

INFORMALIDAD, SUBEMPLEO Y MYPES

MARIO PASCO COSMÓPOLIS*

“Si el derecho da las espaldas a la realidad, la realidad terminará por dar las espaldas al derecho.”

Eduardo J. Couture

Sumario:

Introducción I. Causas de la informalidad. II. Informalidad y subempleo 1. Derechos de los subempleados informales III. Informalidad y formalización IV. El caso de la micro y pequeña empresa– MYPE

INTRODUCCIÓN

Uno de los fenómenos sociales y económicos más notorios de los últimos tiempos es el crecimiento del sector informal. Tal hecho, que se da incluso en los países más ricos, adquiere caracteres endémicos en los de menor desarrollo, a tal punto que estudios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) demuestran que la abrumadora mayoría de nuevos empleos que se crean, lo son en ese sector.

La economía informal puede ser definida en atención a sus causas, sus manifestaciones, las actividades en las que se presenta, el volumen de personas que involucra o la participación que tiene dentro de la economía de los países. Otros nombres por los que es conocida, según Grzetich¹, son sector informal, no estructurado, autónomo, polo

(*) Catedrático Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1) GRZETICH LONG, Antonio. *Trabajo informal. Un enfoque jurídico laboral*. Ediciones jurídicas, Montevideo 1992, p. 28.

marginal, economía de subsistencia, sector primitivo y marginal, sector atrasado, sector tradicional, entre otros; en órbita europea se habla de economía divergente, no observada, oculta, negra, en la sombra, subterránea, paralela, dual, al contado, sumergida (*sommersa*), etc.

Desde la perspectiva jurídica, la informalidad podría ser definida como aquel conjunto de actividades económicas y productivas que, sin ser de naturaleza criminal, se dan al margen de la legalidad o en abierto contraste o incumplimiento de la misma. “En principio - como señala Rubio Correa² - podría parecer que el relajamiento de la obligatoriedad de las normas y los principios que las rigen constituye la informalidad, pero una mirada más detenida anuncia que eso no es tan cierto. Por ejemplo, un narcotraficante no es un informal sino un delincuente. Lo propio es quien roba o mata. Por consiguiente, no todo incumplimiento de la obligatoriedad del Derecho es informalidad. Sólo parecen serlo los incumplimientos que devienen en estructuralmente tolerables. Un incumplimiento es *estructural* cuando el conjunto de reglas del sistema social (que es mayor que el conjunto de reglas del sistema jurídico) permite que los normas jurídicamente establecidas sean inobservadas para que la vida social general prosiga adelante (...). Un incumplimiento es tolerable cuando no afecta los sentimientos de convivencia social fundamentales. Así, el trabajo informal parece no afectarlos sustantivamente en los últimos años y, al contrario(...), parece una necesidad. Los delitos tales como el homicidio, el robo, etc., por oposición, constituyen violaciones intolerables para la convivencia.”

Trabajo informal viene a ser, en tal perspectiva, el que, dentro de esa economía, se realiza en forma independiente o bajo un esquema que, siendo el teórico de una relación de trabajo, se desenvuelve sin aplicación de las normas que regulan a ésta. Se lo denomina también trabajo no registrado o no sujeto a contrato.

Es necesario precisar que no solo existe trabajo informal en el sector clandestino, sino también en empresas legalmente constituidas: es el área perniciosa del sector formal, constituida por trabajadores que laboran en una empresa registrada pero no figuran en los libros, en lo que se ha dado en llamar el “área negra del sector blanco”.

Así mismo, debe advertirse que el sector informal es sumamente heterogéneo “y se define más por su divergencia a la normatividad del sector formal que por las probabilidades sociales comunes”³. Dentro de esa heterogeneidad conviven el trabajo asalariado y el trabajo independiente; el primero es “tan sólo una de las formas, aunque la más importante, de reproducción. Coexisten y aumentan otras formas: una tercera parte de

2) RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, Fondo Editorial de la PUC, 8ª. Edición, Lima 2002, p. 233.

3) DOMBOIS, Rainer. *¿Empleo “atípico” en economías sin empleo típico? Problemas analíticos del concepto de la relación laboral normal; el ejemplo de Colombia*. En: Reestructuración y regulación institucional del mercado de trabajo en América Latina. Instituto Internacional de Estudios Laborales, Ginebra 1993, p. 208.

la población ocupada⁴ trabaja en la agricultura, entre ellos muchos como minifundistas, patronos o trabajadores familiares; solamente la mitad trabaja en forma asalariada (...). También en las economías urbanas se da una gran cantidad de personas que aparecen como trabajadores independientes, o como familiares, o manejan pequeñas empresas sin o con muy poco trabajado asalariado: obreros, pequeños comerciantes, trabajadores 'por cuenta propia', en total un cuarto de la población urbana ocupada. Una parte de estos últimos son, como los subcontratistas, asalariados disfrazados, independientes sólo de manera formal.”

Es tan importante cuanto válida la distinción entre la economía del sector no estructurado y la economía ilegal. El primero corresponde a las actividades realizadas al margen de las estructuras económicas institucionalizadas, mientras el segundo es aquel que no satisface las exigencias de las leyes, reglamentos y prácticas nacionales⁵.

I. CAUSAS DE LA INFORMALIDAD

La génesis del trabajo informal es consecuencia de un exceso de oferta de fuerza de trabajo no absorbida, sino en forma muy modesta, por las fuerzas productivas integradas al sistema económico formal. Este “excedente de fuerza laboral” se ve forzado a cumplir todo género de actividades de lo más dispares a fin de poder satisfacer, aunque sea parcialmente, sus necesidades de empleo e ingresos. El constante crecimiento de la fuerza de trabajo, a su vez, se encuentra vinculado a factores demográficos tales como el de la tasa de natalidad y el proceso migratorio del campo a la ciudad, y a factores sociales, entre ellos los cambios que experimenta la fuerza de trabajo secundaria en los patrones de salida al mercado laboral, en busca de empleos que permitan el incremento del nivel de ingreso familiar.

Favorecen el surgimiento y ampliación del sector informal principalmente dos factores: la reducción de los costos de la fuerza de trabajo, que hacen competitivos los precios, y la demanda de lo producido en el sector. A ello habría que agregar que el factor trabajo no es el único cuyo costo se reduce en la industria clandestina. El no pagar impuestos, el no llevar libros de acuerdo a la ley, la libertad de trabas burocráticas, evadir la legalidad, también favorecen decididamente el crecimiento a las actividades clandestinas.

El informal no lo es porque quiere: “el trabajo eventual no es simplemente una forma de empleo que puede ser escogida por aquellos miembros de la fuerza laboral que la prefieren, sino principalmente es la única clase de empleo disponible para aque-

4) El dato corresponde a Colombia, pero es perfectamente aplicable prácticamente a todo país subdesarrollado, en especial a los latinoamericanos. DOMBOIS, *ibid.*, p. 228

5) Cfr. Recomendación N° 169 de la OIT, sobre política del empleo: artículos 27.1 y 8, respectivamente.

llos que buscan trabajo”⁶. Ésa es, por lo demás, la tesis central que inspiró el célebre “El Otro Sendero” de Hernando de Soto: la persona se ve empujada a la informalidad, entre otros factores, por el “alto costo de la legalidad”, entendido no sólo como cargas o gravámenes, sino traducido en engorros, pérdidas de tiempo, despilfarros y otros desaguisados del burocratismo.

Existe, pues, un “doble mercado de trabajo”: “el oficial” que goza de una adecuada protección estatal y social, y que podemos ubicarlo dentro de una área regular; y “el clandestino”, que carece de todo tipo de tutela y que entre otras cosas, determina que el producto bruto interno sea subvalorado, el cual encontraría su ubicación en un área irregular.

II. INFORMALIDAD Y SUBEMPLEO

El subempleo - hermano siamés de la informalidad - corresponde a dos situaciones: una visible, consistente en un trabajo de duración inferior a la común, o sea un trabajo a tiempo parcial (por lo general, por causa ajena a la voluntad del trabajador) o que cubre un número limitado de horas semanales; y uno invisible, llamado también paro encubierto, que corresponde a las personas que, cumpliendo una jornada ordinaria normal (y muchas veces, superior a la legal), obtienen un ingreso exiguo, o que ocupan empleos de inferior nivel al que correspondería a sus aptitudes ocupacionales, o que laboran en talleres o establecimientos de muy baja productividad relativa.

Informalidad y subempleo no son lo mismo. Pero casi. El trabajo informal es precario. Informalidad, precariedad y subempleo no tienen significado idéntico, pero suelen presentarse constantemente ligados entre sí: precarios, subempleados e informales constituyen y provienen de un grupo humano común, una masa social que pasa incesantemente de la legalidad a la clandestinidad, y esporádicamente regresa de ella.

Los límites entre esos conceptos no son tampoco claros ni están precisados, sobre todo porque el trabajo informal no sólo se da en el sector oculto de la economía, sino que, como hemos adelantado, también puede observarse en empresas legalmente constituidas.

Difícilmente podría afirmarse que dentro de la industria clandestina todos son eventuales, pero más difícil es hablar de trabajadores “estables” dentro de la industria informal. Al respecto, Grzetich y Mezzera⁷ optan por diferenciar el trabajo informal entendido como “economía de subsistencia, de lo que es economía capitalista que deliberadamente se margina del cumplimiento de las obligaciones del sistema para lograr ventajas en materia de evasión tributaria y de incumplimiento laboral”.

6) GALÍN, Pedro: *Condiciones de trabajo en los trabajadores por turnos de la industria del país*. CIAT, Lima 1982, p. 48.

7) GRZETICH LONG, Antonio y MEZZERA, Jaime. *Sobre el concepto de sector informal y sus consecuencias jurídicas*. En: Revista Relasur N° 4, Montevideo 1992, p.121.

En tal sentido, las acciones frente a uno u otro deben ser diferentes, pues “el *trabajo informal* es el trabajo de subsistencia, que lo desarrolla quien, por su misma pobreza, no cumple con muchas normas porque no puede hacerlo. A éste, el Estado lo debe *promover, mejorando su situación, operando sobre la productividad y logrando optimizar sus ingresos*. En cambio la actividad desarrollada sin cumplir con la normativa vigente, buscando simplemente un mayor lucro, debe calificarse como sector de *trabajo negro o economía sommersa*. Este tipo de actividades el Estado *debe desalentarlas y sancionarlas*”.

En la informalidad, la palabra “precario” alcanza todas sus acepciones lingüísticas y todos sus matices socio-económicos.

1. Derechos de los subempleados informales

Los trabajadores informales, tanto de la industria clandestina como del sector legal, están en el último peldaño en lo que a protección por el Derecho se refiere. Teóricamente son titulares de todos los derechos laborales, pero sólo son efectivos aquéllos que el empleador quiera reconocerles.

En lo que se refiere a remuneraciones, existe una gran heterogeneidad; por regla general, los trabajadores informales perciben menos que los del sector registrado; pero puede haber excepciones. Para el informal no hay jornada máxima de trabajo, ni descanso diario, semanal y menos vacacional; están fuera de los alcances del salario mínimo vital y, por supuesto, también de todas las demás compensaciones o prestaciones. Carecen de toda protección contra el despido arbitrario, y los derechos colectivos - libertad sindical, negociación colectiva, huelga - no tienen para ellos significación alguna. Finalmente, como es obvio, tampoco se incorporan a la seguridad social en ninguna de sus manifestaciones.

No es que las normas laborales no se dirijan a ellos; ocurre simplemente que la legalidad no les alcanza. Son los parias del sistema, alimento estadístico del subempleo, los marginados del derecho laboral.

Preciso es advertir, sin embargo, que no todo trabajo informal es peor que el que se cumple dentro de la norma. Hay informales voluntarios, que lo son por propia decisión, pues su colocación marginal a los regímenes legales no se agota en los derechos sino también y en gran medida trasciende a las obligaciones, en especial de carácter fiscal y parafiscal. El trabajador informal, sobre todo el independiente, crea su propio paraíso tributario, al que no acceden los controles ni la inspección de los agentes gubernamentales. Es posible, por ejemplo, que el chofer de taxi que conduce un vehículo alquilado obtenga para sí un mayor ingreso real que quien lo hace en régimen de subordinación, por más que a éste le correspondan derechos y beneficios de los que el primero está naturalmente excluido.

III: INFORMALIDAD Y FORMALIZACIÓN

Diversas han sido las iniciativas legislativas encaminadas a lograr el paulatino y progresivo acceso de la producción informal dentro del mercado estructurado, bien sea en los aspectos estrictamente laborales, como en los administrativos y tributarios. Dentro de esa línea se ubican, por ejemplo, las normas que buscan dar un tratamiento diferenciado a la pequeña y mediana empresa, y muy en especial a la micro empresa.

Del examen de tales normas es posible deducir, en cierta forma, la ambigüedad o “doble moral” con que es vista la informalidad.

Para algunos, se trata de una actividad ilegal y, por lo tanto, ilícita; desde tal trinchera, debe ser proscrita y perseguida. Para otros, no es sólo un proceso social inevitable, sino incluso benéfico, ya que permite a vastos sectores de la población acceder a medios de vida que el deficiente grado de desarrollo económico no les puede ofrecer por vía legal.

El informal, el subempleado, no lo son porque quieren: Tales anomalías no son “simplemente una forma de empleo que puede ser escogida por aquellos miembros de la fuerza laboral que la prefieren, sino principalmente es la única clase de empleo disponible para aquellos que buscan trabajo”⁸.

Lo que resulta evidente es que una sociedad no puede desarrollarse a plenitud sobre la base de la coexistencia de una dualidad económico-productiva en la que la competencia, que es cada vez más aguda y compleja, no se da en términos de mejor productividad sino de simple abatimiento de costos “a cualquier precio”. El fenómeno, siempre visto como endogámico, de algún modo trasciende las fronteras: ello ha producido lo que Adrián Goldín ha llamado “Campeonato Mundial por el abatimiento de las condiciones de trabajo”, una de cuyas víctimas viene siendo el derecho del trabajo.

Dentro de la distinción entre empleo ilegal y economía no estructurada, la Recomendación N° 169° de la OIT, sobre política de empleo, urge a adoptar medidas para combatir de manera efectiva el primero, y destaca la necesidad de adoptar medidas para permitir el traslado progresivo de los trabajadores del segundo al sector estructurado.

Por eso y por la condición mísera a la que es reducido por lo general el trabajador informal, no cabe duda de que algo tiene que hacerse desde el punto de vista legislativo, como también político y administrativo, si no para erradicar la informalidad -pretensión utópica-, al menos para lograr el respeto universal a ese mínimo inabdicable de derechos laborales a los que la OIT ha dedicado su “Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo” (1998).

Esta lucha por introducir a la informalidad dentro de los cauces del orden, y a los trabajadores subempleados dentro de la órbita del derecho laboral, es también una

8) GALÍN, Pedro. *Condiciones de trabajo en los trabajadores por turnos de la industria del país*. CIAT, Lima 1982, p. 48.

lucha por el empleo digno. Y por consiguiente, una manera de proteger al trabajador de la indefensión en que tal situación lo coloca.

Empero, parece un contrasentido relacionar la informalidad y la legislación, si asumimos que la primera vive al margen de la segunda. A tal punto que alguien ha destacado la paradoja subyacente en la pretensión de darle algún tipo de soporte o cobertura legal: desde el instante en que se introdujera en cauces legales, cualesquiera que fueren, dejaría de ser informal, o sea, dejaría de ser a secas.

Rubio Correa⁹ señala que una de las “vías de asunción del problema de la informalidad por el Derecho es la denominada desregulación. Este concepto señala que el Derecho ha establecido muchas normas en el sistema, que deben ser eliminadas porque no son cumplidas y tampoco son necesarias; al revés, resultan inconvenientes porque estorban el normal desarrollo de la sociedad. Y la mejor prueba que se ofrece para ello es que, estructuralmente, la sociedad no las necesita y la informalidad (que le permite funcionar con mejor forma) no las obedece. La desregulación es una opción que, desde el punto de vista jurídico, supone las habilidades de determinar cuáles son las normas innecesarias, y de poder quitar del sistema las que sobran o estorban sin afectar la coherencia del conjunto y sin menoscabar, tampoco, las exigencias mínimas de regulación necesarias.”

Ello no obstante, algunos países han previsto medidas legales positivas, encaminadas, si no a la formalización plena, sí al reconocimiento de su existencia con miras a su reconversión. A título de ejemplo, en la **República Argentina** se contempla el establecimiento de programas dirigidos a apoyar la reconversión productiva de actividades informales para mejorar su productividad y gestión económica. A tal efecto, considera como actividades informales, “aquéllas cuyo nivel de productividad esté por debajo de los valores establecidos periódicamente por el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, o bien presenten otras características asimilables según lo establezca dicho Consejo”. Tales programas deben promover la pequeña empresa, microemprendimientos, modalidades asociativas como cooperativas de trabajo, programas de propiedad participada, empresas juveniles y sociedades de propiedad de los trabajadores.

Las medidas de fomento son las siguientes:

- a) simplificación registral y administrativa;
- b) asistencia técnica;
- c) formación y reconversión profesional;
- d) capacitación en gestión y asesoramiento gerencial;
- e) constitución de fondos solidarios de garantía para facilitar el acceso al crédito; y,

9) Ob. cit., p. 234

- f) prioridad en el acceso a las modalidades de acceso único a prestación por desempleo.

Los proyectos a incluir en los programas requieren de la declaración expresa de viabilidad económica, formulada a partir de estudios técnicos específicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el cual debe constituir y mantener un banco de proyectos, definir los lineamientos básicos para su diseño y brindar asistencia técnica para su ejecución y evaluación.

Por otra parte, se propende a la regularización del empleo no registrado; sancionando al empleador que no registre una relación laboral con la obligación de pago de una indemnización al trabajador afectado, equivalente a una cuarta parte de las remuneraciones devengadas desde el comienzo de la vinculación, la que en ningún caso podrá ser inferior a tres veces el importe mensual del salario. Se contempla así mismo indemnizaciones por consignarse una fecha de ingreso posterior a la real o una remuneración inferior a la percibida por el trabajador.

En **Colombia**, el sector informal “es definido por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE - como aquel compuesto por trabajadores familiares sin remuneración; empleados domésticos, trabajadores independientes (cuenta propia) que no se ocupen en actividades técnicas o profesionales; y obreros, empleados y patronos de empresas hasta de diez (10) trabajadores en el caso de la manufactura y hasta de cinco (5) en el resto de sectores, o microempresas, las que además poseen activos inferiores a cincuenta millones de pesos” (OIT - Proyecto integral sobre el sector informal urbano) No hay en la legislación - en especial, el Código Sustantivo de Trabajo - ninguna referencia a las relaciones de trabajo en este sector. Como es natural, “las disposiciones del Código no marginan de su aplicación a ninguna relación laboral dependiente que se ejecute en el sector privado; sin embargo, de las 13 millones 400 mil personas que trabajan podríamos decir que no se aplica a más del 30% de dichos trabajadores”, esto es, al sector marginal ya que “...cerca del 50% del empleo urbano se puede considerar como empleo informal, incluyendo en él a todos los trabajadores por cuenta propia que no sean profesionales o técnicos independientes y a todos los patronos y asalariados de empresas de menos de 10 trabajadores...; y tampoco a los trabajadores del sector rural no moderno (de los 13 millones 400 (mil) empleados, 40% residen en zonas rurales)”.

En el **Perú**, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en coordinación con los ministerios de la producción, impulsa el establecimiento de programas especiales dirigidos a apoyar procesos de reconversión productiva en las empresas que vienen operando en el SIU, tendentes a mejorar sus niveles de productividad, con la finalidad de potenciar la capacidad generadora de empleo. Se pueden acoger a dichos programas los trabajadores cesantes como consecuencia de procesos de reestructuración social y reconversión tecnológica, los trabajadores informales propiamente dichos y los independientes que actúen en ese sector.

A su vez, son calificadas como actividades predominantemente de carácter informal, a todas aquellas que se desarrollen en forma independiente en el ámbito de la microempresa o en el de la pequeña empresa, y que desarrollen sus actividades productivas preferentemente en los sectores comercio, servicios, pequeña industria, construcción y de manufacturas básicas orientadas al mercado interno local, regional o nacional.

Se promueven determinadas modalidades empresariales, dentro del marco de la reconversión productiva: (i) microempresas y pequeñas empresas (definidas como tales por la ley pertinente); (ii) programas de accionariado difundido, y (iii) cooperativas de trabajadores.

Como incentivos la ley contempla los siguientes:

- a) procedimientos simplificados de constitución y registro;
- b) amnistías administrativa, entendida en el sentido de exoneración de multas por funcionamiento previo no registrado;
- c) asistencia técnico-productiva;
- d) asesoría empresarial;
- e) formación profesional y reconversión laboral;
- f) capacitación en gestión empresarial;
- g) constitución de líneas de crédito preferenciales;
- h) constitución de fondos solidarios de garantía; e,
- i) constitución de fondos rotatorios de financiamiento.

El órgano de línea encargado de centralizar las decisiones relativas al diseño, aplicación y ejecución de los indicados programas es la Dirección de Empleo y Formación Profesional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a cuyos efectos deberá, entre otras funciones, constituir y mantener un Banco de Proyectos, en coordinación con organizaciones no gubernamentales, centros de investigación y otras entidades con las que celebre convenios de cooperación técnica.

IV. EL CASO DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA¹⁰ – MYPE

Es verdad incontestable que las medianas y pequeñas empresas, y en especial las microempresas, procrean, en relación con los medios invertidos en su puesta en marcha, más puestos de trabajo que la gran empresa, en términos absolutos y relativos. Toda política de empleo - y toda política de desarrollo, en verdad - debe prestar debida atención a este fenómeno.

10) Una definición generalmente aceptada de micro-empresa es la de "pequeña unidad económica con menos de 10 trabajadores, orientada, mayoritariamente, a la sobrevivencia y subsistencia de las personas a ella vinculadas, gracias a la creación de una fuente de empleo y de ingresos; un vínculo heterogéneo y complejo con base más en la primacía del trabajo sobre el capital". La pequeña empresa tiene unidad de gestión autónoma que reúne un conjunto de factores, en particular capital y trabajo, y se consagra a producir y vender bienes y servicios que responden a la demanda, con el objetivo de maximizar sus beneficios (Atelier Permanent/Document de Travail No. 1: L'Économie Populaire en Amérique Latine).

No obstante, es en estos tipos de empresas donde proliferan la informalidad y el subempleo. Las estadísticas de OIT reflejan, en efecto, que de cada 100 nuevos puestos de trabajo, más de 80 son informales. Las empresas de dimensión mínima o modesta en efecto generan más empleo, pero de ínfima calidad.

Una política de empleo debe propender no sólo al crecimiento cualitativo: debe procurarse más plazas, pero de trabajo decente.

En esa línea, el apoyo a las PYME debe darse mediante un haz de medidas que incluyen, en los aspectos macroeconómicos, la orientación prioritaria de los recursos hacia las áreas productivas que generan mayor empleo, dotación de infraestructura de servicios, mecanismos de vinculación oferta-demanda, organizando la primera y estimulando la segunda; y orientado hacia lo microeconómico, simplificación de los trámites administrativos y apoyo en la constitución societaria, líneas especiales de financiamiento, información sobre mercados, capacitación gerencial, asistencia técnica, asesoría y consultoría orientada a mejorar la eficiencia en el uso de recursos y, consecuentemente, la productividad, y un larguísimo etcétera.

Ahora bien, dentro de esas medidas se propone muchas veces una cuestión asaz polémica, que suele enfrentar a académicos y pragmáticos, a gobiernos y gremios sindicales y empresariales: ¿deben establecerse regímenes laborales diferenciados: uno pleno para la gran industria, y otro moderado para las PYME; o la legislación laboral debe ser única y general?

En concreto, en nuestro país se ha dictado la Ley N° 28015, la cual se refiere únicamente a la micro y pequeña empresa – MYPE (no a la mediana empresa).

En su artículo 2°, establece que debe entenderse como MYPE a *“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”*. Define como microempresa la que tiene entre uno y diez trabajadores y como pequeña empresa la que cuenta con entre uno y cincuenta trabajadores. En relación a los niveles de ventas anuales, la microempresa debe tener un monto máximo de ventas de 150 Unidad Impositivas Tributarias - UIT¹¹, y la pequeña empresa, un monto total de ventas de entre 150 y 850 UIT.

El régimen laboral especial de aplicación únicamente para las microempresas es de naturaleza temporal y rige del 4 de julio de 2003 al 3 de julio de 2008 (5 años).

Este régimen laboral especial establece diferencias con respecto al mercado formal, como por ejemplo:

11) Actualmente una UIT asciende a S/. 3,200.00 (tres mil doscientos y 00/100 nuevos soles).

- a) En los centros de trabajo de las microempresas cuya jornada se desarrolle habitualmente en horario nocturno, no se aplicará la sobretasa del 35% establecida para el régimen general.
- b) En materia de vacaciones, los trabajadores tienen quince días de descanso vacacional, contra treinta días en el mercado formal.
- c) El importe de la indemnización por despido injustificado equivale a 15 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de 180 remuneraciones diarias (aproximadamente 3 meses); a diferencia de régimen general formal, donde el monto de la indemnización asciende a una remuneración y media por cada año de servicios con el tope de 12 remuneraciones (8 años).
- d) No tienen gratificaciones legales ni compensación por tiempo de servicios.
- e) En lo referente a la afiliación a un régimen pensionario, la incorporación y permanencia de los trabajadores es dejada a la decisión de éstos.

Desde el campo doctrinario y teórico, las municiones que entrecruzan los partidarios de una legislación privativa y los que consideran que debe haber una única legislación general son de grueso calibre.

Quienes propugnan un régimen especial, de menores beneficios y bajos costos, como el peruano, arguyen que las legislaciones suelen ser fijadas con la mira puesta en las empresas más visibles, que tienen los sindicatos más poderosos, y por lo tanto que terminan siendo constrictoras de las empresas de menor dimensión, las cuales son así empujadas a la informalidad, espacio en el que los trabajadores carecen de toda protección y de todo derecho. La informalidad no es un estado buscado y deseado por nadie, sino la simple consecuencia del ya mencionado desmesurado costo de la legalidad. Si los costos legales disminuyeran - incluidos, natural y preponderantemente, los laborales, como también los tributarios y administrativos -, la informalidad cedería paso a la formalidad, que es el estado deseable y realmente deseado por todos.

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

El tema es agudo y merece un estudio y un análisis que desborda los alcances del presente reporte. Sin embargo, algunas líneas de coincidencia pueden existir entre posiciones tan encontradas. Veamos:

- Las políticas de empleo no pueden dejar de lado la promoción de las MYPE, sino que deben focalizarse en ellas, ya que allí radica el gran dinamismo de generación de puestos de trabajo.

- La legislación laboral debe actuar, en su generalidad y universalidad, como el piso mínimo del andamiaje de derechos y beneficios. Ese piso debe corresponder de manera racional a las posibilidades reales de la economía y de todas las empresas. Por ende, es válido y lícito eliminar beneficios exagerados, antitécnicos y antieconómicos, como en su momento proclamaran los movimientos de las reformas de la pasada década.
- No contradice el principio de igualdad el que existan salarios diferenciados - en especial, los salarios mínimos, que son fijados por vía oficial y con carácter imperativo -, en atención al volumen de la empresas, como también a otros factores como la actividad productiva, la ubicación geográfica, el costo de vida relativo, etc. Como el salario suele ser la medida de los demás derechos, que por lo general se basan en él y lo usan como patrón de referencia, en materia de costos un salario menor produce en cadena beneficios de costo también menor.
- La manera adecuada de compensar las diferencias entre empresas sin con ello atentar contra la vivacidad de la producción, es a través de la negociación colectiva. La negociación colectiva tiene como virtud suprema la de armonizar las necesidades y aspiraciones legítimas de los trabajadores con las posibilidades reales de las empresas para atenderlas. No por la imposición ciega de un legislador distante, sino por la persuasión y el mutuo convencimiento.
- Una política de empleo - y dentro de ella, una política para las PYME - debe estar sustentada en la participación de los interlocutores sociales.

Es de destacar que la OIT, en la Recomendación N° 169 (1984), pone de relieve que las políticas de empleo deberían tener en cuenta la importancia de las pequeñas empresas como fuente de empleo y reconocer la contribución a la lucha contra el desempleo y al crecimiento económico de las iniciativas locales generadoras de empleo. Estas pueden adoptar diversas formas, tales como empresas tradicionales, cooperativas y asociaciones, y brinda oportunidades de empleo sobre todo a los trabajadores enfrentados a dificultades especiales. Una forma de apuntalar su desarrollo consiste en promover las relaciones de complementariedad, para mejorar las condiciones de trabajo y ampliar sus posibilidades de acceso a los mercados, créditos, conocimientos técnicos y tecnologías avanzadas.

LA AMNISTÍA A EMPLEADORES INFORMALES

MARIO PASCO LIZARRAGA*

Sumario:

Introducción I. Contexto del asunto: la formalización empresarial
II. Amnistía, condonación, transacción III. Amnistía a informales
IV. Amnistía ... ¿laboral? V. La única vía ... ¿imposible?

INTRODUCCIÓN

Pocas cosas más insultantes para el cumplido pagador de impuestos que el otorgamiento de ventajas o concesiones a quien, en su momento, optó por la desobediencia.

Casi nada más hiriente para el deudo de una víctima, que el perdón social al delincuente.

Sin embargo, ambos escenarios integran o han integrado en algún momento nuestro sistema jurídico. La amnistía es un recurso al que, con naturalidad a veces chocante, las legislaciones recurren como método de lograr *males menores*.

En lo laboral, empero, hasta donde tenemos conocimiento no ha sucedido lo propio¹. La posibilidad de que el sistema ofrezca la reducción o eliminación de acreencias laborales generadas pero no reconocidas y difícilmente exigibles, como medio de lograr beneficios – distintos, menores posiblemente, pero concretos – para el titular de aquéllas, se ha considerado siempre, *a priori*, como fuera de límites.

(*) Abogado graduado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

1) En lo laboral, el término amnistía ha sido usado en sentido muy distinto del que seguiremos en el presente trabajo. Normalmente ha descrito intervenciones legales a favor de trabajadores o ex trabajadores que dejaron sin efecto represalias laborales por actos políticos o gremiales, que al ser revisadas políticamente se determinaron como injustas; como simple referencia, la Ley N° 25267 o la ley española N° 46/1977. Nosotros utilizaremos libremente el término para aludir a un escenario completamente distinto; opuesto en realidad: hipotéticas medidas relativas a infracciones laborales de empleadores o adeudos no reconocidos por empresarios informales, es decir, una amnistía a favor de empleadores.

En el presente trabajo exploraremos algunos de los puntos de contacto que pueden existir entre la figura de la amnistía y el derecho laboral, en el contexto de hipotéticas campañas de fomento de la formalidad en las relaciones de trabajo. En otras palabras, básicamente trataremos de constatar algunos de los límites recién aludidos.

A ese efecto, nos plantearemos interrogantes alrededor de algunas de las situaciones jurídicas que operan en el supuesto de un *perdón* de origen legal o son generadas por el mismo, y las contrastaremos con las instituciones del derecho laboral con incidencia en el mismo.

I. CONTEXTO DEL ASUNTO: LA FORMALIZACIÓN EMPRESARIAL

Todo programa de formalización de empresas parte de la premisa de que aquella es beneficiosa para todos o una mayoría significativa de los involucrados, dado que el empleo subterráneo acarrea una serie de consecuencias negativas para todos ellos.

CAPÓN FILAS, refiriéndose a las consecuencias de la *clandestinidad* mencionaba que, desde la óptica del trabajador “es altamente probable que el salario de bolsillo (...) sea inferior a las tarifas legales o convencionales, o a las remuneraciones habituales de la actividad. Si bien es posible que en ciertas actividades este salario sea superior a aquéllas, el resultado global, también en estos casos excepcionales, será inferior, porque rubros tales como asignaciones familiares, licencias pagas, indemnización por accidentes de trabajo o por despido, no son percibidos”; desde el punto de vista de las “empresas cumplientes”, la consecuencia es que “éstas enfrentan una competencia desleal por parte de los dadores de empleo clandestino, quienes operan con menores costes, y soportan además mayores cargas para mantener el sistema, ya que, ante un universo aportante deprimido, las incidencias sobre los cumplientes aumentan”; para las agencias de la Seguridad Social, finalmente, el perjuicio vendrá por el lado de “haberse deprimido el universo aportante y aumentado el pasivo a través de la incidencia vegetativa”. Ello, para referirse sólo a las consecuencias económicas, siendo que el propio autor detectaba además consecuencias dañinas en lo social, lo cultural y lo político².

Tener compañías registradas y susceptibles de seguimiento, que cumplan sus obligaciones administrativas, tributarias y laborales, aparece por tanto como provechoso para (i) el Estado, que puede recaudar, (ii) la Seguridad Social, que podrá cumplir sus fines respecto de un mayor universo de beneficiarios, con bases más sólidas, (iii) las propias empresas, que pasan a operar en un contexto de mayor seguridad y predictibilidad, y naturalmente (iv) los trabajadores, que logran acceso a mejores beneficios y mayor protección.

2) Para todo: CAPÓN FILAS, Rodolfo. Empleo clandestino: desafío a la sociedad. En: El empleo precario en Argentina. CIAT. Lima, 1988. pp. 51-53.

Un programa de fomento de la formalidad, de otro lado, funcionará sólo en tanto ésta se presente a sí misma como atractiva para las empresas a ser integradas. En tanto la informalidad ofrezca más ventajas al empresario, éste difícilmente regularizará su situación, pues preferirá permanecer en la economía oculta.

Para lograr el traslado será necesaria una doble mecánica. En primer lugar, la práctica extralegal deberá acarrear consecuencias negativas para el infractor; en segundo pero no menos importante lugar, el ingreso del sujeto a la economía deberá llevar implícito algún tipo de incentivo, de premio.

Lo primero normalmente está dispuesto ya en el ordenamiento: la normativa tributaria y la administrativa plantean sanciones, recargos e intereses para el deudor, y en el plano laboral existen presunciones y previsiones destinadas a encarecer³ la decisión de actuar fuera del marco establecido en la ley⁴. Lamentablemente muchas veces – justamente como parte del problema – el nivel de su aplicación real es notoriamente insuficiente.

El programa de formalización, por lo tanto, reposará principalmente en lo segundo: se ofrecerá algún tipo de fomento para persuadir al empresario de hacer lo que hasta ese momento ha considerado inconveniente o innecesario.

Parte importante de ese fomento puede venir dado por vía del establecimiento de estatutos especiales para la operación de las empresas a formalizar. Es claro que a ello se ha dirigido, por ejemplo, la introducción temporal⁵ de un régimen laboral diferenciado para la micro empresa (Ley N° 28015), así como la creación de figuras tributarias especiales o simplificadas. En la mayoría de casos el criterio no ha sido directamente la calidad de informal de la empresa, sino su tamaño, afrontándose la formalización por vía indirecta, a través de la facilitación a las pequeñas y medianas empresas del cumplimiento de la normativa mediante el establecimiento de mínimos reducidos: “Cuando en razón del tamaño reducido de la empresa el ordenamiento laboral introduce alguna diferenciación, ésta se traduce casi siempre en una *reformatio in peius* de lo dispuesto en las reglas generales”⁶.

Pero dichas técnicas no resuelven un problema que afronta toda empresa que considere su formalización, cual es la existencia de obligaciones provenientes del tiempo durante el cual ha operado en la economía paralela. Cuando un empresario informal sopesa la posibilidad de obtener el RUS, o abrir su libro de planillas, necesariamente

-
- 3) Incluimos aquí modalidades como la tentada en Argentina mediante Ley N° 24013, que bajo el título “regularización del empleo no registrado” imponía al empleador el pago de indemnizaciones mejoradas al trabajador en caso de no haberlo registrado formalmente, ofertando como *incentivo* a la formalización – además de beneficios relativos a aportes a la seguridad social – la exoneración de tales indemnizaciones.
 - 4) La presunción contenida en el artículo 40° de la Ley Procesal del Trabajo; el interés automático previsto por el D.L. 25920; indirectamente, el carácter persecutorio de los créditos laborales establecido por el Decreto Legislativo N° 856; entre otros.
 - 5) Hasta el 4 de junio de 2008.
 - 6) DIESTE, Juan Francisco. Relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas. B de F Buenos Aires, 1995. p. 79.