citar:

- **Recomendación Número 189 de la OIT**, fue adoptada el 17 de junio de 1998 en la Conferencia Internacional del Trabajo, relativa a las condiciones generales para fomentar la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas. La Conferencia Internacional de Trabajo recomienda que los Estados Miembros, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, definan las pequeñas y medianas empresas según las condiciones sociales y económicas nacionales.
- **Convenio 100 de la OIT, Convenio sobre igualdad de remuneración de 1951**, adoptado en Ginebra en la 34 reunión de la Comisión Internacional del Trabajo, de fecha 29 de junio de 1951, donde se señala que se debe otorgar igual remuneración por un trabajo de igual valor, siendo de importantísimo valor este convenio para analizar diferenciación en el trato de los derechos laborales en el sector MYPE.
- **Convenio Nº 111 de la OIT, sobre discriminación (empleo y ocupación) aprobada el 25 de julio de 1958**, en la cuadragésima Conferencia General de la OIT, referido a la discriminación en el empleo.

2.3. EL REGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LAS MIPYME

2.3.1. GENERALIDADES

El régimen de las Mypes fue creado en el año 2003, mediante la Ley 28015, con la finalidad de promover la formalización de los trabajadores de la micro y pequeña empresa. Dichos régimen fue establecido de manera temporal y con menores beneficios

laborales para los trabajadores de las microempresas, dejándose de lado a las pequeñas empresas, a quienes les eran aplicables los beneficios del régimen laboral.

No obstante, mediante el Decreto Legislativo N° 1086, este régimen fue modificado estableciéndose su carácter permanente, manteniéndose los beneficios de los trabajadores de microempresas y fijándose menores beneficios laborales para los trabajadores de las pequeñas empresas. Respecto de los trabajadores de las microempresas se ha establecido un nuevo régimen de seguridad social en materia de salud y pensiones⁹⁶. Actualmente mediante la Ley 30056 se ha modificado este régimen, prorrogando la vigencia de la Ley 28015 hasta 04 de julio del 2016, y manteniendo intacto el régimen del Decreto Legislativo 1086. Se ha expedido actualmente el TULO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, mediante el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, estableciéndose el marco legal para la promoción de la competitividad, formalización y el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME).

2.3.2. OBJETO DEL REGIMEN LABORAL ESPECIAL

Conforme al TULO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, el Régimen Laboral Especial está dirigido a fomentar la formalización y desarrollo de la Mype, y mejorar las condiciones de “disfrute efectivo” de los derechos de naturaleza laboral de los trabajadores de las mismas.

2.3.3. ALCANCES DEL REGIMEN LABORAL ESPECIAL

Conforme al artículo 46° del TULO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, la Ley se

⁹⁶ CAMPOS TORRES, Sara. Nuevo Régimen Laboral Empresarial. Gaceta Jurídica SA. Lima, 2010. p. 341

aplica a todos los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que presten servicios en las micro y pequeñas empresas, así como a sus conductores y empleadores.

Dicha norma regula los derechos y beneficios contenidos en los contratos laborales celebrados a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1086.

Los contratos laborales de los trabajadores celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1086, continuarán rigiéndose bajo sus mismos términos y condiciones, y bajo el imperio de las leyes que rigieron su celebración, es decir mediante la Ley 28015.

El régimen laboral especial establecido en el Decreto Legislativo N° 1086 no será aplicable a los trabajadores que cesen con posterioridad a su entrada en vigencia y vuelvan a ser contratados inmediatamente por el mismo empleador, bajo cualquier modalidad, salvo que haya transcurrido un (1) año desde el cese.

A continuación señalaremos los alcances de la Ley Mype respecto a las Microempresas y pequeñas empresas.

a) RESPECTO A LAS MICROEMPRESAS

a) Régimen Laboral Especial de la Microempresa.- La Microempresa puede acogerse al Régimen Laboral Especial de la Mype que comprende: remuneración, jornada de trabajo de ocho (8) horas, horario de trabajo y trabajo en sobretiempo, descansos remunerados (24 horas semanal, 15 días vacacional y feriados) y protección contra el despido arbitrario (10 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de 90 remuneraciones diarias). Sin embargo, los trabajadores de la Microempresa, a diferencia de los de la Pequeña Empresa, no tienen derecho a Seguro Complementario de Trabajos de Riesgo (SCTR), Seguro de

Vida, Derechos Colectivos, Participación en las Utilidades, CTS y Gratificaciones.

b) Régimen Especial de Salud para la Microempresa.- Los trabajadores y conductores de la Microempresa serán afiliados al Componente Semi subsidiado del Seguro Integral de Salud que comprenderá a sus derechohabientes. Su costo será parcialmente subsidiado por el Estado, condicionado a la presentación anual del certificado de inscripción o reinscripción vigente del REMYPE, y a la relación de trabajadores, conductores y sus derechohabientes, quienes tendrán derecho a atención de salud con cobertura limitada (Listado Priorizado de Intervenciones Sanitarias establecido en el D.S. N° 004-2007-SA o las que determine la normatividad vigente en materia de aseguramiento público en salud) en los establecimientos de salud del Ministerio de Salud con la presentación de su DNI o carné de extranjería. El empleador deberá efectuar un aporte mensual equivalente a la mitad del aporte total que será complementado por un monto igual por parte del Estado.

Sin embargo, el microempresario puede optar por afiliarse y afiliar a sus trabajadores como afiliados regulares del Régimen Contributivo de Es salud, no subsidiado por el Estado, sin que ello afecte su permanencia en el RLE. En este caso, el microempresario asume el íntegro de la contribución respectiva.

c) Creación del Sistema de Pensiones Sociales para la Microempresa.- Los trabajadores y conductores de la Microempresa podrán (carácter voluntario) afiliarse al SNP (ONP) o al SPP (AFP). Adicionalmente, se crea el Sistema de Pensiones Sociales (SPS), de carácter voluntario y exclusivo

para los trabajadores y conductores de la Microempresa siempre que no se encuentren afiliados ni sean beneficiarios de otro régimen previsional. El aporte mensual de cada afiliado será hasta un máximo de 4% de la RMV (S/.750 actualmente) correspondiente, sobre la base de doce (12) aportaciones al año. El aporte del Estado se efectuará anualmente hasta por la suma equivalente de los aportes mínimos mensuales que realice efectivamente el afiliado.

La Quinta Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley Mype, establece que la afiliación y el pago de los aportes al SPS en la entidad administradora de las cuentas individuales de los afiliados se iniciarán al mes siguiente en que la SBS autorice su funcionamiento.

b) RESPECTO A LAS PEQUEÑAS EMPRESAS

a) Régimen Laboral Especial de la Pequeña Empresa.- La Pequeña Empresa, al igual que la Microempresa, puede acogerse al Régimen Laboral especial de la Mype que comprende: remuneración, jornada máxima de trabajo, horario de trabajo y trabajo en sobretiempo, descansos remunerados (24 horas semanal, 15 días vacacional y feriados) y protección contra el despido arbitrario (20 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de 120 remuneraciones diarias). Además, los trabajadores de la Pequeña Empresa –a diferencia de los de la Microempresa- sí tienen derecho a SCTR, Seguro de Vida, Derechos Colectivos, Participación en las Utilidades, CTS (15 remuneraciones diarias por año completo de servicios, hasta alcanzar un máximo de 90 remuneraciones diarias) y Gratificaciones de Fiestas Patrias y Navidad (media remuneración cada una).

b) Seguro Social en Salud para la Pequeña Empresa.- Los trabajadores de la Pequeña Empresa serán asegurados regulares de Es salud y el empleador aportará la tasa correspondiente de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. En consecuencia, no podrán afiliarse al Componente Semisub subsidiado del SIS.

c) Régimen de Pensiones para la Pequeña Empresa.- Los trabajadores de la Pequeña Empresa deberán obligatoriamente afiliarse al SNP (ONP) o al SPP (AFP), pero no podrán afiliarse al Sistema de Pensiones Sociales (SPS) que es de carácter exclusivo de la Microempresa.

2.4. SITUACION COMPARATIVA DEL REGIMEN LABORAL ESPECIAL Y EL REGIMEN LABORAL GENERAL

Analizando de manera comparativa el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, mediante el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE y el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, promulgado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR, observamos pues que la los derechos laborales de los trabajadores del Régimen Especial de las Mypes han sido recortados grandemente. El siguiente cuadro nos ilustra mejor esta situación.

CUADRO N° 01
TABLA COMPARATIVA DEL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL Y
RÉGIMEN GENERAL

	Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE		Según el Decreto Legislativo 728
Beneficios	Microempresas	Pequeña empresa	Régimen General
Remuneración	RMV ⁹⁷	RMV	RMV
Jornada- Horario	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales
Descanso semanal	24 horas	24 horas	24 horas
Vacaciones	15 días, reducción a 7 días	15 días, reducción a 7 días	30 días, reducción a 15 días.
CTS	No se aplica	15 remuneraciones diarias por año, tope 90 remuneraciones.	Una remuneración mensual por año
Gratificaciones	No se aplica	2 gratificaciones, de sueldo y medio cada una	2 gratificaciones, sueldos íntegros cada una
Utilidades	No se aplica	Sí aplica, Base Legal Dec. Leg. 892	Sí se aplica
Asignación familiar	No se aplica	No se aplica	Sí se aplica
Despido arbitrario o injustificado	10 remuneraciones diarias por año, tope de 90 remuneraciones	20 remuneraciones diarias por año, tope de 120 remuneraciones	1 1/2 remuneración por año. Tope 12 remuneraciones. Fracciones por dozavos y treintavos
Seguro social	Trabajador y conductor es asegurados regulares	Trabajador y conductor es asegurados regulares	Trabajador es asegurado regular
Pensiones	Trabajador y conductor además deciden si aportan al sistema pensionario	Trabajador y conductor además deciden si aportan al sistema pensionario	El trabajador decide el sistema pensionario

⁹⁷ Mediante el Decreto Supremo N° 007-2012-TR, se ha fijado que partir del 01 de junio del 2012 la Remuneración Mínima Vital es de S/. 750.00 Nuevos Soles.

De la lectura del cuadro es evidente que, las diferencias entre el Régimen laboral común y el Régimen Laboral especial con respecto a los derechos laborales de contenido económico y de los derechos relacionados con la seguridad social de los trabajadores.

De la Lectura de la normatividad base de ambos regímenes no podemos ver con exactitud cuales sean las causas que justificarían esta diferencia de trato entre los trabajadores, aunque debemos tomar en cuenta que el régimen laboral especial es considerado un régimen especial lo que hace que ésta presente una característica y estructura distinta a la habitual o típica.

Pareciera que el factor de especialidad es el que justificaría un marco regulatorio diferenciado, sin embargo esta especialidad debe tener un elemento objetivo que nos permita estar convencidos que la aplicación del régimen laboral común resulta incompatible al régimen especial.

2.5. PROBLEMÁTICA SOBRE EL CARÁCTER TEMPORAL O PERMANENTE DEL REGIMEN LABORAL ESPECIAL

La Ley 28015 crea el Régimen Laboral Especial de las MYPES, con la finalidad de promover la formalización y desarrollo de las Microempresas, facilitar el acceso a los derechos laborales y de seguridad social tanto a los trabajadores como a los empleadores. Este régimen según el artículo 43º de la citada norma debía ser por 05 años, iniciaba el 04 de junio del 2003 y terminaría el 03 de junio del 2008, pero la Ley 28851, del 27 de junio del 2006 amplía señalando que su duración sería de diez años contados desde la entrada en vigencia de la Ley N° 28015, lo que se desprende de la lectura de su artículo 2º y la Segunda Disposición Complementaria de la Ley 28851

modificada, por lo que contabilizando el tiempo sería hasta el 04 de julio del 2013. Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 1068, del 27 de junio del 2008, a través de su artículo 7° modifica varios artículos de la Ley 28015, y mediante su artículo 43°, modificando el artículo 44° de la Ley 28015 señala que el Régimen Laboral Especial sería de naturaleza permanente, sin mencionar plazo alguno. Ello también es confirmado por el TUO de la Ley de Promoción y Competitividad, Formalización y Desarrollo de la MYPE y del Acceso al Empleo Decente (Ley MYPE), promulgado mediante el D. S. 007-2008-TR, de fecha 30 de setiembre del 2008, en su artículo 42°, que señala que el presente régimen laboral especial es de carácter permanente, así como su Reglamento, D.S. N° 008-2008-TR (30.09.2008) también se manifiesta en ese sentido. Finalmente la Ley N° 30056, publicada el 02 de julio del 2013, modifica diversas disposiciones de dicha ley, y entre estas modificaciones dispone que se prorrogue por 3 años el régimen laboral especial de la microempresa creado mediante la Ley N° 28015. Esta sucesión normativa, determina la existencia de tres situaciones:

- **Trabajadores contratados bajo la Ley N° 28015** Los trabajadores de las empresas que se acogieron al régimen de las microempresas de la Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, hasta el 30 de setiembre de 2008, se mantienen bajo dicho régimen, hasta el 4 de julio de 2016; con fecha posterior, ingresarán al régimen laboral general de la actividad Privada.
- **Trabajadores contratados bajo la Ley N° 28015 que acuerdan pasar al régimen del D. Leg. N° 1086** Los trabajadores de las empresas que se acogieron al régimen de las microempresas de la Ley N° 28015 que acuerden con

sus empleadores dentro del plazo de permanencia en dicho régimen especial (hasta el 04 de julio de 2016), su acogimiento al régimen laboral regulado en el Decreto Legislativo N° 1086, permanecerán en el régimen especial de la microempresa sin límite temporal. Es indispensable que dicho acuerdo se celebre por escrito, y sea presentado ante la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro del plazo de 30 días de suscrito

- **Trabajadores contratados bajo el régimen del D. Leg. N° 1086** El régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas, del D. Leg. N° 1086, Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, es de naturaleza permanente. Por lo tanto, los trabajadores de las empresas que se acogieron a los Regímenes especiales de la micro o pequeña empresa, a partir del 01 de octubre de 2008, fecha en que entra en vigencia el D. Leg. N° 1086, se mantienen en dichos regímenes sin límite temporal. Es decir, los trabajadores y las empresas que se acogieron al régimen especial a partir de la fecha antes indicada no están obligados a pasar al régimen laboral general de la actividad privada, salvo que la empresa empleadora incurriera en causal de pérdida del régimen especial.

2.6. LOS DERECHOS LABORALES

2.6.1. DEFINICION

Son todas aquellas garantías que establecen la legislación laboral, en forma detallada y que vienen a beneficiar tanto al trabajador como al empleador.

Los derechos laborales son el conjunto de atribuciones que le asisten a todo ser humano, para desarrollar actividades

productivas en condiciones óptimas de bienestar, equidad e igualdad, de forma tal que pueda satisfacer sus necesidades básicas y ampliar sus oportunidades de crecimiento y superación.

Derechos tales como el derecho al trabajo, a igual salario por trabajo igual, al descanso y al tiempo libre, a un nivel de vida que asegure la salud y el bienestar, a sindicalizarse, entre otros, forman parte de los derechos económicos, sociales y culturales. Son de carácter programático, en virtud de que entrañan una finalidad que requiere ser desarrollada, lo que implica que el Estado debe asumir un papel activo frente a ellos, y convertirse en su promotor, gestor y principal protector.

Debido a esta característica, se presentan problemas para su vigencia y ejercicio, pues quedan sujetos a la capacidad económica y operativa del Estado, a pesar de su reconocimiento en instrumentos legales. Dicho reconocimiento constituye un resultado tensional de dos fuerzas históricamente encontradas: los esfuerzos de los trabajadores por alcanzar mejores condiciones de trabajo y bienestar, y los intereses de los contratantes y propietarios del capital por mantener el mayor nivel posible de productividad y manutención de la fuerza de trabajo, a lo cual también contribuye el ejercicio de los derechos laborales.

2.6.2. DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES

Los derechos laborales son aquellos derechos que mediante la constitución, la ley o convenio colectivo se le reconoce al trabajador. Entre estos derechos laborales que tiene el trabajador podemos citar los siguientes:

- El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.
- El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.
- Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.
- La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo.
- Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.

En el campo de los derechos colectivos que tienen los trabajadores:

- **Derecho de sindicación.-** El trabajador tiene derecho a pertenecer a un sindicato, y esto no puede ser motivo de despido por ningún motivo.
- **Derecho de negociación colectiva.-** Tiene derecho a negociar pacíficamente como sindicato con su empleador para obtener mejores beneficios.
- **Derecho de huelga.-** Tiene derecho a proponer una huelga, de manera coordinada como sindicato y debe ser aceptada por el Estado.

2.6.3. DERECHOS LABORALES EN LA NORMA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONES INTERNACIONALES

Teniendo en cuenta nuestra legislación laboral, nuestra constitución política, instrumentos internacionales que protegen

los derechos laborales, podríamos resumir que los derechos laborales que constitucionalmente protegidos serían los siguientes:

1. El trabajo como derecho y/o deber
2. Protección al trabajo
3. Protección a la mujer o madre trabajadora
4. Protección al menor de edad
5. Protección al discapacitado
6. Fomento del empleo (pleno empleo)
7. Principio de igualdad y no discriminación
8. Libertad y elección de trabajo
9. Salario social
10. Jornada de trabajo
11. Descanso semanal, vacaciones y feriados
12. Formación profesional
13. Libertad sindical
14. Convenios Colectivos de Trabajo
15. Huelga
16. Participación de los trabajadores en la empresa
17. La Estabilidad laboral.

2.4. MARCO CONCEPTUAL

EMPRESA.- Unidad económica generadora de rentas de tercera categoría conforme a la Ley del Impuesto a la Renta, con una finalidad lucrativa. La empresa puede existir organizándose como persona natural o como persona jurídica.

SOCIEDAD.- La sociedad es una persona jurídica con fines de lucro que se constituye por la voluntad de sus socios para desarrollar una actividad empresarial en beneficio de dichos socios.

MYPE.- Es la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene como

objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios.

DERECHO LABORAL.- Es una rama del Derecho cuyos principios y normas jurídicas tienen por objeto la tutela del trabajo humano realizado en forma libre, por cuenta ajena, en relación de dependencia y a cambio de una contraprestación. Es un sistema normativo heterónimo y autónomo que regula determinados tipos de trabajo dependiente y de relaciones laborales.

DERECHOS LABORALES.- Son los derechos que la Constitución y las normas laborales que le reconocen a los trabajadores. Como los derechos a la remuneración justa, beneficios laborales, adecuada condiciones laborales, derecho a sindicación, etc.

PRINCIPIOS DE DERECHO LABORAL.- Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que puedan servir para promover y encausar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos

NORMAS LABORALES.- Son los dispositivos constitucionales, legales o reglamentarias que regulan las relaciones laborales y el goce de los derechos laborales de los trabajadores.

DERECHOS FUNDAMENTALES.- Son aquellos Derechos Humanos que han sido reconocidos por los ordenamientos jurídicos estatales, esto es, en cuanto Derechos Humanos positivizados, que gozan además, al menos en principio de un sistema de garantías reconocidos por las normas jurídicas.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Revisando en las Universidades de nuestra ciudad no encontramos antecedentes investigativos referidos específicamente al análisis del Régimen Laboral Especial de las Mypes y la afectación de los derechos laborales de los trabajadores, por lo que nuestro trabajo es original.

Lo que sí encontramos son algunos artículos e informes relacionados con el tema de investigación en revistas de circulación local y nacional, resoluciones del poder judicial y del tribunal Constitucional, tanto en físico y digital en el INTERNET, los que constituirán fuentes de información para la ejecución del presente trabajo.



4. OBJETIVOS

- Determinar cuáles son las características de la labor que desempeñan los trabajadores de las micro y pequeñas empresas.
- Determinar si los derechos laborales reconocidos mediante el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, es equiparable a los derechos laborales que la legislación laboral general reconoce a los trabajadores.
- Determinar si la regulación de los derechos laborales de los trabajadores que se rigen por el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, deben ser reformados a fin de compatibilizar con los derechos reconocidos por la Ley General de Trabajo.

5. HIPÓTESIS

Dado que, en nuestro país existe un Régimen Laboral Especial para las micro y pequeñas empresas, regulado inicialmente mediante la Ley N° 28015, modificada por el Decreto Legislativo 1086, y recientemente modificada por la Ley 30056, y sobre esta base se ha expedido el nuevo TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, la misma que establece un régimen laboral diferenciado para las micro y pequeñas empresas respecto al Régimen General de la actividad privada,

Es probable que, los derechos laborales reconocidos mediante el TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, no sean equiparables con lo que el Régimen General de la actividad privada reconoce a los trabajadores, sin ninguna justificación objetiva, vulnerándose con ello los derechos laborales de los trabajadores.

III.- PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. Técnicas e Instrumentos de Verificación

1. Técnicas

- Observación documental

2. Instrumentos

- Fichas de observación documental

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

2.1. Ubicación Espacial

La ubicación espacial corresponde al ámbito nacional, aunque por las características de nuestro trabajo nos avocaremos a trabajar más enmarcados dentro de la ciudad de Arequipa.

2.2. Ubicación Temporal

El horizonte temporal del estudio está referido a la realidad actual de nuestro país:

2.3. Unidades de estudio

a) Universo

El universo de estudio para el caso de la presente investigación está conformado por toda la información que se encuentra en nuestro país respecto de los derechos laborales de los trabajadores de las Mypes.

b) Muestra

La muestra está dada por la información documentada que se encuentra en nuestra localidad, archivos del poder judicial, Colegios Profesionales, bibliotecas, internet, etc.

Dada las características de nuestro universo y de la naturaleza de la investigación referente a la normatividad nuestra muestra estará conformada por la totalidad de la normatividad que esté referido a los derechos laborales de los trabajadores de las Mypes.

4. ESTRATEGIA DE RECOLECCION DE DATOS

La información que se requiere para la presente investigación será recogida, por la propia investigadora. En cuanto a lo documental que incluye los dispositivos legales, jurisprudencia y doctrina, se obtendrá de las bibliotecas de la Universidad públicas y privadas que funcionan en Arequipa, así como del Colegio de Abogados de Arequipa y otras bibliotecas especializadas, así como vía INTERNET, utilizándose para ello fichas bibliográficas y documentales; y la información de campo, se obtendrá del archivo de las empresas, archivos virtual y físico del Poder Judicial del Perú, etc.

4.1. MODO

- Se realizará, por el propio investigador, la búsqueda de bibliografía jurídica y dispositivos legales pertinente en las bibliotecas especializadas de la localidad, asimismo en el Internet a efecto de conseguir la información requerida, la misma que será consignada en fichas bibliográficas y documentales.
- Se revisará, por parte del investigador, las fichas bibliográficas y documentales, elaboradas en la recolección de la investigación.
- Se solicitará información a las diferentes instituciones y empresas directamente, utilizando para ello fichas bibliográficas y documentales.
- Se realizará la recolección de datos, ordenamiento, tabulación, análisis e interpretación de la información requerida para la culminación de la investigación planteada, considerando su aspecto cuantitativo y cualitativo.

4.2 MEDIOS

A) RECURSOS HUMANOS

DENOMINACIÓN	Nº	COSTO DIARIO	DIAS	COSTO TOTAL
Dirección de proyecto y Ejecución	1	40.00	90	3600.00
Colaborador	1	30.00	20	600.00
Digitador/ Diagramador	1	30.00	10	300.00
TOTALES	3	50.00		4500.00

B) RECURSOS MATERIALES Y BIENES Y SERVICIOS

DENOMINACIÓN	CANTIDAD	COSTO TOTAL
Papel Bond	2000	42.00
Papel Periódico	1000	18.00
Fichas Bibliográficas y Doc.	200	12.00
Tinta de Impresora	02	20.00
Copias fotostáticas	1000	100.00
Anillado	04	16.00
Uso de computadora	02	200.00
Empastados	05	100.00
Movilidad	-	300.00
TOTAL		808.00

C) COSTO TOTAL DE PROYECTO

DENOMINACIÓN	COSTO TOTAL
Recurso humanos	4500.00
Recursos materiales y Bienes y servicios	808.00
COSTO TOTAL GENERAL	5308.00

IV.- CRONOGRAMA DE TRABAJO

Tiempo Actividades	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Setiemb
	2014	2014	2014	2014	2014
	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4
1. Elaboración del Proyecto	x x x x				
2.-Desarrollo del proyecto					
- Recolección de Datos		x x x x	x x x x		
- Sistematización de datos				x x x x	
- Conclusión y sugerencias					x x
3.- Elaboración del informe					x

V.- BIBLIOGRAFIA

REVALO VELA, Javier. Derecho Colectivo del Trabajo. Grijley. Lima, 2005.

BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos. Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2009.

CAMPOS TORRES, Sara. Nuevo Régimen Laboral Empresarial. Gaceta Jurídica SA. Lima, 2010.

CASTILLO GUZMAN, Jorge. Compendio de derecho laboral peruano. Informativo Caballero Bustamante. Lima, 2008.

DOLORIER TORRES, Javier. Tratado Practico de Derecho Laboral. Tomos I y II. Gaceta Jurídica. Lima, 2010.

GACETA JURIDICA. Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I. Ley General de Sociedades. Lima, 2005.

GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. ¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Lima, 2010.

MINISTERIO DE PRODUCCION. Guía de constitución y formalización de empresas. Dirección General de la Micro y Pequeña Empresa y Cooperativas. Lima 2009.

MONTOYA MANFREDI, Ulises. Derecho Comercial I. Undécima edición. Editorial Grijley. Lima, 2004.

NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007.

PALMADERA ROMERO, Doris. Manual de la Ley General de Sociedades. Gaceta Jurídica. Lima, 2011.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.

PROINVERSION. Mypequeña empresa crece. Guía para el desarrollo de la micro y pequeña empresa. Proinversión y Esan. Lima, 2006.

TOYAMA MIAGUSUKO, Jorge y VINATEA RECOBA, Luis. Guía laboral. Para asesores legales, administrativos, jefe de recursos humanos y gerentes. Gaceta Jurídica. Lima, 2010.

TOYAMA MIYAGUSUKO, Jorge. Derecho Individual de Trabajo. Gaceta Jurídica. Lima, 2011.

VERGARAY ALIAGA, Inés Rosario y Otros. Manual Práctico Laboral. Staff Laboral. Entrelíneas SRL. Lima, 2010.

VILLARAN, Fernando. Las PYMEs en la estructura empresarial peruana. 2000.

VILLARAN, Fernando. El mundo de la pequeña empresa. MINCETUR. Lima, 2007

YAMAKAWA, Peter y Otros. Modelo tecnológico de integración de servicios para la MYPE peruana. Esan Ediciones. Lima, 2010

ZAVALA RIVERA, Alejandro. El ABC del derecho laboral y Procesal laboral. Fondo Editorial EGACAL. Lima, 2011.