

# **REGÍMENES LABORALES ESPECIALES EN EL PERÚ:**

## **El caso de los regímenes laborales de pequeña y microempresa, agrario y la contratación administrativa de servicios en el Sector Público**

*Carlos Guillermo Morales<sup>(\*)</sup>*

*Al Doctor Luis Aparicio Valdez  
Con afecto y gratitud*

### **I. INTRODUCCIÓN**

La regulación de los regímenes especiales de trabajo en el Perú motiva un conjunto de reflexiones, especialmente estando pendiente de aprobación el proyecto de Ley General del Trabajo (LGT), que pretende regular con vocación de universalidad las prestaciones de servicios subordinados, configurando lo que conocemos como <régimen laboral común>, que en rigor, configura el régimen laboral de la actividad privada, para diferenciarlo del régimen legal de la carrera administrativa.

En nuestro país siempre ha existido un tratamiento normativo diferente para el trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada y el comprendido en

---

<sup>(\*)</sup> Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Laboral General. Universidad San Ignacio de Loyola. Socio Principal de Morales Morante Abogados. El autor desea agradecer la colaboración inestimable de Jorge Bernedo en la parte estadística, siendo absoluta responsabilidad del suscrito las conclusiones presentadas en el presente trabajo. Igualmente, agradece el apoyo prestado por Karen Pinzás, alumna de la Carrera de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola en la investigación bibliográfica sobre PYME en la región.

el régimen legal de la carrera pública, no solo por razones jurídicas sino históricas, cuya plasmación más evidente está en la Tercera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, que prevé en tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y pública, no podrá acumularse tiempo de servicios entre ambos regímenes para ningún efecto legal.

La Constitución de 1979 abordó en dos Capítulos distintos la regulación del trabajo subordinado, aplicable al régimen laboral privado, y los derechos y deberes de los servidores y funcionarios públicos sujetos a una relación estatutaria –regida por normas de Derecho Público–.

Al margen de esta razonable dicotomía, presente en otros ordenamientos como el español, que regula ambos regímenes en textos normativos distintos, el Estatuto de los Trabajadores (ET) y el Estatuto de los Funcionarios (EF), la doctrina también reconoce la coexistencia -o “cohabitación”- del régimen general con otros regímenes laborales, a los que califica como “especiales” en atención a consideraciones variadas y disímiles, con el objeto de incorporarlos al ámbito de protección del derecho del trabajo, en nombre de la vocación expansiva que predica el laboralismo clásico.

Las dimensiones de esta problemática no son de fácil delimitación, por cuanto la existencia misma de estos regímenes ha provocado un intenso debate en nuestro país, al punto que motivó al Tribunal Constitucional (TC) a emitir un pronunciamiento sobre la normativa que dio origen al régimen laboral agrario, y de paso, también lo llevó a analizar la compleja problemática de la micro y la pequeña empresa (MYPE), arribando a importantes conclusiones sobre la necesidad de regulaciones especiales para estos segmentos del mercado de trabajo.

Completa el marco de análisis de la presente ponencia, una reflexión general que haremos a propósito de la jurisprudencia recientemente emitida a propósito de la contratación administrativa de servicios, (CAS) cuya regulación ha sido delimitada al marco legal fijado por el decreto legislativo que le da origen y su norma de desarrollo reglamentario, excluyéndola de los derechos y beneficios contemplados tanto en el régimen legal de la carrera pública, y por cierto, del régimen laboral de la actividad privada.

## II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De ahí que resulte de especial pertinencia analizar en primer lugar, si en efecto estamos frente a regímenes legales especiales que no resultan violatorios del *principio-derecho a la igualdad*, y que ameritan una regulación distinta a la prevista para los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada o del régimen de la carrera o del servicio público.

Como señala el Tribunal Constitucional: “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 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<sup>(1)</sup>.

Esta reflexión debe proyectarse más allá de los confines del mundo jurídico, puesto que solo en la medida que podamos encuadrar la problemática de estos regímenes en el contexto en que se desarrollan, podremos establecer **si tienen una justificación objetiva y razonable**, no solo para el legislador, sino también para el Estado como responsable de las políticas públicas sobre esta materia.

Dentro de este orden de ideas, analizaremos las diversas aproximaciones que la doctrina nacional como extranjera han efectuado respecto del concepto de régimen o estatuto laboral especial, diferenciándolo de otras categorías como las modalidades del contrato de trabajo, -que si bien comparten el común denominador de contar con una regulación diferenciada-, responden a otra dinámica, y su análisis excede los alcances del presente trabajo.

Comenzaremos nuestra ponencia con el análisis de dos regímenes legales, tributarios de una normativa promocional impulsada desde el Estado, que busca la inclusión de segmentos claves del mercado de trabajo, atendiendo al hecho que la constitucionalidad de uno de ellos ya ha sido convalidada plenamente por el Tribunal Constitucional (TC).

No es un hecho fortuito que hayamos dejado para un análisis independiente a la figura de la contratación administrativa de servicios (CAS). Recientemente se han venido emitiendo pronunciamientos judiciales que inaplican las normas que lo crearon, con lo cual el tema es de palpante actualidad, habida cuenta que ya existen posiciones definidas en torno a la subsistencia o desaparición de esta figura en el régimen legal del Sector Público.

Contribuye a alimentar la controversia, la compleja caracterización jurídica del CAS que no está adscrito ni al régimen laboral de la actividad privada, ni al régimen legal de la carrera o del servicio público -Decreto Legislativo N° 276-, así como este aparente intento de elusión que realiza el legislador al definir esta prestación de servicios como “no autónoma”, que como ha sido anotado<sup>(2)</sup>, no por ello resulta ajeno al carácter subordinado que dicha prestación implica.

---

(1) Ejecutoria del TC de fecha 21 de noviembre de 2007, Exp. N° 00027-2006-PI, Fundamento 2, Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Oscar Loayza Azurín, Decano del Colegio de Abogados de Ica contra el artículo 7, numerales 7.2, literales a, b y c de la Ley N° 27360.

(2) NEVES, Javier. “Principales objeciones al contrato administrativo de servicios”. En: *Laborem*, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 9, Lima, 2010, p. 86. Dice Neves: “Es cierto que la frontera entre un concepto y otro a veces es difusa, por lo que se requiere una especial atención judicial para resolver las llamadas zonas grises, a partir de la valoración de los factores

Hechas estas precisiones iniciales, comencemos por analizar el marco teórico que encuadra la problemática de los regímenes laborales especiales a nivel de la doctrina, para posteriormente abordar su tratamiento a nivel regional, para finalmente ingresar a nuestra problemática nacional.

### III. CONCEPTO DE REGÍMENES LABORALES ESPECIALES

#### 1. En la doctrina laboral clásica

El surgimiento de los regímenes laborales especiales tiene una profunda raigambre histórica, toda vez que se liga al proceso de autonomización de la figura del contrato de trabajo, respecto del arrendamiento de servicios regulado por el derecho civil.

A partir del momento en que una prestación es considerada como de carácter laboral, y comienzan a surgir diversos tipos de actividades, su adscripción resultó indispensable para ir configurando el carácter autónomo de la disciplina, lo que trajo como consecuencia su tendencia expansiva inicial, que fuera calificada por Mario DE LA CUEVA, como “fórmula legendaria”, que buscaba transformar al Derecho del Trabajo en “el derecho común para las prestaciones de servicios”<sup>(3)</sup>.

Siendo la regla general que las prestaciones de servicios fueran realizadas mediante un contrato de trabajo, las excepciones debían fundarse en razones objetivas sustentadas en la naturaleza de las actividades realizadas por el dador de trabajo.

En igual línea de pensamiento, KROTOSCHIN, refiriéndose a la normativa argentina, sostenía que modernamente se había legislado en forma separada para una cantidad de profesiones e industrias. Sin embargo, puntualiza que:

“Solo algunos de estos contratos especiales corresponden, al mismo tiempo, a situaciones sociológicas especiales (trabajos a domicilio, gente de mar), mientras que con respecto a la mayoría de ellos, el hecho que hayan sido objeto de regulaciones jurídicas particulares no obedece en realidad a ninguna necesidad intrínseca sino que es más bien el resultado de la evolución histórica que se ha realizado paso a paso, en forma esporádica, debido en gran parte a la falta de una legislación de fondo adecuada sobre el contrato de trabajo en general”<sup>(4)</sup>.

Resumiendo esta etapa inicial de los regímenes especiales, PÉREZ CAMPOS señala que:

---

presentes en el caso concreto. Pero no existe entre dichos conceptos uno tercero llamado <no autonomía>. El vínculo que no es autónomo, es subordinado”.

(3) DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. T. I, Ed. Porrúa, México, 1980, p. 90.

(4) *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. T. I, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1978, p. 535.

“El reconocimiento de las relaciones laborales especiales ha supuesto un camino intermedio entre las exigencias de una nueva realidad económica y el carácter expansivo del tipo común o tradicional de relación laboral; de ahí que junto a su función integradora de relaciones cuasi-laborales haya venido a satisfacer, además, **una cierta finalidad flexibilizadora que el estatuto jurídico de determinados colectivos demandaba y sobre cuya naturaleza laboral no parecían existir grandes dudas**”<sup>(5)</sup>.

## 2. Doctrina laboral contemporánea

OJEDA AVILÉS, distingue las relaciones especiales de trabajo y las modalidades del contrato de trabajo, calificándolas de <técnica menor> respecto de las primeras, dado que:

“Mientras las relaciones laborales especiales son auténticas reglamentaciones en texto aparte de una determinada actividad o profesión, las modalidades son modos transversales de realizar el trabajo, con independencia del sector de actividad en que se manifiesten. Entre las modalidades reguladas por el ET figuran el contrato en común y de grupo, el auxiliar asociado, los contratos formativos, contratos a tiempo parcial y de relevo y el trabajo a domicilio: pueden ser utilizados en cualquier sector o rama del Derecho del Trabajo porque no atañen a una profesión en concreto, aun cuando sin duda quepa observar su presencia con mayor intensidad en algunas actividades (...)”<sup>(6)</sup>

Para el citado autor, el rasgo principal de los regímenes especiales es que constituyen antes que una categoría dogmática una categoría histórica, de la que no es posible extraer un concepto unitario, configurando fórmulas de integración intermedias en el Derecho del Trabajo, no exentas de alta sensibilidad a presiones políticas<sup>(7)</sup>.

A manera de ejemplo, OJEDA AVILES señala que luego de la consolidación del ámbito del Derecho del Trabajo, fueron asimiladas e incorporadas “antiguas zonas grises merced a las relaciones laborales especiales”<sup>(8)</sup>, hasta que la Ley de Relaciones Laborales de 1976, “creó la figura de las relaciones laborales especiales, determinó su número, y exigió que la ampliación del mismo solo pudiera acaecer mediante ley, aspectos después transferidos al vigente Estatuto de los Trabajadores”<sup>(9)</sup>.

Sin embargo, la principal dificultad es que definir relación especial de trabajo por oposición a “relación de trabajo en general” o “relación de trabajo típico”, conlleva dilucidar previamente qué se entiende por estas, lo que viene prefigurado

---

(5) PÉREZ CAMPOS, Ana I. “Relaciones laborales especiales. Fundamento y particularidades”. En: *Temas actuales de Derecho del Trabajo*, Ed. Normas Legales, Lima, 2005, p. 75.

(6) OJEDA AVILÉS, Antonio. “Las relaciones laborales especiales”. En: *Laborem*, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 8, Lima, 2008, p. 15.

(7) OJEDA AVILÉS, Ob. cit., pp. 19-20.

(8) Ob. cit., p. 16.

(9) Ibid.

por las características del modo de producción o de organización del trabajo, mutable por razones económicas, tecnológicas u organizativas.

Por ello, MONTOYA MELGAR ha sugerido que la incorporación de las relaciones especiales de trabajo “se realiza a través de un ingreso suave en el Derecho del Trabajo, mediante reglas *ad hoc*, pues no nacen de un proceso descendente en el que dejan de ser relaciones laborales comunes, sino al revés”<sup>(10)</sup>.

En definitiva, para OJEDA AVILÉS su justificación sería que “la normativa especial se dicta porque introduce a veces un escalón *in pejus* autorizado por el legislador, para actividades algo peculiares a las que no se considera oportuno otorgarles la plena <ciudadanía laboral>”<sup>(11)</sup>.

Para la doctrina, el fenómeno anotado dota de especial complejidad a los regímenes especiales de trabajo, y tiene diversas manifestaciones, según se trate de sistemas jurídicos con débil o fuerte intervencionismo estatal, puesto que “las ondulaciones del terreno sociológico han forzado a establecer válvulas de escape del modelo contractual típico que por hipótesis coinciden con las zonas grises de menor densidad o caracterización laboral”<sup>(12)</sup>.

Por su parte, DE DIEGO ensaya una tipología de regímenes especiales, con clara referencia al ordenamiento argentino, señalando que existen tres tipos de estatutos<sup>(13)</sup>: el primero, en razón de la actividad, que por sus características, no puede ser incluida en el régimen general, como los casos de la industria de la construcción, el servicio doméstico y el régimen agrario.

El segundo, está constituido por los estatutos que son clara evidencia de falencias normativas, y que usualmente han sido superados por los contenidos propios de la legislación laboral común, como los viajantes de comercio y periodistas profesionales.

Asimismo, existe un tercer grupo que no se puede incluir en ninguna de las categorías anteriores, porque han surgido como producto de una coyuntura social y política determinada, debiendo haber sido su cauce natural la regulación por vía de los convenios colectivos, y no la normativa estatal.

Finalmente, DE DIEGO propone una clasificación de hasta cinco tipos de regímenes especiales:

- a) De actividad (industria de la construcción, trabajo marítimo, agrario).
- b) De arte u oficio (periodistas, artistas).

---

(10) Cfr. OJEDA AVILÉS, p. 33.

(11) *Ibidem*, p. 34.

(12) *Ibid.*, p. 25.

(13) DE DIEGO, Julián Arturo. *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 607.

- c) De profesión (pilotos, médicos, docentes, deportistas profesionales)
- d) De especialidad (viajantes de comercio, controladores aéreos).
- e) Por la estructura empresarial (PYMEs).

Como se puede apreciar, dos de los regímenes especiales seleccionados para la presente ponencia, se encuentran claramente encuadrados dentro de la clasificación propuesta, por lo que interesa aproximarnos al entorno institucional y jurídico que los regula, a fin de determinar el enfoque predominante a aplicarse en materia de regulación normativa.

#### IV. DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA (PYMES)<sup>(14)</sup>

##### 1. Recomendación 189 de la OIT<sup>(15)</sup>

A nivel de la OIT, la normativa que se ha dictado ha sido básicamente a través de recomendaciones, que si bien no tienen naturaleza vinculante, lo interesante es que abordan un tratamiento integral para el caso de las PYME.

Entre los aspectos más saltantes que contempla la Recomendación N° 189, están los siguientes:

- a) Respecto a la definición del ámbito de aplicación de la normativa sobre PYME, señala que los países miembros deberían “en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores” definir las “atendiendo a criterios apropiados, **teniendo en cuenta las condiciones sociales y económicas nacionales**”.
- b) A fin de potenciar el papel fundamental de las PYME, los países miembros deberían adoptar “medidas y mecanismos de aplicación apropiados para salvaguardar los intereses de los trabajadores de tales empresas, proporcionándoles **la protección básica** brindada por otros instrumentos pertinentes”.
- c) En tercer lugar, las disposiciones de la Recomendación N° 189 se aplican a todos los sectores de la actividad económica y a todos los tipos de pequeñas y medianas empresas, sea cual fuere su régimen de propiedad.

---

(14) Es importante anotar que el estándar internacional es conocido por sus siglas PYME en español, que alude a la pequeña y a la mediana empresa (PYME), que se diferencia de la Micro y Pequeña Empresa (MYPE), utilizada por nuestra normativa -y en general, los medios académicos- para las unidades productivas de menor tamaño, como se analiza a continuación.

(15) Adoptada en la 86ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo del 2 de junio de 1998, teniendo como antecedentes directos la resolución sobre fomento de las pequeñas y medianas empresas adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 72ª Reunión (1986), y las conclusiones emanadas de la resolución sobre políticas de empleo en una economía mundializada, adoptada por la Conferencia en su 83ª Reunión.

En materia de políticas macroeconómicas y sectoriales, la Recomendación señala que los países miembros deberían:

- a) Adoptar y poner en práctica políticas fiscales, monetarias y de empleo adaptadas a la promoción de un entorno económico óptimo para las PYME.
- b) Aplicar disposiciones apropiadas respecto al derecho de propiedad, la ejecución de los contratos y la competencia leal, **así como una legislación social y laboral adecuada.**
- c) **Hacer más atractiva la condición empresarial**, evitando medidas normativas y jurídicas que perjudiquen a quienes desean llegar a ser empresarios.
- d) Crear condiciones que aseguren la igualdad de oportunidades para el acceso al crédito, divisas e insumos de importación.
- e) Garanticen la aplicación **no discriminatoria** de la legislación de trabajo con el fin de elevar la calidad del empleo en las pequeñas y medianas empresas.
- f) Eliminar los obstáculos al desarrollo y crecimiento de las pequeñas y medianas empresas, que pudieran derivarse de dificultades de acceso al crédito y mercados de capital, bajos niveles de capacitación técnica y gestión, bajos niveles de productividad y calidad, acceso insuficiente a mercados y a nuevas tecnologías, dificultades en trámites administrativos en materia de registro, licencias, incluidos aquellos que desincentivan la contratación de personal, sin menoscabar el nivel de las condiciones de empleo ni la eficacia de la inspección del trabajo.

La Recomendación también pone énfasis en la obligación que deben asumir los países miembros de adopción de <medidas específicas e incentivos para ayudar y promover al sector no estructurado> con miras a su integración en el sector estructurado, para cuyos efectos deberían, cuando proceda:

- a) **Examinar la legislación laboral y social**, en consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores más representativas, para determinar:
  - i) **Si esta legislación se ajusta a las necesidades de las pequeñas y medianas empresas** y asegura una protección y condiciones de trabajo adecuadas para sus trabajadores.
  - ii) En lo que se refiere **a la protección social**, si es necesario adoptar medidas complementarias, como regímenes voluntarios, iniciativas de carácter cooperativo u otras.
  - iii) **Si dicha protección social abarca a los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas y si existen disposiciones adecuadas para garantizar el cumplimiento de la legislación en materia de seguridad social** en ámbitos tales como la asistencia médica y las prestaciones,

las indemnizaciones y los subsidios por enfermedad, por desempleo, de vejez, en caso de accidentes de trabajo, de maternidad, de invalidez y sobrevivientes.

Finalmente, la Recomendación señala como acciones a desarrollarse por los países miembros en relación con su legislación laboral:

- a) Posibilidad de adoptar políticas adecuadas destinadas a mejorar todos los aspectos del empleo en las pequeñas y medianas empresas, **garantizando la aplicación no discriminatoria de una legislación protectora en los ámbitos social y laboral.**
- b) Prestando servicios de asesoramiento en materia de derechos de los trabajadores, **legislación laboral y protección social a los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas.**
- c) Alentarse a las pequeñas y medianas empresas y sus trabajadores a estar suficientemente representados, **en el pleno respeto de la libertad sindical.** Con este fin, las organizaciones de empleadores y trabajadores deberían considerar la ampliación de su composición para incorporar a las pequeñas y medianas empresas.

Como se podrá apreciar, la mayor parte de estos criterios han sido incorporados a la normativa de MYPE en los países de la región, y como señala un importante estudio de la OIT<sup>(16)</sup>, esta ha tenido por objeto incentivar su proceso de formalización, siendo una herramienta fundamental la flexibilización de los contenidos de la normativa laboral, como se pasa a analizar.

## **2. Regímenes laborales especiales sobre PYMEs en la Región**

Como tenemos dicho, la preocupación central de la Recomendación N° 189 fue proporcionar un marco institucional y normativo adecuado para el desarrollo de las PYME, aproximando la brecha entre el sector no estructurado de la economía y el sector moderno, con el objeto que puedan generarse las condiciones adecuadas para la creación de <empleos productivos y duraderos>, compatibles con los estándares de trabajo decente que preconiza la OIT.

Para tener una visión de derecho comparado de los regímenes especiales, hemos optado por centralizar nuestro análisis en la problemática de las PYME, a partir de un enfoque retrospectivo que se inicia con el proceso de reforma del mercado de trabajo que se implementó en la década de los noventa, con una clara orientación flexibilizadora en la región.

---

(16) *La Reforma Laboral en América Latina: 15 años después. Un Análisis Comparado.* Lima, OIT, 2005, p. 13.

Como concluye un estudio de la OIT sobre el impacto de esta reforma en las relaciones laborales en general:

(...) es necesario resaltar que la mayor parte de las reformas registradas en la región desde 1999 responden a ajustes dirigidos a flexibilizar la legislación en alguno de sus aspectos (salario, trámites administrativos, jornadas) **y solo con relación a la pequeña y microempresa**. Esto indica una variación interesante en la tendencia flexibilizadora, que ahora se concentra de modo más matizado en un único sector del total de las empresas. **Este sector representa entre el 30 y el 40% del total de las empresas, por lo que cualquier reforma legal en este ámbito tiene un especial impacto**<sup>(17)</sup>.

Una primera tendencia se puede advertir en las reformas introducidas en el ámbito de los países andinos (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú<sup>(18)</sup> y Venezuela) entre la década del noventa y 2001 en adelante, en que los regímenes especiales de trabajo sobre MYPE cumplieron un papel destacado.

Cabe advertir que tanto Colombia como Venezuela, en forma previa a la reforma laboral de los noventa, ya habían introducido regulaciones de excepción en materia de protección contra el despido en las MYPE.

En Colombia, el artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), establecía que los trabajadores del servicio doméstico, y los que laboraran en empresas industriales de menos de 20,000 pesos y las empresas agrícolas de menos de 60,000 pesos, el auxilio de cesantía “restringida” sería de 15 días por año de servicio; es decir, el 50% del monto ordinario, que es un mes de remuneraciones por año de servicios<sup>(19)</sup>.

También se excluye del pago de esta cesantía a los artesanos que trabajen directamente en su establecimiento y que no ocupen más de cinco trabajadores, según señalan los artículos 249 y 251 del citado Código<sup>(20)</sup>.

En Venezuela rigió un criterio análogo, que venía de la Ley contra el despido injustificado de 1974, que excluía de sus alcances a las empresas con menos de 10 trabajadores, que fuera reproducido en el artículo 117 de la Ley Orgánica del Trabajo, estando prohibido el reenganche en las empresas con un número inferior a 10 trabajadores.

En los países del Cono Sur el panorama no es sustancialmente diferente.

En Argentina la Ley N° 24.467, fijó en 40 el número para estar comprendido como Pequeña Empresa y sujetarse a este régimen promocional, fijándose también

---

(17) OIT, *La Reforma (...)* Ob. cit., p. 13.

(18) Artículo 249 del Código Sustantivo de Trabajo de Colombia.

(19) OIT, Ob. cit., p. 116

(20) De Diego, Ob. cit., p. 631.

topes de facturación anual por sectores de actividad económica: industrial (5 millones de pesos), rural (dos millones y medio de pesos), comercial (tres millones), y servicios (cuatro millones)<sup>(21)</sup>.

La variante del régimen de Pequeña Empresa (PE) argentino es que deja a la autonomía colectiva la regulación del contenido de diversos beneficios legales, como vacaciones, indemnizaciones por despido, reforzándose asimismo el poder de dirección del empresario a través del *jus variandi*, para impulsar la polifuncionalidad dentro del marco de la relación individual del trabajo<sup>(22)</sup>.

En Paraguay, la Ley N° 1980 define a la pequeña empresa como aquella que cuenta con menos de 5 trabajadores, y le fija varias regulaciones especiales, a saber: i) se les permite contratar hasta un 20% de su personal bajo contrato de primer empleo, ii) se les excluye del pago del beneficio de la asignación familiar, iii) no se les abona indemnización por despido ni vacaciones, y, finalmente, iv) se deducen los aportes jubilatorios y de pensiones del Impuesto a la Renta<sup>(23)</sup>.

En el ámbito centroamericano, en Panamá desde 1986, se estableció un régimen de pequeñas empresas, que comprende a las empresas agroindustriales de menos de 20 trabajadores, fabriles de menos de 15, y de servicios con menos de 10, de la obligación de reintegro del trabajador, pudiendo resolverse su relación de trabajo sin expresión de causa, al amparo de los artículos 211, 212 y 217 del Código de Trabajo de Panamá.

A nuestro juicio, queda claro que un importante número de países de la región ha venido dictando normas para incorporar a las MYPE dentro del sector formal, como un componente fundamental de las políticas legislativas de la región, incluso antes de la Reforma Laboral de los 90.

Como ha señalado la OIT:

“Cada día se reconoce más el papel que desempeña el conjunto de normas, regulaciones y políticas dirigidas a las MIPYME como un factor crucial para su desarrollo. Un entorno favorable a su desarrollo se compone de elementos administrativos, tributarios, financieros, educativos y otros importantes para la creación en condiciones sostenibles y el buen desempeño de estas pequeñas unidades económicas. **La promoción de un ambiente propicio para la pequeña empresa debiera constituirse en una práctica constante en las políticas económicas y sociales de muchos países, sea por razones de compensación social o para impulsar el crecimiento competitivo de segmentos en desventaja del aparato productivo (...)**<sup>(24)</sup>.

---

(21) Ibid.

(22) OIT, La Reforma (...) p. 117.

(23) OIT, *Panorama Laboral 2008*, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, 2008, p. 49.

(24) OIT, *Panorama (...)* Ob. cit., p. 61.

“Un aspecto central en este sentido es el de la promoción del empleo decente en las MIPYME, en el marco de las Normas Internacionales del Trabajo (NIT) que la OIT adopta. **Si bien ciertos convenios de la OIT pueden permitir que los estados ratificantes excluyan a las pequeñas empresas, las NIT no deben dejar de cumplir un papel orientador en la acción de los gobiernos para avanzar con la puesta en práctica de las distintas dimensiones del trabajo decente en las pequeñas empresas (...)**<sup>25)</sup>.

A manera de ilustración, el Cuadro N° 1 presenta un enfoque comparativo entre siete países de la región, que resume los diversos instrumentos de política establecidos en favor de las MYPE, que permitirá apreciar su amplitud, así como su impacto en el sistema de relaciones laborales de cada país.

**CUADRO N° 1**  
**América Latina**  
**Aspectos legales e institucionales del marco normativo para las MIPYME**  
**(2007)<sup>(26)</sup>**

<b>Criterios de Clasificación</b>	<b>Argentina</b>	<b>Brasil</b>	<b>Chile</b>	<b>Colombia</b>	<b>México</b>	<b>Paraguay</b>	<b>Perú</b>
Leyes específicas para MIPYME	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Artículos MIPYME en leyes generales: tributos, laboral	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Régimen especial laboral MIPYME		✓				✓	✓
Programa nacional de fomento de MIPYME	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
Dimensión MIPYME en programa nacional de desarrollo		✓	✓	✓	✓		
Instituciones públicas especializadas en MIPYME	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Coordinación pública/privada en políticas MIPYME		✓	✓	✓		✓	✓
Descentralización en diseño y ejecución de políticas	✓	✓	✓		✓		
Normativa especial para:							
Simplificación de trámites administrativos		✓	✓			✓	✓
Desarrollo económico territorial/local		✓	✓	✓			✓
Compras públicas con participación MIPYME			✓		✓		✓

(25) Fuente: OIT, *Panorama Laboral 2008*, Lima, 2008, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, p. 61.

(26) Fuente: OIT, *Panorama Laboral 2008*, Lima, 2008, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, p. 61

Fomento a formalización MIPYME y sus trabajadores	✓	✓	✓		✓	✓	✓
Normas especiales sobre servicios MIPYME							
Servicios financieros MIPYME		✓	✓		✓	✓	✓
Capacitación y otros servicios de desarrollo empresarial (SDE)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Asesoría tecnológica	✓	✓	✓	✓			✓
Mujer emprendedora		✓	✓				
Emprendedores juveniles				✓			✓
Apoyo MIPYME de grupos vulnerables		✓	✓		✓	✓	
Apoyo MIPYME rural	✓	✓			✓		
Comercialización interna			✓	✓			
Fomento asociativo (clusters, cooperativas)	v	✓	✓	✓	✓		
Innovación y diseño				✓			
Fomento exportación	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Trabajadores por cuenta propia			✓				
Protección social MIPYME (seguridad en salud, pensiones)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Fomento asociaciones representativas MIPYME		✓	✓	✓	✓	✓	

Seguidamente, analizaremos el régimen laboral aplicable a las MYPE en nuestro país, incidiendo en sus características particulares, lo que permitirá ubicarlo dentro de esta corriente flexibilizadora en América Latina.

## V. RÉGIMENES ESPECIALES EN EL PERÚ: RÉGIMEN LABORAL DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA Y EL RÉGIMEN LABORAL AGRARIO

### 1. Régimen Especial de Micro y Pequeña Empresa

Mediante Decreto Supremo N° 007-2008-TR, se aprobó el T.U.O. de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente (en adelante “Ley MYPE”), siendo reglamentada posteriormente a través del Decreto Supremo N° 008-2008-TR (en adelante “Reglamento Ley MYPE”).

Según el artículo 4 de la Ley MYPE: “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 servicios”.

Como señala el artículo 38 de la Ley MYPE, su ámbito comprende “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”; es decir, comprende tanto a trabajadores como a los titulares del emprendimiento.

Siguiendo la tendencia regional, el artículo 5 de la Ley MYPE fija dos criterios para determinar su ámbito de aplicación: i) el número de trabajadores que prestan servicios en la unidad económica, y, ii) el volumen de ventas anuales, que están en función a un índice reajutable que es la Unidad Impositiva Tributaria (UIT):

- a) **Microempresa:** De 1 a 10 trabajadores y hasta 150 UIT de ventas anuales.
- b) **Pequeña Empresa:** De 1 hasta 100 trabajadores y hasta 1700 UIT de ventas anuales.

Respecto al volumen de ventas anuales, la norma señala que este podrá ser incrementado 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 en el referido periodo.

Con relación a la naturaleza de este régimen, el artículo 42 de la Ley MYPE, que regula el régimen laboral especial aplicable a las MYPE, señala claramente su carácter permanente.

Como señala el artículo 41, el Régimen Laboral Especial regulado en la Ley MYPE tiene por objeto fomentar su formalización y desarrollo, mejorando las condiciones de disfrute efectivo de los derechos y beneficios de naturaleza laboral recogidos en esta normativa.

En principio, la Ley MYPE fija un régimen general -una suerte de < piso común > en materia laboral para la Pequeña Empresa y a la Microempresa. Sin embargo, también plantea una regulación diferenciada en cuanto a la cuantía de ciertos beneficios, estableciendo una graduación distinta para la microempresa, como se pasa a analizar.

### 1.a. Régimen General Laboral

En primer lugar, el artículo 41 de la Ley MYPE, señala que el Régimen Laboral compartido por la Microempresa y la Pequeña Empresa, comprende los siguientes *derechos mínimos* laborales:

- a) Remuneración Mínima Vital (RMV).
- b) Jornada máxima de 8 horas diarias, horario de trabajo y trabajo en sobretiempo.
- c) Descanso semanal.

- d) Descanso por días feriados.
- e) Protección contra el despido injustificado.

### **1.b. Régimen Laboral Especial para la Pequeña Empresa**

En segundo lugar, constituyen beneficios aplicables a la Pequeña Empresa los siguientes:

- a) Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), a cargo de su empleador, según lo dispuesto por la Ley N° 26790.
- b) Seguro de Vida, igualmente a cargo de su empleador (SV), de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 688.
- c) Participación en utilidades, de acuerdo al régimen general establecido en el Decreto Legislativo N° 892.
- d) Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), con arreglo a las normas del régimen laboral común, a razón de quince (15) remuneraciones diarias por año completo de servicios hasta un tope máximo de noventa (90) remuneraciones diarias.
- e) Dos gratificaciones legales anuales por fiestas patrias y navidad, equivalentes a media remuneración cada una, de acuerdo a lo señalado en el régimen laboral común.
- f) El monto de la indemnización por despido injustificado equivale a veinte (20) remuneraciones diarias por cada año completo de servicios, con un tope de ciento veinte (120) remuneraciones diarias, abonándose las fracciones de año por dozavos<sup>(27)</sup>.
- g) En materia de derechos colectivos, en el caso de la Pequeña Empresa, los trabajadores continuarán rigiéndose por las normas del régimen laboral común.
- h) Finalmente, los beneficios antes citados son susceptibles de mejora mediante convenio colectivo, convenio individual o decisión unilateral del empleador<sup>(28)</sup>.

### **1.c. Régimen Laboral Especial aplicable a la Microempresa**

Comprende los beneficios mínimos señalados anteriormente, con los siguientes parámetros legales:

- a) **Remuneración mínima:** Será pactada libremente entre las partes, no pudiendo ser inferior a la RMV vigente, que actualmente asciende a S/ 550.00. Tampoco resultará aplicable la remuneración mínima nocturna, por expreso mandato del artículo 44 de la Ley MYPE, consistente en la sobretasa del

---

(27) Vid. artículo 47 de la Ley MYPE.

(28) Vid. artículo 35 del Reglamento de la Ley MYPE.

35% sobre la RMV. Por acuerdo del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, y mediante Decreto Supremo podrá fijarse una RMV inferior, tanto a nivel sectorial como general.

- b) **Jornada de Trabajo:** Por constituir un mínimo de derecho necesario, en materia de jornada de trabajo se aplican las normas previstas en el régimen laboral común, concretamente en materia de: i) jornada máxima y horario de trabajo, ii) normas sobre refrigerio, iii) Modificación de horarios de trabajo, iv) trabajo en sobretiempo, tasas aplicables y otorgamiento de descansos compensatorios, y, v) registro de las horas trabajadas conforme a Ley.
- c) **Descanso semanal obligatorio y feriados:** También por constituir mínimos legales, se observan las normas previstas en el régimen laboral común: i) descanso semanal de 24 horas continuas, ii) pago de sobretasa del 100% si se labora en el día de descanso semanal obligatorio sin descanso compensatorio. Los feriados son los instituidos dentro del régimen laboral común, que equivalen a 12 días al año.
- d) **Vacaciones anuales:** Los requisitos legales exigibles para el goce vacacional son los previstos en el régimen laboral común, en lo referente a récord de servicios y días efectivos de trabajo<sup>(29)</sup>. Sin embargo, la duración del descanso vacacional ha sido fijado en quince (15) días calendario por año completo de servicios, pudiendo ser incluso reducido a siete (7) días, siempre que medie un acuerdo individual y por escrito entre empleador y trabajador, y el pago de la respectiva compensación económica por los días reducidos<sup>(30)</sup>.
- e) **Indemnización por despido injustificado:** El monto de la indemnización por despido injustificado aplicable en la Microempresa equivale a diez (10) remuneraciones diarias por cada año completo de servicios, hasta un máximo de noventa remuneraciones (90) diarias, lo cual significa aproximadamente un 25% de lo que le corresponde a un trabajador sujeto al régimen laboral común, que es de una remuneración y media (1.5) ordinaria mensual<sup>(31)</sup>.
- f) Igualmente, el artículo 36 del Reglamento de la Ley MYPE señala en forma expresa que “los trabajadores de las microempresas gozan de los derechos colectivos recogidos en la Constitución Política del Perú, los Convenios Internacionales del Trabajo, la Ley de Relaciones Colectivas de trabajo y la normativa complementaria y modificatoria, en lo que les resulte aplicable”.

Finalmente, los trabajadores que laboran en las ME están excluidos de los siguientes beneficios del régimen laboral común: i) Seguro de Vida (Decreto

---

(29) Asimismo, resultan aplicables las normas del Decreto Legislativo N° 713 sobre acumulación de descansos vacacionales, “venta” de vacaciones y el pago de la triple indemnización vacacional prevista en el inciso c) del artículo 23 del citado texto legislativo.

(30) Ver artículo 37 del Reglamento MYPE.

(31) Ver artículo 38 de la LPCL.

Legislativo N° 688), ii) Participación en las utilidades de la empresa, iii) Compensación por tiempo de servicios (CTS), y, iv) Gratificaciones legales de fiestas patrias y navidad.

Precisamente estos matices diferenciadores –o “peldaños *in pejus*”– en el cuadro de beneficios que la Ley MYPE reconoce a favor de sus trabajadores, ha sido la controversia central, por lo que interesa conocer a continuación las características del régimen laboral agrario.

## 2. Régimen Laboral Especial Agrario

Mediante Ley N° 27360 fueron aprobadas las normas de promoción del sector agrario, en aplicación del mandato establecido en el artículo 88 de la Constitución<sup>(32)</sup>. En ese sentido, el artículo 1 de la Ley declara de interés prioritario la inversión y el desarrollo del sector agrario.

Son beneficiarios de la Ley las personas naturales o jurídicas que desarrollen cultivos y/o crianzas, con excepción de la industria forestal, encontrándose asimismo comprendidos las personas naturales o jurídicas que realicen actividad agroindustrial, siempre que utilicen productos agropecuarios directamente adquiridos de las personas que realicen cultivo y/o crianza en áreas fuera de la provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao<sup>(33)</sup>.

En relación al régimen laboral especial que la citada Ley establece, sus alcances son los siguientes:

- a) **Contratación a tiempo determinado o indeterminado:** Los empleadores de la actividad agraria podrán contratar a su personal por tiempo determinado o indeterminado.
- b) **Jornadas acumulativas o atípicas:** Según el artículo 7 de la Ley, numeral 7.1., en caso de que los trabajadores sean contratados por temporada, podrá fijarse jornadas de trabajo acumulativas en razón de la naturaleza especial de las labores, siempre que el número de horas trabajadas durante el contrato no exceda en promedio los límites máximos previstos legalmente, que son 48 horas semanales en promedio. Los pagos por sobretiempo procederán únicamente cuando el trabajador haya superado la jornada ordinaria promedio.
- c) **Remuneración Mínima:** El artículo 7, en su numeral 7.2. señala que los trabajadores sujetos al régimen laboral agrario tienen derecho a percibir una remuneración mínima diaria no inferior a S/ 16.00, siempre y cuando laboren más de cuatro (4) horas diarias en promedio.

---

(32) “**Artículo 88.**- El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona (...)”

(33) Vide artículo 2 de la Ley.

Dicho artículo también señala que la RM también incluye la compensación por tiempo de servicios (CTS) y las gratificaciones por fiestas patrias y navidad. También señala la norma citada que dicha RM se actualizará en el mismo porcentaje que los incrementos de la remuneración mínima vital dispuestos por el Gobierno<sup>(34)</sup>.

- d) **Vacaciones:** El descanso vacacional será de quince (15) días calendario remunerados por año de servicios o la fracción correspondiente, salvo acuerdo entre trabajador y empleador por un periodo mayor.
- e) **Indemnización por despido:** En caso de despido arbitrario, la indemnización a abonarse al trabajador equivale a quince (15) días de remuneración por cada año completo de servicios con un máximo de ciento ochenta (180) días. Las fracciones de años se computan por dozavos.
- f) **Aportaciones al Seguro de Salud y Régimen Previsional:** La tasa de aporte al Seguro de Salud para los trabajadores que laboren para empleadores del sector agrario será del 4% de la remuneración mensual del trabajador afiliado. Los trabajadores del sector agrario podrán afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales, siendo opción del trabajador su incorporación o permanencia en los mismos.

Habiendo completado el panorama normativo de estos regímenes, que graficamos en el Cuadro N° 2, interesa analizar los criterios legales adoptados por el Tribunal Constitucional (TC), que sin lugar a dudas, tomó en consideración el contexto socio-económico en que las MYPE desarrollan sus actividades productivas.

CUADRO N° 2

Régimen Laboral común y Regímenes Laborales Especiales en el Perú

Beneficio	Régimen General	Régimen Especial PYME		Régimen Agrario	Unidad
		Microempresa	Pequeña Empresa		
Tributario					
Impuesto a la Renta Laboral	30%	30%	25%	15%	Renta de 3era categoría
Salario Mínimo Adicionales (a cargo del empleador)	550	550	550	643	Soles por mes

(34) Siendo que la RM al mes de setiembre ascendía a S/ 19.51 diarios, al ser el incremento porcentual dispuesto por el Decreto Supremo N° 022-2007-TR, publicado el 27 de setiembre de 2007, equivalente al 10%, a partir del 1 de enero de 2008, la RM aplicable a los trabajadores sujetos al régimen laboral especial agrario habría sido reajustada a S/ 21.46 diarios.

Gratificaciones	2	No le corresponde	1	incluido en SM	Salario mensual por año
CTS	1	No le corresponde	0.5	incluido en SM	Salario mensual por año
Vacaciones	30	15	15	15	Días al año
Asignación Familiar	10%		10%	10%	% del SM
Seguro de Salud	9%	9%	9%	4%	% del Salario
Pensiones (a cargo del trabajador)	11% opcional	11% opcional	11% opcional	11% opcional	% del Salario
Otros					
Indemnización especial		2			Salario mensual por año
Despido Arbitrario	1.5 (máx. 12)	0.3 (máx. 3)	0.6 (máx. 4)	0.5 (máx. 6)	Salario mensual por año
Sobretiempo Nocturno	35%	0	0	35%	% del Salario
Efecto sobre costos laborales					
Costos Laborales (con familia)	154% a/	113%		135% a/	
Costos Laborales (sin familia) c/	142%	113%		125%	

Fuente: Tomado de Chacaltana, Juan, Regímenes Laborales Especiales: El caso peruano, en: **Relaciones Laborales en el mundo. 43 estudios en homenaje al Profesor Luis Aparicio Valdez, Lima, 2008, APERT, p. 347.**

Nota del autor: Con fines de simplificar la exposición, no se han considerado en estos cálculos los efectos cruzados de unos beneficios sobre otros.

a/ Incluye gratificaciones, CTS, subsidio familiar, seguro de salud, vacaciones, y pensiones.

b/ Incluye seguro de salud y vacaciones

c/ Igual al caso con familia, pero excluye la asignación familiar.

### 3. Jurisprudencia Constitucional sobre Regímenes Laborales Especiales

Mediante Ejecutoria de fecha 21 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional (TC) desestimó una Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 27360, Ley de Promoción del Sector Agrario, que creaba el régimen especial laboral agrario.

#### 3.a. Materias constitucionalmente relevantes

A efectos de emitir su pronunciamiento, el TC estimó pertinente analizar las siguientes materias como “constitucionalmente relevantes”:

- (i) El principio-derecho a la igualdad y su contenido.
- (ii) Entre la discriminación y el trato diferenciado: ¿qué se proscribe?

- (iii) Remuneración, descanso vacacional anual y la indemnización por despido en el régimen laboral común.
- (iv) Singularidades del sector agrario y la justificación de un régimen laboral especial para este sector.
- (v) El sector agrario y su problemática desde el enfoque de la OIT.
- (vi) Dos regímenes laborales especiales: el régimen de MYPE y el régimen del sector agrario.
- (vii) El rol del Estado en la promoción y acceso al empleo en una Economía Social de Mercado conforme a la Constitución.
- (viii) La eficacia progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales y las restricciones presupuestarias de los Estados desde la perspectiva del CDSEC.
- (ix) El artículo 103 de la Constitución y la naturaleza de las cosas.
- (x) Aplicación del “Test de Igualdad” para determinar la existencia de trato discriminatorio.

### **3.b. Aspectos con relevancia constitucional relacionados con la regulación de los regímenes especiales en el Perú**

A pesar del tratamiento integral -y ciertamente valioso- de los aspectos que aborda el Tribunal en esta Ejecutoria, para efectos de nuestro análisis sobre regímenes especiales, interesa focalizar nuestra atención en los siguientes:

- a) El rol del Estado en una Economía Social de Mercado.
- b) Eficacia progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales.
- c) Cómo opera la habilitación constitucional para legislar en función a la naturaleza de las cosas en relación a contextos socio-económicos determinados.

#### **3.b.1. El rol del Estado en una Economía Social de Mercado**

A nuestro juicio, este es el aspecto central del raciocinio seguido por el TC, que forma parte de otra premisa básica: que los regímenes laborales agrario y de MYPE tienen características similares y “que coexisten en el ordenamiento jurídico peruano”<sup>(35)</sup>, por cuanto “comparten una regulación que prevé diferenciaciones en contraste con lo establecido en el régimen laboral común”<sup>(36)</sup>.

---

(35) Fundamento 47 de la Ejecutoria del 21 de noviembre de 2007.

(36) Fundamento 49 de la Ejecutoria citada.

El concepto de <Economía Social de Mercado> fue introducido en la Constitución de 1979, en el artículo 115<sup>(37)</sup>, que regulaba el principio de libertad económica, y puntualizaba que esta “se ejerce en una economía social de mercado”.

KRESALJA y OCHOA coinciden con ello, agregando que “su aceptación mayoritaria en la actualidad no puede hacer olvidar que no fue fácil su inclusión en el texto de la Constitución de 1979 y que fue fruto de un acuerdo entre el socialcristianismo del Partido Popular Cristiano que lo impulsó y la socialdemocracia del APRA”<sup>(38)</sup>.

Siendo producto de un consenso laboriosamente forjado entre dos partidos ideológicamente distintos, resulta evidente que la interpretación del citado artículo constitucional tendría también diversas lecturas, a las que por cierto, tampoco era ajeno el concepto de <economía social de mercado>.

La flexibilidad del concepto<sup>(39)</sup>, queda de manifiesto en el siguiente comentario del propio OCHOA, vertido a propósito del artículo equivalente de la Constitución de 1979:

“Si bien es cierto que toda constitución demo-liberal impone reglas de juego que afirman la protección de la iniciativa privada, el gran error del texto peruano es haber remarcado en exceso los principios del neoliberalismo, con el peligro que estos postulados se congelen en nuestro ordenamiento fundamental, resultando un freno a cualquier proyecto político que pretenda impulsar profundas transformaciones en las estructuras socio-económicas utilizando como instrumento esencial la institucionalidad constitucional”<sup>(40)</sup>.

Con la Constitución de 1993, no solo se profundizó el contenido liberal del régimen económico, impulsado por el “Consenso de Washington” y los programas de ajuste y estabilización aplicados en la región, sino que terminó relegando al Estado, a un rol promotor y orientador de la actividad económica, y a cumplir función subsidiaria en la economía:

---

(37) “**Artículo 115.-** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social”.

(38) Kresalja, Baldo, Ochoa, César. *Derecho Constitucional Económico*, Lima 2009, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 355.

(39) Ver al respecto, Kresalja, cit. en *Derecho Constitucional Económico*, Ob. cit., p. 355: “Cuando nuestros textos constitucionales disponen que la libre iniciativa privada y la libertad de empresa se ejercen en el marco de una economía social de mercado, está implícitamente haciendo posible a los partidos políticos democráticos representantes de distintas ideologías plantear y presentar a sus electores diversos programas gubernamentales de política económica y social, los que no podrán -claro está- transgredir los valores incorporados en los principios constitucionales, así como tampoco el contenido esencial de la libertad de empresa”.

(40) OCHOA, César. “Economía y Constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979”. En: *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Director: Francisco Eguiguren, Cultural Cuzco, Lima, 1987, p. 620.

“A pesar que sus contornos son poco claros, la economía social de mercado no es otra cosa que un sistema en que la iniciativa privada y las leyes de la oferta y la demanda tienen preeminencia, y en el que el Estado interviene para complementar su funcionamiento y ofrecer seguridades, y también cuando es el mismo mercado el que falla (...)

En otras palabras, el concepto de economía social de mercado estima que la libre iniciativa y la libre competencia constituyen el mejor sistema para asegurar el bienestar de todos. **Sin embargo, para lograr niveles de vida aceptables, para subsanar fallas en el sistema o incorrecciones, el Estado debe intervenir, haciendo uso principalmente de sus armas normativas**<sup>(41)</sup>.

Precisamente en ello reside la actuación legislativa del Estado, a fin de posibilitar que la población pueda acceder a los derechos fundamentales al trabajo, al bienestar y al progreso social, como preceptúa el artículo 22 de la Constitución<sup>(42)</sup>:

“Debe reconocerse también **una vinculación positiva del legislador con los derechos fundamentales**, de forma tal que los poderes públicos sean capaces de revertir las condiciones de desigualdad, o lo que es lo mismo, reponer las condiciones de igualdad que pudieran estarse manifestando en la realidad social, a contracorriente de las aspiraciones constitucionales.

Dicho juicio, desde luego, es aplicable también al ámbito económico, en el que por mandato expreso de la Norma Fundamental, **el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas orientadas a brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad**<sup>(43)</sup>.

Si bien corresponde a los agentes económicos ejercer su iniciativa privada, el Estado dentro de una economía social de mercado debe asumir el rol de corregir las imperfecciones del mercado, dadas las especiales características de nuestro mercado de trabajo:

“(...) es posible advertir el rol promotor del empleo que el Estado desempeña, originado en diferentes mandatos constitucionales <<artículos 22, 23 y 58>>, no obstante, claro está, que este **rol promotor del Estado** se realiza de forma progresiva a través de la previsión de políticas y programas integrales que generen un incremento del acceso a puestos de trabajo (cuantitativa y cualitativamente). **El trabajo no declarado en el Perú es –y aun cuando en algo se ha reducido– un severo problema, que con la instauración de algunos de estos regímenes especiales, especialmente (sic.) se**

---

(41) KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, Ob. cit., p. 359.

(42) “**Artículo 22.**– El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

(43) Ejecutoria del Tribunal Constitucional de fecha 11 de setiembre de 2003, recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, Acción de Inconstitucionalidad seguida por Roberto Nesta Brero contra el Decreto de Urgencia N° 140-2001, Fundamento 15.

**ha pretendido superar. El grueso del mercado laboral está al margen del régimen laboral común, dado que la mayor parte de trabajadores mantienen vínculos laborales no declarados o informales”<sup>(44)</sup>.**

En resumen, corresponde al Estado dentro de un régimen de economía social de mercado, promover el establecimiento de medidas legislativas tendientes a promover el empleo, especialmente en el ámbito de las PYME, quedando plenamente habilitado para crear regímenes especiales de trabajo compatibles con las características de estos mercados de trabajo<sup>(45)</sup>.

### **3.b.2. Eficacia Progresiva de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

El aspecto de la progresividad de los derechos se relaciona directamente con el concepto de <Economía Social de Mercado>, por lo que nos limitaremos a señalar su vinculación con el tema de la eficacia progresiva de los derechos fundamentales:

“Al respecto, el acceso a un puesto laboral, 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** (...)”

El Tribunal Constitucional entiende que la promoción y el desarrollo progresivo del acceso al trabajo **tiene en el Estado a un promotor**, pero que, en definitiva, y en el marco de nuestra Economía Social de Mercado, corresponde a las empresas, en sus diversas modalidades, generar los puestos de trabajo que constituyen la base del bienestar general a que se refiere el artículo 44 de la Constitución. Para ello el Estado debe crear las condiciones adecuadas para estimular la creación de riqueza nacional conforme al artículo 59 de la Constitución. **En ese contexto, es evidentemente (sic.) que una de las formas que tiene el Estado de promover el empleo es a través de la legislación laboral**<sup>(46)</sup>.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CDESC)<sup>(47)</sup>, señala que “el concepto de *progresiva efectividad* constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo (...) se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las

---

(44) Ejecutoria del TC del 21 de noviembre de 2007, Exp. N° 00027-2006-PI, Fundamento 57.

(45) Ejecutoria del TC del 21 de noviembre de 2007, Fundamentos 55 y 56.

(46) Ejecutoria del TC del 21 de noviembre de 2007, Fundamento 59.

(47) Previsto en el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución N° 2200 (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N° 2129 del 28 de marzo de 1978. El instrumento de ratificación de fecha 12 de abril de 1978 fue depositado el 28 de ese mes y entró en vigor el 28 de julio de 1978 durante el funcionamiento de la Asamblea Constituyente de 1978.

realidades del mundo (...) y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”<sup>(48)</sup>.

Ello se ve reafirmado con lo señalado en el artículo 2, numeral 1 del citado Pacto, el cual señala que cada Estado Parte “se compromete a adoptar medidas, tanto como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, **inclusive en particular la adopción de medidas legislativas**, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”<sup>(49)</sup>.

### 3.b.3. La <naturaleza de las cosas> frente a contextos socio- económicos determinados

Como es sabido, el artículo 103 de la Constitución establece que “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas”.

Parte esencial del razonamiento seguido por el TC, es la aplicación del *Test de Igualdad* al régimen laboral agrario, a fin de determinar si las regulaciones especiales contenidas en él, que tienen la característica de estar un “peldaño *in pejus*” respecto del cuadro de derechos sociales que contempla el régimen laboral común, resultan acordes al *principio-derecho de igualdad*.

Para el TC los criterios aplicables para determinar si un trato es desigual o discriminatorio, son los siguientes<sup>(50)</sup>:

- a) **Subprincipio de idoneidad o adecuación:** Toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz a fin de coadyuvar a un objetivo constitucionalmente legítimo.
- b) **Subprincipio de necesidad:** 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 que el derecho afectado.
- c) **Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu:** 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 lo tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.

---

(48) Cit. en Ejecutoria del TC del 21 de noviembre de 2007, Fundamento 65.

(49) Fundamentos 64 y 65 de la Sentencia del 21 de noviembre de 2007.

(50) Ejecutoria del TC del 21 de noviembre de 2007, Fundamento 73.

En primer lugar, la sentencia analiza las condiciones en que se desenvuelve el trabajo agrícola, que a decir del Tribunal, se caracteriza por su temporalidad, aleatoriedad, movilidad, estacionalidad, informalidad y dificultad en el acceso al empleo<sup>(51)</sup>.

Dentro de este orden de ideas, para el TC el régimen laboral agrario cumple un fin constitucionalmente legítimo, de fomento y promoción del empleo, fines que derivan de un Estado social, y del régimen de economía social de mercado orientado hacia el logro del progreso social y económico preconizado en el artículo 23 de la Constitución<sup>(52)</sup>.

En segundo lugar, para el TC, atendiendo a las condiciones en que se desenvuelven las condiciones de trabajo en el mercado de trabajo agrario, arriba a la conclusión que:

“(…) ha quedado evidenciado en esta sentencia que en el sector agrícola intervienen factores que le atribuyen una especialidad natural y propia a la actividad económica (temporalidad, movilidad de trabajadores, estacionalidad e informalidad); y que la propia Ley de Promoción del sector agrario reconoce que se trata de un régimen con características especiales.

**Por lo tanto, la emisión de una legislación especial y excepcional se impone ante la singular naturaleza del sector agrícola, como medio idóneo para promover el empleo de forma progresiva en este sector de la economía.** Se trata de la emisión de una norma que plasme una realidad concreta y distinta, que considere que en el agro las contrataciones son temporales por excelencia, incluso estacionales; que no es común que un trabajador labore para un mismo empleador por más de un año consecutivo, y que la movilidad es relevante<sup>(53)</sup>.

El aspecto más controvertido de esta Ejecutoria fue el relacionado a la aplicación del subprincipio de necesidad, puesto que para el TC: “la regulación de un régimen laboral especial es la menos gravosa, en virtud de la singularidad del sector agrario, aún cuando el demandante sostiene como medida hipotética menos gravosa la generación de beneficios tributarios, que por cierto fueron incluidos como parte del conjunto de medidas de promoción en la Ley materia de cuestionamiento, y que en todo caso constituye de igual manera una intervención legislativa singular en materia tributaria<sup>(54)</sup>.”

---

(51) Ejecutoria del TC del 21 de noviembre de 2007, Fundamento 75.

(52) Infra nota 57.

(53) Ejecutoria del TC del 21 de noviembre de 2007, Fundamento 78.

(54) Ejecutoria del 21 de noviembre de 2007, Fundamento 79.

Una posición discrepante con el TC ha sido manifestada recientemente entre nosotros por QUIÑONES y SANCHEZ<sup>(55)</sup>, para quienes el *Test de Igualdad* aplicado por el TC, debiera incluir los elementos complementarios siguientes:

- a) **En el subprincipio de necesidad:** Proponen como medida menos gravosa la alternativa de otorgar a las empresas agrícolas incentivos tributarios, como reducción de impuestos, aranceles para la importación de maquinaria, políticas de mejora de la productividad, etc.
- b) **En el subprincipio de proporcionalidad:** Los regímenes deben ser de carácter temporal, y sujeta a evaluaciones periódicas en función a indicadores estadísticos que permitan al operador medir los efectos en la reducción de las desigualdades presentes en el mercado de trabajo, tasas de sindicalización y cobertura de la negociación colectiva

Respecto a la primera acotación -adicionalmente al argumento ya expuesto por el TC-, y en línea con lo señalado por la Recomendación N° 189 de la OIT, consideramos que la intervención legislativa que efectúe el Estado debe ser integral, y cubrir todos los aspectos vinculados a la problemática del trabajo agrícola como de las MYPE<sup>(56)</sup>, lo cual evidentemente implica el establecimiento de un régimen laboral especial que se adecue a estas realidades socio-económicas.

En segundo lugar, la experiencia en normas promocionales con carácter temporal nunca ha sido positiva, por cuanto al carecerse de un horizonte de predictibilidad jurídica, los destinatarios de la normativa difícilmente se acogen a sus alcances (“aversión al riesgo”).

No debe perderse de vista que los destinatarios de la norma son las MYPE y las empresas del sector agrario, que cubren un universo tan amplio que va desde pequeñas unidades de autosubsistencia con trabajadores familiares no remunerados, hasta empresas agroindustriales o pequeñas empresas industriales ubicadas en el sector moderno de la economía, que demandan por igual seguridad jurídica para sus emprendimientos.

En tercer término, respecto a la sugerencia que se efectúen mediciones estadísticas, no podemos menos que compartirla, haciendo hincapié que por lo menos en el ámbito de la tarea legislativa en el Congreso de la República se ha incorporado dentro de la formulación de los proyectos de ley, un análisis costo-beneficio que se hace extensivo para cualquier propuesta normativa, por lo que no habría ningún impedimento para aplicarla también para los casos de modificación de normas legales, lo cual permitiría una evaluación de su eficacia en el tiempo.

---

(55) QUIÑÓNEZ, Sergio y SÁNCHEZ, Christian. “Igualdad ante la Ley y regímenes laborales especiales”. En: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Libro homenaje a Javier Neves Mujica, Grijley, Lima, 2009, p. 307.

(56) Ver al respecto, Exposición de Motivos de la Ley MYPE, p. 12 y ss, que habla de una propuesta integral para incorporar a las MYPE al ámbito de la protección social.

Finalmente, el TC concluye sobre los parámetros de comparación:

“(…) este Colegiado considera que la regulación establecida para el Régimen Laboral Común, de un lado, y para el Régimen Laboral Agrario, de otro no son comparables stricto sensu, sino que más bien, y tal como ha quedado evidenciado a lo largo de esta sentencia, **presentan diferencias sustanciales que permiten tratamientos legislativos distintos por causas objetivas y justificadas**, no habiéndose producido contravención del principio-derecho de igualdad; por lo tanto, la Ley que regula el régimen laboral especial para el agro no es discriminatoria”<sup>(57)</sup>.

A continuación, pasaremos a analizar las especiales características de nuestro mercado laboral, a fin de confirmar nuestras apreciaciones sobre la validez de extrapolar los criterios del TC al caso de las pequeñas unidades productivas.

#### 4. Regímenes Especiales de Trabajo y Mercado Laboral

Los enfoques más recientes sobre el mercado de trabajo en nuestro país, han estado dirigidos en gran parte a las MYPE, debido a su vinculación directa con el empleo y los ingresos de la población. No en vano la MYPE explica por sí sola más del 60% de la fuerza laboral asalariada del país.

A ello hay que agregar que las MYPE desarrollan sus actividades dentro del sector informal, generando empleos de bajos ingresos y escasa productividad, factores que limitan sus posibilidades de crecimiento, habida cuenta que al operar en esas condiciones, difícilmente acceden al crédito para capital de trabajo o de riesgo para sus emprendimientos.

De ahí que los niveles de protección socio-laboral y de seguridad social sean reducidos. Este fenómeno claramente pone en cuestión la eficacia de los sistemas de protección social del Estado, que solo cubre adecuadamente a un núcleo cerrado de trabajadores de medianas y grandes empresas.

Se ha señalado que el factor clave para alcanzar el crecimiento económico es la mejora sustancial de los niveles de empleo y de ingresos de este segmento, mayoritario en nuestro mercado laboral.

Para el Banco Mundial, la informalidad es causada por las rigideces en el mercado laboral: primero, los excesivos costos derivados de la normativa laboral y sindical; segundo, los elevados impuestos o contribuciones, que originan fenómenos de elusión fiscal, debido a que los beneficiarios estiman que no corresponden a sus expectativas para mantenerse formales; y tercero, las políticas de intervención

---

(57) Ejecutoria del TC del 21 de noviembre de 2007, Fundamento 81.

estatal en el mercado laboral, que impiden mejorar la productividad, por ejemplo, las restricciones excesivas para reasignar o suprimir puestos de trabajo<sup>(58)</sup>.

Estas prácticas originan ineficiencias que generan costos de transacción adicionales para los empresarios y trabajadores del sector informal, que se ven obligados a simular modalidades contractuales, como los contratos de locación de servicios, o reclutando trabajadores “sin contrato”.

Una válvula de escape ha sido la normativa de MYPE, debido a que la mediana y gran empresa –a juzgar por la evidencia disponible– viene cumpliendo las regulaciones laborales. Su alta productividad les permite absorber estos costos dentro del precio del producto o servicio que ofrecen en el mercado.

Otra alternativa es la utilización indebida de los contratos temporales para cubrir necesidades de carácter permanente, ligadas a la actividad principal de la empresa, buscando neutralizar el efecto de la estabilidad laboral, sustituyendo trabajadores fijos por eventuales. Sin embargo, la mayor parte de pequeñas unidades productivas simple y llanamente ha optado por operar en la informalidad:

**“La legislación laboral peruana brinda altos niveles de protección del empleo y del trabajador en el papel: ofrece buenas condiciones de empleo y acceso a la seguridad social, y protege el empleo y las relaciones laborales.** Botero y otros comparan las legislaciones laborales de 85 países centrándose en tres dimensiones diferentes: regulación del empleo (formas contractuales disponibles, condiciones de empleo y costos por despido); ii) regulación de las relaciones laborales (convenio laboral, participación de los trabajadores en la administración, mecanismos de resolución de conflictos; y, iii) regulación de la seguridad social (acceso a pensiones, seguro médico y seguro de desempleo) (...)”<sup>(59)</sup>.

Estas tendencias en el comportamiento del mercado laboral peruano y de Lima Metropolitana, se ven reflejadas en la evidencia estadística disponible, ahondando la inequidad existente entre el mercado formal e informal de trabajo.

Ello lo podemos apreciar de un análisis comparativo de las remuneraciones percibidas por la fuerza laboral de nuestro país, desagregada por segmento del mercado de trabajo.

A nivel nacional, como grafica el Cuadro N° 3, los ingresos promedio mensuales que se abonan en las microempresas y pequeñas empresas a nivel nacional para el año 2009, que son respectivamente 812 y 1,222 nuevos soles, para el año 2009, son sustancialmente inferiores a los 1,948 nuevos soles que se abonan en las empresas de más de 50 trabajadores, y a los 1,584 nuevos soles que perciben los ocupados en el sector público como ingreso promedio mensual.

---

(58) Banco Mundial, Informalidad: Escape y Exclusión. Estudios del Banco Mundial sobre América Latina y el Caribe, Resumen Ejecutivo. Washington D.C. 2007, p. 17.

(59) Banco Mundial, Oportunidades para todos: Por un Perú menos pobre y más incluyente, Lima, 2006, p. 140.

## CUADRO N° 3

Perú: Distribución del ingreso promedio mensual de la PEA Ocupada según estructura de mercado  
2004-2009  
(Nuevos Soles)

Estructura del Mercado	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Total	661	666	705	780	851	910
Sector Público	1,172	1,197	1,308	1,427	1,505	1,584
Sector Privado 2/	876	881	927	1,035	1,113	1,193
De 2 a 9 trabajadores	584	609	615	728	815	812
De 10 a 49 trabajadores	877	848	934	1,053	1,049	1,222
De 50 a más trabajadores	1,629	1,557	1,617	1,727	1,808	1,948
Independiente	392	396	396	425	501	526
Resto 3/	376	385	434	429	437	482

**Fuente:** INEI – Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, continúa 2004-2009.

**Elaboración:** MTPE – Programa de Estadísticas y Estudios Laborales (PEEL).

**Notas:** Bases de datos INEI, 2004-2008, actualizadas al 27 de mayo del 2009. Ingreso monetario deflactado con el IPC general promedio del año en estudio. Para el cálculo de los ingresos se excluye a los trabajadores familiares no remunerados.

1/ Cifras Preliminares.

2/ Se incluye a los empleadores.

3/ Incluye trabajadores del hogar, practicantes y otros.

Sin embargo, si se analiza la estadística disponible para Lima Metropolitana en el año 2008, (Cuadro N° 4), encontraremos que la inequidad salarial se acentúa para el caso de los trabajadores en las unidades microfamiliares, **en las que el ingreso promedio equivale a 463 nuevos soles –por debajo de la RMV de S/. 550.00–**, siendo que en las unidades microsalariales asciende a 1,036 nuevos soles –más del doble–, notoriamente inferiores a los ingresos de 1,375 y 2,177 nuevos soles abonados al nivel de las medianas y grandes empresas, respectivamente.

## CUADRO N° 4

Lima Metropolitana: Distribución de la PEA  
Ocupada por tamaño de empresa y niveles de ingreso  
(2008)

Segmento	Promedio de Remuneraciones		Masa Salarial	
	Ocupado	Nuevos Soles	Millones de Nuevos Soles	%
Sector Público	302,658	1,812	548	10,8
Microfamiliar, 2-9	219,176	463	102	2,0
Microsalarial, 2-9	868,493	1,036	899	17,6
Pequeña empresa, 10-49	528,313	1,375	727	14,3

**Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

Mediana y grande, 50 y más	826,045	2,177	1,798	35,3
Indep. Prof. y técnico	119,458	1,252	150	2,9
Indep. no calificado	943,875	772	729	14,3
Trab. Hogar. Practicante	221,923	658	146	2,9
<b>Total</b>	<b>4,029,941</b>	<b>1,265</b>	<b>5,099</b>	<b>100,0</b>

**Fuente:** INEI. Encuesta Nacional de Hogares 2008.

**Elaboración:** Jorge Bernedo.

Por otra parte, a nivel de la PEA Asalariada de Lima Metropolitana, si se analiza los desagregados de modalidades contractuales empleadas por el sector formal e informal, llama la atención **el alto porcentaje de trabajadores “sin contrato”, que para el sector formal equivale al 27.8%, que en el sector informal se eleva a 87.6% para el año 2008, habiéndose incrementado en dos puntos porcentuales desde el 2006, como se puede apreciar en los dos siguientes cuadros:**

**CUADRO N° 5**

**Lima Metropolitana: PEA Asalariada Privada, según sector formal e informal y tipo de contrato 2006-2008 (En porcentajes)**

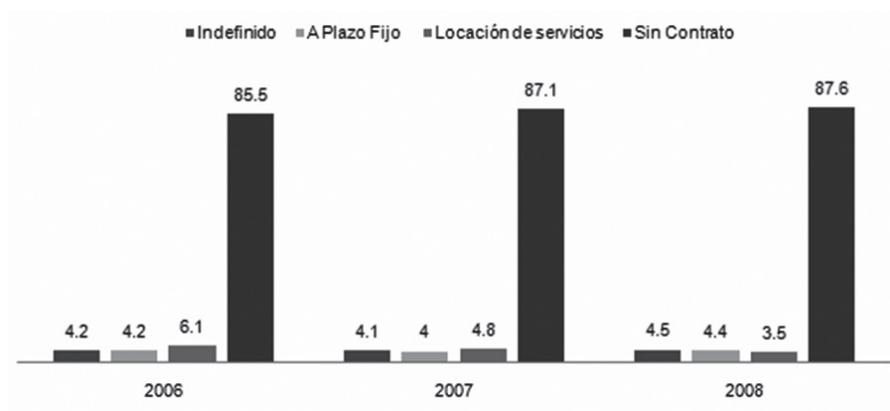
<b>Sector y Tipo de Contrato</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>
<b>Total</b>	<b>1 712 783</b>	<b>1 751 600</b>	<b>2 013 111</b>
<b>Sector Formal</b>			
Trabajo absoluto	1 105 413	1 147 023	1 341 501
Trabajo relativo	100	100	100
Indefinido	29,7	27,3	27,8
A plazo fijo	28,1	29,9	34,5
Locación de Servicios	11,1	13,6	9,3
Otros	0,7	0,5	0,6
Sin Contrato	30,5	28,7	27,8
<b>Sector Informal</b>			
Trabajo absoluto	607 370	604 578	671 610
Trabajo relativo	100	100	100
Indefinido	4,2	4,1	4,5
A plazo fijo	4,2	4,0	4,4
Locación de Servicios	6,1	4,9	3,5
Sin Contrato	85,6	87,1	87,6

**Fuente:** INEI. Encuesta Nacional de Hogares 2008.

CUADRO N° 6

Lima Metropolitana: PEA Asalariada Privada, según sector informal y tipo de contrato  
2006-2008

(En porcentajes)



Por contraste, el porcentaje de asalariados contratados a tiempo indefinido en el sector formal para el año 2008 apenas ascendía al 27.8 %, mientras los asalariados a plazo fijo llegaban a 34.5%, y los contratados por locación al 9.3%, que serían las modalidades de elusión más recurrentes en el sector formal para evitar los costos del despido y el pago de beneficios sociales.

Otro indicador preocupante es el aspecto referido a la protección social, también abordado en el estudio del Banco Mundial<sup>(60)</sup>, que para el caso de Lima Metropolitana en el año 2008 apenas cubre al 58.1 y 63.1% de la PEA Ocupada en salud y pensiones, respectivamente, en el sector formal<sup>(61)</sup>.

La cobertura en el sector informal apenas llega al 6.8. y 6.2% en salud y pensiones, respectivamente, para el mismo periodo, arrojando en conjunto un promedio de cobertura del 29.5 y 31.5% en salud y pensiones al nivel de la PEA Ocupada de Lima Metropolitana; es decir, ni siquiera llega a un tercio de la fuerza laboral (Cuadro N° 7).

(60) Para el Banco Mundial constituye sinónimo de protección social el acceso a algún sistema de salud y de pensiones. En: Exposición de Motivos Ley MYPE, p. 1.

(61) Ver Cuadro N° 6.

CUADRO N° 7

Lima Metropolitana:  
 Protección social de la PEA Ocupada según sector  
 2008  
 (En porcentajes)



Fuente: MTPE - Encuesta de Hogares Especializada en Niveles de Empleo, 2008.

Elaboración: MTPE - Programa de Estadísticas y Estudios Laborales (PEEL).

**Nota:** El sector formal comprende al sector público, empresas privadas de 10 a 49 trabajadores, empresas privadas de 50 y más trabajadores y los independientes profesionales y el sector informal comprende a las empresas de 2 a 9 trabajadores, al independiente no profesional, al trabajador familiar no remunerado y al resto.

1/ Excluye a los que no especificaron el sistema de pensiones al que están afiliados.

Como queda demostrado, el entorno en que se desenvuelven las MYPE, evidencia altos niveles de desprotección en el acceso a los beneficios y derechos contemplados por la legislación laboral, bajos ingresos y casi nula protección social, en lo referente a prestaciones de la seguridad social (salud y pensiones).

De ahí que en la Exposición de Motivos de la Ley MYPE, se concluye que:

“(…) la existencia del alto grado de informalidad de la economía peruana, con el consecuente impacto sobre el crecimiento económico potencial y la desprotección de importantes sedimentos de la población de los beneficios de la cobertura de seguridad social en salud y pensiones, no revertirá si no se alteran las condiciones que dan origen a este fenómeno, las cuales están relacionadas con los altos costos que tienen que enfrentar las empresas para poder acceder a la formalidad, principalmente la alta rigidez laboral y de costos laborales no salariales (...)”<sup>(62)</sup>

(62) Exposición de Motivos, Ley MYPE, p. 12.

Siguiendo el razonamiento del TC, en el caso de las PYME también se justificaría una regulación especial atendiendo a las características particulares en que se desenvuelve el mercado de trabajo informal, que propicia clamorosas inequidades en los niveles de empleo, de protección social, y de ingresos, respecto a los estándares que ostentan las empresas grandes y medianas del sector moderno.

Concluiremos nuestra ponencia con algunas reflexiones críticas en torno a la línea jurisprudencial que se viene perfilando en la jurisprudencia laboral y constitucional, cuyo origen son las demandas que vienen siendo presentadas por ex locadores de servicios (SNP), cuyos contratos fueron sustituidos por CAS al crearse el citado régimen legal.

Hemos optado por circunscribirnos a esta coyuntura especial, presentada casi a los dos años de la vigencia de la normativa sobre CAS, dado que hemos podido advertir que en las sentencias emitidas por el Poder Judicial se están soslayando importantes elementos de juicio. Incluso, uno de ellos contenido en el texto constitucional bajo la forma de prohibición absoluta, cuya aplicación podría originar la invalidez de estas sentencias.

## **VI. EL CASO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS EN EL SECTOR PÚBLICO: ¿RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL Y PRIVATIVO DEL ESTADO O INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL RÉGIMEN LABORAL COMÚN<sup>(63)</sup>?**

### **1. Antecedentes**

Como primer hito de nuestro análisis, podemos señalar que el antecedente inmediato del CAS fue el <contrato de servicios no personales> (SNP), que despertó el interés de los estudiosos del régimen laboral público desde la difusión de las conclusiones del Informe de la Comisión Multisectorial creada por D.S. N° 004-2001-TR, durante el Gobierno del Presidente Paniagua (“Informe de la Comisión”).

Una de las conclusiones más saltantes fue la extensión de esta modalidad contractual en el Sector Público, a la que se adjudicó el dudoso privilegio de no corresponder “a ninguna categoría jurídica conocida o específica, al no tener precedentes normativos ni doctrinarios y tampoco una adecuada precisión legal, pues, hasta ahora, salvo menciones aisladas en normas dispersas, como por ejemplo la Ley de

---

(63) **Nota del autor:** Esta parte de la ponencia fue redactada antes de la publicación de la Sentencia del TC de fecha 31 de agosto de 2010, Exp. N° 00002-2010-PI/TC, Proceso de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1057 interpuesto por más de 5,000 ciudadanos, publicada en la p. web del TC el día 16 de setiembre de 2010, que declara en su Fundamento 47 que a partir de su publicación toda actividad interpretativa en relación al artículo 1 del citado Decreto Legislativo deberá entender que el CAS constituye propiamente un régimen <especial> de contratación laboral para el sector público, compatible con el marco constitucional vigente, zanjando cualquier controversia al respecto.

Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no se han precisado sus alcances a través de ninguna norma específica” (64).

Como tenemos dicho<sup>(65)</sup>, ello propició que la jurisprudencia llenara este vacío aplicando los principios del Derecho del Trabajo, en especial el de *primacía de la realidad*, toda vez que las prestaciones de servicios se efectuaban bajo el amparo formal de contratos de locación de servicios, y al encontrarse presentes los “rasgos sintomáticos” del contrato de trabajo, los jueces no tenían otra opción que aplicar la presunción de laboralidad recogida en el artículo 4 de la LPCL<sup>(66)</sup>.

Otra vía para la “laboralización” de los contratos de servicios no personales, fue la aplicación del principio de continuidad en los casos que se verificaba que la prestación de servicios del SNP excedía los límites razonables de temporalidad, a través de la utilización desmedida de “contratos en cadena”, siempre y cuando el supuesto no estuviera contemplado en las excepciones previstas en la Ley<sup>(67)</sup>.

El efecto combinado de estos dos principios del Derecho del Trabajo, fue la herramienta más frecuente para que los jueces ampararan dichas pretensiones, que en su mayoría, versaban sobre reconocimiento de derechos y beneficios de naturaleza laboral, así como de reposición en el trabajo, en sede constitucional.

Ello generó situaciones conflictivas en varias entidades públicas, cuando los jueces ordenaban la reposición del locador “regularizando su situación laboral por un contrato de trabajo”, cuando la entidad o la categoría que desempeñaba el servidor correspondía a un régimen legal distinto, como ocurría en el caso de locadores que realizaban tareas administrativas en la dependencia de origen<sup>(68)</sup>.

Esto sucedió, por ejemplo, en el caso de las municipalidades; por mandato expreso de la Ley, los empleados administrativos estaban comprendidos dentro de los alcances del régimen legal del Decreto Legislativo N° 276<sup>(69)</sup>, mientras que los obreros dentro del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728.

---

(64) Al respecto, vid. Informe de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central creada mediante D.S. N° 004-2001-TR durante el Gobierno de Transición, p. 21 y ss.

(65) MORALES, Carlos Guillermo. “Consideraciones en torno a la Jurisprudencia Constitucional sobre los Contratos de Servicios No Personales”. En: *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Academia de la Magistratura, Lima, 2004, p. 237 y ss.

(66) “**Artículo 4.-** En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)”.

(67) Las excepciones previstas en el artículo 2 de la ley N° 24041, son: a) Trabajos para obra determinada, b) Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada, c) Labores eventuales o accidentales de corta duración, y, d) Funciones políticas o de confianza.

(68) Morales, Ob. cit., p. 251.

(69) Ver artículo 52 de la Ley N° 23853.

Naturalmente, las dificultades que implicaba la ejecución del mandato bajo el régimen legal citado (plaza vacante, disponibilidad presupuestaria, resolución de nombramiento, etc.), hicieron el resto: la reposición terminaba ejecutándose con la inscripción en planilla del régimen laboral privado, y a su cese en la entidad, el trabajador solicitaba en la vía laboral el pago de los beneficios devengados en todo ese periodo de servicios.

## 2. La “nueva” jurisprudencia laboral y constitucional sobre los CAS

A nuestro modo de ver, la posición jurídica señalada, tenía asidero en tanto era posible aplicar los principios de continuidad y primacía de la realidad respecto de contratos de locación que no correspondían a la realidad laboral que ocultaban o disimulaban, y, claro está, cuando no existía regulación expresa y específica que definiera los alcances de los contratos de <servicios no personales>.

Sin embargo, esta situación se modificó con la entrada en vigencia de la normativa del contrato administrativo de servicios (CAS) dentro del Sector Público, cuya regulación mediante Decreto Legislativo N° 1075 (“la Ley”), y reglamentación vía el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM (“el Reglamento”) han marcado un segundo hito en este debate, dado que al margen de los reparos que puedan generar ciertos aspectos del CAS, **lo cierto y lo concreto es que configura un régimen legal expreso y su tratamiento debiera ser acorde a ello.**

### 2.a. Primera observación: ¿Aplicación irrestricta de los principios del derecho del trabajo?

La jurisprudencia de las Salas Laborales y Civiles en diversas sedes de Corte Superior, ha optado por apoyarse en los fundamentos antes reseñados, y no han reparado que estos no son oponibles a un régimen legal expreso, aplicando en forma indebida los principios del Derecho del Trabajo, como evidencian las siguientes sentencias recaídas en procesos constitucionales:

**“DÉCIMO:** Que, no obstante lo expuesto, cabe precisar que al analizar los contratos de prestación de servicios, el contrato administrativo de servicios y demás documentación (...) se constituye(n) en pruebas indiciarias suficientes y pertinentes para acreditar el vínculo laboral entre la demandante y la entidad demandada, **por cuanto en aplicación del principio de primacía de la realidad** (...) se puede colegir que la prestación del servicio si fue personal, remunerado, y bajo dependencia y subordinación, toda vez que el empleador estableció el lugar y horario de trabajo, las funciones a realizar por la demandante (...); en consecuencia, queda acreditado de manera fehaciente **la desnaturalización del vínculo laboral por fraude a la ley conforme a lo prescrito en el acápite d) del artículo 77 del T.U.O. de la LPCL (...)**”<sup>(70)</sup>.

---

(70) Ejecutoria del 21 de julio de 2009, Exp. N° 1703-2008, en el Proceso de Amparo seguido por María Isidoro Chalán Saucedo contra el INC de Cajamarca.

“**CUARTO:** Que, esta aparente y contradictoria decisión del legislador de conceder y reconocer derechos que tiene como fuente exclusiva y excluyente del contrato de trabajo, **se ve explicada por su inconsistente decisión de buscar formalmente descartar su configuración** a pesar de la presencia innegable de los elementos que sirvan para ratificar su existencia lo cual contradice la naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado de 1993 (...)”<sup>(71)</sup>

“**QUINTO:** Que, efectivamente es la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado **la que impone como elemento decisivo al momento de calificar la real naturaleza de una relación de servicios al Principio de Primacía de la Realidad o Veracidad** que delimita que el Juez en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero (...)”<sup>(72)</sup>.

A nuestro juicio, se está desbordando los alcances del principio de primacía de la realidad, dado que su alcance aplicativo procede cuando el empleador, utilizando un velo contractual pretendidamente autónomo, busca encubrir una prestación de naturaleza subordinada, produciéndose aquello que PLÁ caracterizó como “discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos”<sup>(73)</sup>, debiendo darse preferencia a lo sucedido en el terreno fáctico.

En el caso bajo análisis, es la propia Ley la que excluye al CAS del ámbito de la normatividad laboral privada y pública, al fijarle un régimen especial, como se puede observar de los artículos 3 de la Ley, y 1 de su Reglamento, que lo definen como *modalidad contractual especial propia del derecho administrativo y privada del Estado*, lo cual, aunado a lo señalado en el artículo 1 de la Ley, no deja duda alguna sobre su naturaleza de régimen legal especial.

A ello habría que agregar lo señalado por el artículo 2 de la Ley, que excluyó expresamente al CAS del ámbito del Decreto Legislativo N° 276, que regula el régimen de la carrera pública, y del Decreto Legislativo N° 728, que norma el régimen laboral de la actividad privada.

Se trata, pues de un régimen legal especial sujeto a su propia normativa, configurado por normas de derecho público, cuyo principal efecto es que confiere a las partes únicamente los beneficios y obligaciones que establece su marco legal y reglamentario; fuera de ello, no es posible conferir derechos ni exigir el cumplimiento de obligaciones a cargo del CAS.

---

(71) Ejecutoria de fecha 24 de noviembre de 2009, emitida por la Sala Mixta Itinerante de Moyobamba, Corte Superior de Justicia de San Martín, Exp. N° 0097-2009, Proceso de Amparo promovido por Florinda Guerrero Mendoza contra la Municipalidad Provincial de Rioja.

(72) Ejecutoria de la Sala Mixta Itinerante de Moyobamba citada.

(73) PLÁ RODRÍGUEZ. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1978, p. 243.

Por lo tanto, con ello queda demostrado que este criterio jurisprudencial no tendría suficiente asidero jurídico<sup>(74)</sup>, debiendo ser revisados los fundamentos jurídicos de estos extremos de las sentencias analizadas.

## 2.b. Segunda observación: ¿Es posible adscribir una prestación de servicios personales al ámbito administrativo y no al laboral?

En segundo lugar, la jurisprudencia materia de análisis, parte de una premisa errónea, como ha anotado PASCO<sup>(75)</sup>, en el sentido que parte esencial de este raciocinio, asume que la intención del legislador fue regular esta modalidad contractual de prestación de servicios como prestación no subordinada, a fin de sustraerla del ámbito laboral, y lo cierto es que es una prestación subordinada, pero adscrita a normas de Derecho Público.

En esa línea de análisis, podemos citar las siguientes Ejecutorias, derivadas de Salas Laborales de Corte Superior:

**“OCTAVO:** Que, el Pleno Jurisdiccional realizado en la ciudad de Tarapoto en el año 2000, con respecto al principio de primacía de la realidad ha establecido que: <si el juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de locación de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que corresponda> (...)

**DECIMO:** Que, en cuanto a los contratos de administración de servicios (sic.) (CAS) suscritos entre las partes (...) debemos precisar que el juez de la causa venida en grado, ha optado por aplicar control difuso respecto de la

---

(74) Neves coincide con esta posición. Ver: Laborem, Ob. cit., p. 91: “A diferencia de los contratos de servicios no personales, que eran desechados por los jueces en virtud del principio de primacía de la realidad porque había un vínculo aparente -administrativo- y otro oculto -laboral-; en los contratos administrativos de servicios no hay encubrimiento, sino, que es la propia ley la que los excluye del ordenamiento laboral. O diríamos, en todo caso, que el disfraz no lo generan las partes sino que viene de la ley. **No cabe, por lo tanto, la actuación del principio de primacía de la realidad**”. Para el citado autor, corresponderá al juez descorrer el velo y confrontarlo con la Constitución”, tesis que expondremos seguidamente. En contra de nuestra posición, ver: Cavalié, Paul, Díaz, Juan Carlos, La protección judicial del trabajador contratado bajo el régimen del CAS a partir de la normativa de los principios y derechos constitucionales laborales, en: Diálogo con la jurisprudencia N° 141, Junio 2010, Año 15, p. 260 y siguientes.

(75) PASCO, Mario. “Consideraciones acerca del contrato administrativo de servicios” En: *Laborem* N° 9, 2009, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, Lima, 2010, p. 113 y siguientes. También, Réplica, Ob. cit., p. 131, señala el citado autor con énfasis: “Nada de lo dicho puede llevar a pensar, sin embargo, que pretendamos que las relaciones recogidas por el CAS no sean laborales. ¡Claro que lo son! Pero regidas por el Derecho Administrativo, no por la legislación laboral, como sucede también sin escándalo para nadie, con los diplomáticos, los magistrados judiciales y fiscales, los maestros, médicos y enfermeras y con toda la inmensa población de servidores públicos comprendidos en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, el Decreto Legislativo N° 276 (...)”.

aplicación del Decreto Legislativo N° 1075 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM (...)”<sup>(76)</sup>.

En similar línea de análisis, se ubica otra Ejecutoria, que además de aplicar el acotado principio de primacía de la realidad, recurre al régimen laboral de la actividad privada como referente de comparación con el CAS, sin sustento jurídico alguno:

“9. En relación al periodo que, según la demandada, la actora laboró bajo contratos administrativos de servicios (...) se debe tener en cuenta el desarrollo de los hechos. Para esto se debe hacer referencia que se ha llegado a conclusión líneas arriba **que durante el periodo que la actora ha laborado bajo el contrato de locación de servicios se ha establecido que es uno de naturaleza laboral** y por lo tanto con los derechos que la ley le franquea a la actora, y que posteriormente a este periodo la demandada ha suscrito con la actora un CAS (...)”

17. La situación jurídica que funcionará en este caso **como término de comparación está constituida por las normas que regulan el régimen laboral de la actividad privada** pues los trabajadores de la entidad demandada para el que prestó servicios el actor se encuentra bajo el régimen laboral de la actividad privada (...)”<sup>(77)</sup>.

Como puede apreciarse, estas ejecutorias, utilizando medios distintos, llegan al mismo fin: una de ellas se apoya en el Acuerdo de Pleno Jurisdiccional del año 2000, que aplica a los supuestos de fraude o simulación, mediante el uso fraudulento de contratos civiles o mercantiles; supuesto claramente distinto al de un contrato administrativo, y -por cierto- de un contrato que emana de un régimen especial de contratación regulado por Ley, que no ha sido declarado inconstitucional.

La segunda, si bien incorpora el control difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución, incurre también en error de derecho, al señalar que **el tertium comparationis en el caso de los CAS debiera ser el régimen laboral de la actividad privada, al haber quedado “acreditado” el carácter laboral de su prestación**<sup>(78)</sup>.

La Sala confunde el régimen legal al que está adscrito un servidor público, con el régimen que debe servir de parámetro de comparación, a fin de determinar si procedería la aplicación del control difuso por presunta vulneración del *princi-*

---

(76) Ejecutoria de la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Lima, de fecha 6 de abril de 2010, Exp. N° 6508-2009 IDA (A y S), en los seguidos por Juan Isaac Zavala Chaupin contra el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural sobre beneficios sociales e indemnización por despido.

(77) Ejecutoria de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Lima, del 11 de junio de 2010, Exp. N° 719-2010-BE (S), en los seguidos por Nelly Crispín de Prado contra Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social sobre pago de beneficios económicos.

(78) La actora prestaba servicios como “Asistente Técnica de Limpieza”, Fundamento 6 de la Sentencia de la Primera Sala laboral, Exp. N° 719-2010-BE (S).

*pio-derecho de igualdad*, en términos similares a lo señalado por el TC en el Exp. N° 00027-2006-PI.

Para PASCO, el régimen con el que debería establecerse la comparación no debiera ser el régimen laboral de la actividad privada, sino en todo caso, el régimen laboral público: “el referente, el elemento de comparación, no es el trabajador privado, sino el servidor público, regido por el Decreto Legislativo N° 276<sup>(79)</sup>, que comparten la misma naturaleza jurídica.

A ello hay que agregar que un servidor público puede estar indistintamente en el régimen laboral público como privado, dado que su vínculo con el Estado puede darse contractual o estatutariamente. Es más, para cierto sector de la doctrina, siempre es de naturaleza contractual, se trate de un servidor público o no.

Como señala DROMI, la naturaleza jurídica del vínculo que une a un trabajador con la Administración Pública, es de naturaleza contractual, no obstante que su regulación comprende también normas estatutarias:

“La naturaleza jurídica de la relación de empleo público, es decir, de la relación entre la organización administrativa (órgano-institución) y el sujeto particular (órgano-individuo) **es de carácter contractual (...)**

Para nosotros se trata de una relación contractual, de derecho público, que guarda analogía, en cuanto al objeto, **con el contrato de trabajo y con la locación de servicios y que difiere de ellos, por el régimen jurídico específico en razón de ser el Estado el contratante y en razón de los fines del servicio contratado.**

El hecho que los empleados públicos, en algunos casos, **queden comprendidos en normas de carácter legal o reglamentario, no contradice la esencia contractual de la relación de empleo público**, en tanto expresa una concurrencia de voluntades (Administración y administrado) de mutuo consentimiento<sup>(80)</sup>.

Un ejemplo de ello son los gobiernos locales, que a partir de la Ley N° 23583, adscribía al personal administrativo al régimen legal del Decreto Legislativo N° 276 y al personal obrero al régimen del Decreto Legislativo N° 728<sup>(81)</sup>, con lo cual no obstante tener ambos la calidad de servidores públicos, estaban sujetos a regímenes legales diferentes, sin que se haya cuestionado esta diferenciación.

Lo cierto es que no existe fundamento jurídico alguno para adscribir un servidor público a un régimen legal predeterminado, ni mucho menos, al régimen laboral de la actividad privada, como se pretende en las referidas sentencias, que postulan

---

(79) PASCO, Laborem, Ob. cit., p. 120.

(80) DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Ed. Ciudad Argentina, 1998, p. 429.

(81) MORALES. Ob. cit., p. 245, nota 289.

la ecuación: prestación de servicios subordinada = prestación regulada por el régimen laboral de la actividad privada, sin reparar que el régimen que sirve de parámetro de comparación tiene naturaleza jurídica estatutaria.

A nuestro juicio, la falla de origen en estos pronunciamientos es que los jueces han omitido tomar en cuenta un dato normativo e histórico fundamental: que nuestra Constitución dejó en claro que la regulación del trabajo subordinado estaba dividida en dos grandes ámbitos, el régimen laboral de la actividad privada, y el régimen aplicable a servidores y funcionarios públicos, como se pasa a demostrar.

### 2.c. Tercera Observación: ¿Es posible acumular prestaciones de servicios realizadas bajo regímenes legales diferenciados?

A nuestro juicio, este argumento ha sido soslayado en forma inexplicable en las sentencias analizadas, desconociendo que al margen de construcciones doctrinarias que expresan, antes bien, un <deber ser> que el <ser>, nuestra Constitución de 1993 trazó una clarísima línea de frontera entre el régimen laboral aplicable a la actividad privada, y el aplicable a servidores y funcionarios públicos.

El antecedente inmediato fue la Constitución de 1979, que reguló en el Capítulo V del Título I (“Derechos y deberes fundamentales de la persona”) lo relativo al régimen laboral común, mientras que en el Capítulo VI se ocupó de los derechos y deberes aplicables a los servidores y funcionarios públicos, bajo el rótulo inequívoco (“De la Función Pública”), que dejaba a las claras su intención de dispensar a cada tipo de trabajador una regulación distinta.

Además de ratificar este tratamiento diferenciado<sup>(82)</sup> que ponía de manifiesto la naturaleza jurídica distinta de cada uno de estos regímenes, respectivamente, la Constitución de 1993 introdujo una regulación específica, que si bien inicialmente estuvo orientada para fines pensionarios<sup>(83)</sup>, en el curso del debate fue extendida para todos los efectos legales.

Nos referimos a lo señalado por la Tercera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que señala con meridiana claridad:

**“Tercera.-** En tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, **en ningún caso y por ningún concepto pue-**

---

(82) Al respecto, v. Mario Pasco, Perú, en: *Trabajadores del Estado en Iberoamérica*, Buenos Aires, 1998, p. 280: “La Constitución Política de 1993 marca un claro distingo al separar el trabajo y la función pública en artículos distintos y distantes. Esta diferenciación no se agota en lo formal sino que, para que no quepa duda de que los preceptos de unos y otros no son transferibles a los otros, duplica simétricamente en los artículos 28 y 42 lo relativo a la sindicación y huelga. Si, como alguien alguna vez ha sostenido, todo lo contenido en el tema laboral fuera extensible de modo natural y automático a los servidores del Estado, les sería aplicable también el artículo 28, y el artículo 42 sería superfluo por redundante (...)”

(83) Ver artículo 14 del Decreto Ley N° 20530, que regulaba la imposibilidad de acumular tiempo de servicios bajo el régimen laboral privado y público para efectos pensionarios.

**den acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes.** Es nulo todo acto o resolución en contrario”.

Dicha norma nos sugiere varias lecturas, que en todo caso, nos llevan directamente a cuestionar los criterios seguidos en las Ejecutorias analizadas, que han buscado inaplicar las normas del CAS, invocando su inconstitucionalidad, sobre la base de la aplicación de principios del derecho del trabajo, terminan incorporando a los CAS al régimen laboral de la actividad privada.

En forma esquemática, la norma constitucional citada precisa lo siguiente:

- a) Existen, y hasta que la Constitución disponga cosa distinta, regímenes diferenciados de trabajo **“entre la actividad privada y la pública”**; por lo tanto, no es sostenible argumentar que a pesar de estos rasgos de “privatización” de ciertos regímenes de trabajo a cargo del Estado, que el régimen laboral aplicable a trabajadores privados, así como servidores y funcionarios públicos, debe ser el régimen laboral común de la actividad privada.
- b) La norma constitucional señala **“regímenes diferenciados de trabajo”**, lo cual comprende no solo a los ordenamientos laborales de alcance general -régimen laboral de la actividad privada y régimen legal de la carrera pública- sino que también abarca a los regímenes especiales de trabajo, y con ello, al régimen legal del CAS, en tanto régimen especial y privativo del Estado.
- c) La prohibición constitucional comprende la imposibilidad de acumular servicios prestados bajo cualquiera de los regímenes diferenciados indicados, para todo efecto legal.
- d) Reafirma lo señalado, la utilización de los términos **“en ningún caso y bajo ningún concepto”**, que comprende cualquier situación en la cual pudiera darse la acumulación de servicios, para efectos laborales o pensionarios, o de cualquier otra naturaleza.
- e) La prohibición a nuestro juicio, es absoluta y categórica, dado que la norma constitucional sanciona con nulidad **“todo acto o resolución en contrario”**, lo cual cubre todo el espectro de actos legislativos, administrativos o jurisdiccionales, susceptibles de ser dictados por cualquier autoridad o funcionario público.

Esta posición se ve confirmada con el Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso Constituyente Democrático, recaído en la reforma del Capítulo V Del Trabajo, y del Título I De la Función Pública de la Constitución de 1979 (“Dictamen de reforma”), que señaló lo siguiente:

“Tanto el artículo décimo como la Norma Transitoria del proyecto propuesto, plantean un tema fundamental, que caracteriza al derecho laboral moderno, cual es su carácter expansivo y dinámico. Opera una suerte de penetración del Derecho Laboral privado en la esfera pública. En tal virtud, el artículo

décimo antes citado, establece que las relaciones laborales dentro de las empresas del Estado se regularán por las normas del régimen laboral de la actividad privada. Ello no obstante, la norma transitoria propuesta, plantea la subsistencia de regímenes laborales diferenciados aplicables al ámbito de la actividad privada y pública, respectivamente. Esto con el objeto que hasta en tanto no se unifique el régimen laboral vigente, **no proceda la acumulación de tiempos de servicios prestados bajo ambos regímenes, por tratarse de relaciones de naturaleza jurídico-laboral distinta, siendo que la primera es de naturaleza contractual—presupone el acuerdo entre partes— y la segunda es de naturaleza estatutaria, por intervenir en ella el Estado como sujeto de una relación regulada predominantemente por normas de derecho público”.**

“Sostener lo contrario equivale poco más o menos a fracturar la columna vertebral del Derecho del Trabajo nacional, **propiciando el caos normativo y la inseguridad de los trabajadores de uno y otro régimen”.**

La pertinencia del argumento viene a colación, toda vez que al resolver las controversias sobre CAS, los jueces aplican en forma simultánea los principios de continuidad y de primacía de la realidad, **disponiendo la acumulación del tiempo de servicios precedente al del CAS<sup>(84)</sup>**—que se asimila por ficción legal al régimen laboral privado— con el prestado bajo el régimen legal del CAS, **operación que como hemos analizado, resulta contraria a la norma constitucional bajo análisis.**

Por lo tanto, estimamos que las sentencias que se han expedido, y las que se expidan en igual sentido, **en esta materia no están arregladas a la Constitución ni al derecho, por infringir una prohibición constitucional, susceptible de sanción de nulidad**, con lo cual los pronunciamientos que se emitan estarán viciados de inconstitucionalidad en este extremo.

## VII. REFLEXIÓN FINAL

Al margen de las consideraciones que motivan estas reflexiones finales, el tema de fondo es que el debate en torno a la naturaleza de la relación de empleo público, no debe desligarse de la función que debe desempeñar el Estado en una economía social de mercado, la cual ha sido adecuadamente encuadrada por el Tribunal Constitucional para el caso de las MYPE y las empresas del sector agrario, en la perspectiva de promover la inclusión de un vasto segmento de la fuerza laboral que presta servicios en estos mercados de trabajo con especiales características, cumpliendo una función de “válvula de escape” social.

---

(84) Precisamente por lo señalado en la Cuarta Disposición Complementaria y Final de la Ley que estableció: “Las entidades comprendidas en la presente norma quedan prohibidas en lo sucesivo de suscribir o prorrogar contratos de servicios no personales o de cualquier modalidad contractual para la prestación de servicios no autónomos. Las partes están facultadas para sustituirlos antes de su vencimiento por contratos celebrados con arreglo a la presente norma”.

Siendo la reforma del Estado un punto pendiente en la agenda social consideramos necesario ponderar todos los aspectos implicados en la problemática de los CAS, atendiendo a que su inclusión en el aparato estatal debiera efectuarse en forma progresiva, y sobre todo, resguardando la estructura diferenciada de regímenes de trabajo que recoge la Constitución, lo cual no solo es una realidad jurídica e histórica, sino principalmente, fáctica y material con la que deberá convivir el Estado en el futuro.

**CUADRO RESUMEN**

**Perú: Composición de la PEA Ocupada y cobertura de la legislación laboral  
(En porcentajes)**

	Empleo Total								Régimen Laboral
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	
Total Ocupados	100	100	100	100	100	100	100	100	
Asalariados Públicos	8.56	7.80	8.09	7.14	7.70	7.38	7.62	8.26	Ley Marco del Empleo Público
Asalariados Privados									
Micro	15.07	15.59	14.59	13.96	14.27	13.91	14.21	14.93	Ley MYPE
Pequeña	5.79	7.53	7.28	7.01	6.92	7.49	7.41	7.46	Régimen Laboral común
Mediana	1.18	1.53	1.67	1.43	1.49	1.75	1.86	1.78	
Grande	5.28	4.84	5.48	5.03	5.07	5.58	6.17	6.23	
No asalariados									
Patrones	5.68	5.05	5.19	5.35	5.40	5.65	5.51	5.81	No
Independientes	38.56	37.80	36.53	36.97	35.97	36.33	35.27	36.21	No
Trabajo familiar no remunerado	16.45	16.04	17.49	19.18	19.30	18.08	17.93	15.47	Régimen de Trabajadoras
Trabajadores del hogar	3.07	3.55	3.44	3.59	3.52	3.46	3.66	3.50	del Hogar
Otro	0.36	0.27	0.21	0.32	0.35	0.36	0.34	0.35	

**Fuente:** INEI (2001-2007). ENAHO – IV. Trimestre. Lima: INEI

Elaborado y actualizado en base a: Chacaltana, Juan. Empleo y regulación laboral en el Perú en Economía y Sociedad. Marzo 2005, N° 55 y Crecimiento y Empleo: Elementos de Propuesta y Debate. Documento de Política. Julio Gamero. CIES, 2005.