

REGÍMENES ESPECIALES EN LA LEGISLACIÓN LABORAL PERUANA

Edgardo Balbín Torres^()*

INTRODUCCIÓN

Dos rasgos que resaltan a primera vista de la legislación laboral peruana son su “dispersión” y “diversificación”. El primer rasgo, advertido por cuanto analista se aproxima a nuestro panorama legislativo, alude al hecho que la regulación del trabajo subordinado no reside centralmente en un único cuerpo normativo –a manera de un código de trabajo o una ley general– sino en múltiples dispositivos que, además de no resultar del procedimiento legislativo regular en sus componentes más relevantes⁽¹⁾, presentan innegables problemas de coherencia. Aunque algunas experiencias comparadas demuestran que la dispersión no necesariamente deriva en regulaciones poco coherentes, llevada al extremo sí constituye un rasgo que obstaculiza la aproximación de los operadores al derecho que los rige, además de dificultar una visión y revisión integrada y armónica de la protección laboral. Una suma desagregada e inorgánica de leyes y reglamentos administrativos –en el que además con frecuencia los reglamentos desbordan a las leyes– no es solo un tema de

(*) Profesor del área de derecho laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú

(1) La Ley, resultado del procedimiento parlamentario regular, no es el recipiente común de nuestras disposiciones laborales. La regulación del trabajo por Decretos Leyes y Decretos Legislativos es un lugar común entre nosotros. De hecho, los referentes legislativos más relevantes en materia individual y colectiva y hasta el paquete de derechos económicos residen en decretos leyes y decretos legislativos. Lo mismo ocurre en el empleo público, en el que las normas centrales de la legislación en materia individual están dadas por Decreto Legislativo y la legislación en materia de relaciones colectivas por Decreto Supremo. Esta situación evidencia el trasfondo unilateral de la legislación.

“forma”, es también un tema de incidencia directa en los niveles óptimos de protección laboral a los que aspira el Derecho del Trabajo.

Aunque la relevancia de la dispersión normativa es evidente, el tema que me encomiendan demanda atender más bien a la “diversificación” como rasgo de la legislación laboral peruana, entendida esta como la “proliferación desmedida de regulaciones específicas”⁽²⁾. Al igual que la dispersión, en ciertos casos la diversificación puede no ser un signo de anomalía y, por el contrario, puede resultar una imposición del principio de igualdad (trato diferente a los diferentes); pero llevada a extremos genera Incertidumbre y desorganización en el ordenamiento laboral, además de plantear severas dudas respecto de su concordancia con el mencionado principio: la ley igualitaria debe ser general, esto es, “debe tipificar en términos impersonales y universales”, y la ley igualitaria debe equiparar o, dicho de otro modo, debe dar un trato igual de situaciones diferentes, siempre “se estime que las diferencias deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma reglamentación normativa”⁽³⁾. La presencia de multiplicidad de regulaciones específicas alerta sobre el uso de criterios irrelevantes de diferenciación o la posible presencia de privilegios o subclases. Justamente, el objeto de este trabajo es aportar algunos criterios para la ordenación de la diversificación normativa en materia laboral y la definición de criterios de identificación y evaluación de los regímenes especiales de trabajo.

1. Diversificación en la legislación nacional.-

En nuestro medio, la diversificación normativa es extrema y, dada su relación con los regímenes laborales especiales, intentaré en este apartado aportar algunos criterios de ordenación para luego, en el apartado siguiente, proceder a su valoración.

Habría que reiterar, en primer lugar, que la diversificación legislativa de la que hablo refiere a la multiplicidad de regulaciones del trabajo subordinado, centro de imputación de la protección laboral. Aunque en la legislación comparada se aprecia una tendencia a la extensión parcial de la protección laboral al trabajo autónomo y una doctrina muy autorizada habla más bien del derecho del trabajo “sin adjetivos”, en nuestro medio no se vislumbra la extensión de la protección laboral extramuros del trabajo subordinado. Además, solo el trabajo subordinado ha dado lugar a una prolífica legislación que merece una revisión.

De otro lado, la diversificación legislativa gira en torno a un centro de gravedad, definido en función de una forma concreta de trabajo subordinado denominada “trabajo típico”. En las décadas recientes las nuevas formas de organización de la producción facilitadas por las nuevas tecnologías y la revolución de los transportes, ha hecho más notorio que el trabajo que dio lugar a la protección laboral es

(2) Ojeda Avilés, Antonio. *Las relaciones laborales especiales*. Laborem N° 8, SPDTSS, Lima, 2008, p. 31

(3) PÉREZ LUÑO, Antonio. *Dimensiones de la Igualdad*. Madrid: Dyckinson, 2005, p. 22 y ss.

únicamente un tipo de trabajo históricamente predominante, pero que son posibles –y cada vez más frecuentes– formas diferentes de trabajo subordinado de las cuáles derivarían –esto lo precisaremos más adelante– regulaciones diferenciadas. El trabajo típico respecto del cual se define la diversificación legislativa es, entre otras características, el trabajo a plazo indefinido y prestado con exclusividad para una empresa, en el que el empleador define el lugar, el tiempo y la forma de realizar el trabajo y realiza supervisión presencial del cumplimiento de sus órdenes. A este tipo de trabajo corresponde una “protección estándar” que podría variar dependiendo de las particularidades de estas formas atípicas de trabajo o de ciertas razones que realicen valores de relevancia. Naturalmente, en esta construcción preliminar falta definir aún qué particularidades o qué valores son realmente relevantes al punto de justificar un trato legislativo diferenciado; pero esto lo trataremos más adelante.

1.1. Diversificación y exclusiones.

Dentro del ámbito del trabajo subordinado una primera constatación es la existencia de relaciones excluidas, esto es, auténticas prestaciones personales de servicios retribuidas y subordinadas que en virtud de la voluntad de legislador quedan fuera del ámbito del Derecho del Trabajo. Nos referimos a las “Modalidades Formativas” reguladas por Ley N° 28518 y al denominado régimen de “Contratación Administrativa de Servicios” en el Estado, regido por el Decreto Legislativo N° 1057. En ambos casos, la exclusión refiere a razones de diverso calibre. En el primer caso, la finalidad predominantemente formativa de la relación jurídica justificaría la exclusión⁽⁴⁾, lo cual, como indica Arce, no deja de generar severas dudas dado que la innegable concurrencia de una finalidad productiva –aún cuando no sea predominante– aconsejaría, más bien, la creación de un contrato laboral especial y no de una relación excluida⁽⁵⁾.

En el segundo caso, las razones no son explícitas en la propia norma, aunque pueden deducirse de los antecedentes de la norma o de la contestación aportada en el proceso de inconstitucionalidad que se sigue contra ella. Ya en el 2001, la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central⁽⁶⁾, advertía sobre la necesidad de “ratificar” la validez de los contratos de servicios no personales cuyo régimen no podría ser otro que el del Derechos Administrativo dada la especial naturaleza del Estado. De otro lado, la contestación ofrecida por el Estado peruano en la acción de inconstitucionalidad planteada en contra de este dispositivo afirma el carácter “transitorio” del régimen

(4) El artículo 1 de la Ley señala que “las modalidades formativas son tipos especiales de convenios que relacionan el aprendizaje teórico y práctico mediante el desempeño de tareas programadas de capacitación y formación profesional”. El artículo 3 agrega que “las modalidades formativas no están sujetas a la normatividad laboral vigente, sino a la específica que la presente contiene”

(5) ARCE ORTÍZ, Elmer. *Derecho Individual de Trabajo en el Perú*. Palestra, Lima, 2008, p. 246.

(6) Comisión creada por D.S. N° 004-2001-TR.

con objetivo de regularización de situaciones anómalas, todo ello en el marco del proceso de modernización del Estado⁽⁷⁾.

En suma, por un lado, el argumento de la naturaleza pública del empleador como factor de inclusión de la relación jurídica dentro del Derecho Administrativo, y, por otro, la regularización supuestamente progresiva del trabajo no registrado en el sector público; razones que hay que evaluar dado que otro intento de exclusión basado en el mismo fundamento, pero de alcance a todos los trabajadores de la carrera pública, parece provenir del precedente de observancia obligatoria expedido por la Sala Plena Tribunal de Servicio Civil (Resolución N° 002.2010-SERVIR/TSC). En efecto, dicho Tribunal ha señalado que el régimen de carrera administrativa regulado por Decreto Legislativo N° 276 “tiene naturaleza estatutaria, esto es, aún cuando pueda contener derechos de naturaleza laboral, su esencia es básicamente de derecho administrativo”. Con esto, se produciría una auténtica exclusión similar a la del CAS cuyas consecuencias –establecidas por el propio Tribunal en su precedente–, no carecen de importancia: la imposibilidad de modificar y mejorar mediante negociaciones individuales o colectivas las condiciones de empleo y la consideración de las decisiones del empleador como actos administrativos (o de poder público) y no como decisiones guiadas por el mero interés de explotación del trabajo ajeno y que, como tal, requiere ser sometido a límites externos. Aunque ya he comentado este tema en otros trabajos⁽⁸⁾, por ahora solo reiteraré que esta posición, además de contraria a reiterados criterios del TC que declaran la naturaleza laboral de la relación de empleo público y resaltan la innegable conexión constitucional entre trabajo subordinado y protección laboral, deviene en inconsistente también por otras razones: la interesada confusión entre “Estado–poder público” y “Estado–empleador”; la inconsistencia que bajo esta pretendida naturaleza administrativa de las relaciones de empleo con el Estado supondría la aplicación del régimen laboral de la actividad privada en determinadas entidades estatales; la posibilidad de cautelar ciertos intereses públicos comprometidos en la relación de empleo con instituciones (mérito, carrera, ordenación presupuestal, etc.) que no presentan incompatibilidades con la regulación laboral etc.

Con relación al segundo argumento las cosas no cambian. Según su formulación, el CAS resultaría un mecanismo de regularización progresiva del empleo precario en el sector público, que debería cumplir con la condición de ser “transitorio” y sujetarse a un control progresivo de las posibilidades presupuestales para cumplir su finalidad. Pues bien, a pesar de los alegatos de sus defensores⁽⁹⁾, ni el

(7) Acción de inconstitucionalidad presentada por más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo, ventilada en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC.

(8) BALBÍN TORRES, Edgardo. “Unilateralismo y Negociación Colectiva en la Administración Pública”. Lima, PUCP, El Contrato Administrativo de Servicios: Aspectos Constitucionales. En: *Soluciones Laborales* Año 1, número 10, Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2008 y más recientemente *Debate: La regulación del Contrato Administrativo de Servicios*, Revista Laborem N° 9, Lima, SPDTSS; Año 2010.

(9) Puede verse, Pasco Cosmópolis, Mario. “Debate: La regulación del Contrato Administrativo de Servicios”. En: *Laborem* N° 9, Lima, SPDTSS; Año 2010.

Decreto Legislativo ni su Reglamento aluden en ninguno de sus extremos al carácter transitorio del régimen y menos aún establecen un itinerario de igualación concordante con las posibilidades presupuestales. Muy por el contrario, los antecedentes⁽¹⁰⁾ y la aplicación que se viene haciendo de estas disposiciones parecen revelar la intención real de asentar un tercer régimen de prestación de servicios subordinados en el que, bajo el manto de la naturaleza administrativa del contrato, se oculta un poder de disposición del trabajo ajeno al que la protección estándar implementada por la legislación laboral no resulte aplicable.

En suma, ninguna de las exclusiones comentadas parece justificada o, por lo menos, ninguno de los fines supuestamente perseguidos por las mismas parece requerir la deslaboralización de la relación del trabajo.

1.2. Diversificación al interior del trabajo regulado por el Derecho del Trabajo.

Dentro del trabajo formalmente protegido por el Derecho del Trabajo, la diversificación legislativa admite algunos criterios de ordenación.

El primero de estos criterios ordenaría la normativa de acuerdo a su carácter público o privado. El carácter público derivaría de la presencia de la “carrera profesional” como elemento caracterizador del empleo en el Estado, en concordancia con la previsión constitucional de regular por ley la carrera de los servidores públicos (artículo 40). Bajo estas normas de carrera se incluiría, en primer lugar, a las disposiciones aplicables a la generalidad de los trabajadores estatales (básicamente el Decreto Legislativo N° 276 y la Ley N° 28175) y también a las regulaciones que imponen particularidades a este modelo base: gerentes públicos (Decreto Legislativo N° 1024); militares (Ley N° 28359); policías (Ley N° 28857); diplomáticos (Ley N° 28091); y profesionales de la salud (Ley N° 23536). Junto con estos dispositivos, tenemos otras normas aplicables también –aunque no exclusivamente– en entidades estatales y que refieren a la carrera profesional: educadores (Ley N° 24029); médicos cirujanos (Decreto Legislativo N° 559); enfermeras (Ley N° 27669); obstetras (Ley N° 27853); cirujanos dentistas (Ley N° 27878); químicos farmacéuticos (Ley N° 28173); psicólogos (Ley N° 28369); tecnólogos médicos (Ley N° 28456) y biólogos (Ley N° 28847). A la par que estas disposiciones resaltan la importancia de cada una de estas profesiones en todo ámbito, lo central

(10) Es revelador lo señalado por la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central. El informe señalaba Señala el informe “Ante la falta de regulación respecto de los contratos no personales y otras formas heterodoxas de contratación, se hace necesaria una norma que ratifique que la contratación por servicios no personales es válida en el sector público; y que la entidad empleadora puede ejercer respecto de estos servidores todos los atributos propios de su condición de tal, como el control de ingreso y salida, exigencias de puntualidad, asiduidad y eficiencia, imposición de sanciones etc., pero que al mismo tiempo establezca que se someten a un régimen especial, en el que se reconocen aquellos derechos que tienen origen y rango constitucional (remuneración mínima, jornada máxima legal, descansos remunerados, etc.) o en instrumentos internacionales vinculantes para el Perú (como son los de OIT ratificados), mas no los que provienen de la normativa infraconstitucional”.

de su regulación refiere a condiciones de empleo en entidades estatales asociadas a la carrera profesional: los ascensos, criterios de evaluación, capacitación o complementos remunerativos. Del otro lado, quedarían las normas aplicables en la empresa privada, ausentes de referencias a la carrera profesional.

Un segundo criterio de ordenación repararía en el sector de actividad al que es aplicable la normativa. Por lo general, las diferencias obedecerían a los ajustes que determinadas particularidades en el sector impondrían a la regulación del trabajo subordinado. Ejemplo de ello serían las regulaciones previstas para el sector construcción (básicamente la Resolución Ministerial N° 051.96-TR); agrario (Ley N° 27360); minería (básicamente el TUO de la Ley General de Minería, Decreto Supremo 014-92-EM); puertos (Ley N° 27866); pesca (básicamente Decreto Ley N° 25977); restaurantes y hoteles (Decreto Ley N° 25988).

Un tercer criterio de ordenación podría distinguir la DIVERSIFICACIÓN legislativo en función de la profesión u oficio. También en este caso, características propias del desarrollo de la profesión u oficio determinarían regulaciones específicas y diferenciadas. Tenemos bajo este criterio a los artistas (Ley N° 28131); los futbolistas (Ley N° 26566); los trabadores del hogar (Ley N° 27968); y los porteadores (Ley N° 27607).

Además, algunas regulaciones refieren a características o condiciones específicas del trabajo o del trabajador que determinan una alteración de la regulación prevista para el trabajo típico: los extranjeros (Decreto Legislativo N° 689); adolescentes (Ley N° 27337); o los trabajadores a domicilio (Título IV del TUO de la LPCL aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR).

El último término se ubicaría a las disposiciones que imponen diferencias con objetivo promocional, recientes en el panorama legislativo y asentadas en la idea de que en determinados casos las diferencias de trato normativo pueden conformar un mecanismo efectivo de igualación. Entre estas disposiciones tenemos a aquellas sobre exportación no tradicional (Decreto Ley N° 22342); las normas de promoción del sector agrario (Ley N° 27360); y, las disposiciones de promoción de la micro y pequeña empresa (Decreto Legislativo N° 1086). Como se verá más adelante, si bien el derecho desigual igualatorio es admitido unánimemente por la doctrina, este se encuentra sometido a condiciones estrictas que aseguren su carácter transitorio así como la legitimidad de sus fines, la coherencia de sus medios, y la suficiencia de su contenido.

La revisión efectuada constata la exagerada diversificación a la que habíamos aludido al inicio de este trabajo y confirma las sospechas acerca del probable uso de criterios irrelevantes de diferenciación y la conformación de clases y subclases de trabajadores. De hecho, la evaluación de las razones y los términos de la diferenciación bajo la perspectiva del principio de igualdad es un tema de relevancia pues el incremento de la diversificación constituye una amenaza real para nuestro ordenamiento laboral. En trámite parlamentario se encuentran el proyecto de Ley

N° 3278-2008-CP, Ley de Trabajo del Médico Veterinario en el Sector Salud, presentado por el Colegio Médico Veterinario del Perú; el Proyecto de Ley N° 1892-2007-CP, Ley que regula el Ejercicio Profesional de los Relacionadores Industriales, presentado por el Colegio de Relacionadores Industriales del Perú; y el Proyecto de Ley N° 2573-2007-CP, Ley de Trabajo del Químico, presentado por el Colegio de Químicos. Curiosamente, en todos estos casos las iniciativas alegan igualdad de trato con otros trabajadores que desempeñan labores análogas y que cuentan con regulaciones específicas; y, al mismo tiempo, más de una vez la Comisión de Trabajo también ha justificado el archivamiento de algún proyecto en la igualdad de trato, alegando que existen muchos trabajadores que se dedican a actividades similares y a quiénes, de aprobarse esta iniciativa, también les correspondería su ley especial. En otras palabras, la igualdad para justificar la expedición de una regulación específica y la igualdad para rechazarla.

Son muchos los factores asociados a esta diversificación extrema. El primero es la sobrevaloración de determinadas diferencias. Como lo ha indicado la doctrina, la igualdad no desconoce las diferencias sino las integra a través de dos mecanismos: las relevantes son integradas a la igualdad mediante la creación de regulaciones específicas (trato diferente para los diferentes) y las irrelevantes son reducidas en favor de la construcción de un tipo normativo abstracto y general. En otras palabras, aún cuando presentan rasgos comunes, en estricto todos los trabajos y trabajadores son diferentes, pero lo que afecta el principio de igualdad es establecer regulaciones específicas en base a diferencias irrelevantes⁽¹¹⁾. Como es posible advertir, el asunto de fondo y de mayor complejidad es fijar un criterio de valoración de las diferencias que nos permita definir en qué casos corresponde la expedición de una regulación específica. Además de reiterar el principio universal de que las diferencias no pueden basarse en características personales y que, más bien, deben obedecer a factores objetivos, debe recalcar que en el fondo requerimos criterios evaluar para cada caso las “razones” de la diferenciación⁽¹²⁾.

Bajo nuestra óptica y en el concreto ámbito de nuestra disciplina, las diferencias fácticas relevantes que dan lugar a diferencias legislativas razonables son las conectadas directamente con la realización del objeto del contrato de trabajo y con valores constitucionalmente resguardados, cuya realización depende en última instancia de la diferenciación legislativa. Los artistas, los futbolistas, los trabajadores a domicilio, los trabajadores del sector construcción o del sector educación son claros ejemplos de diferenciación necesaria para el cumplimiento del objeto de

(11) Pérez Luño, Antonio. Ob. cit., p. 25.

(12) Resume Jiménez Campo señalando que “hay igualdad cuándo es irrazonable hacer diferencias”. Jiménez Campo, Javier. La igualdad jurídica como límite frente al legislador; Revista Española de Derecho Constitucional Año 3, num. 9. Madrid: 1983, p. 72 y ss. En la misma línea se indica lo siguiente: “dado que el principio de igualdad no excluye las desigualdades, antes al contrario, las admite siempre que tengan una justificación objetiva y razonable, el control de constitucionalidad de la desigualdad legislativa es en el fondo, un control de su razonabilidad”. Martínez Tapia citado por Hierro, Liborio. Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley; *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, Año 2003, p. 450.

contrato. En el caso de los artistas, por ejemplo, la naturaleza de la profesión en la que las cualidades innatas del trabajador, la autonomía que estas permiten en el desarrollo del espectáculo y la dependencia de la relación jurídica de la aceptación del público, hace que sustanciales aspectos de la regulación laboral general se tornen disfuncionales para su regulación, impidiendo la realización del objeto de contrato y demandando, por ello, una adecuación normativa⁽¹³⁾. De similar modo, la necesidad de cautelar determinados valores constitucionales en las relaciones de trabajo con el Estado (mérito, carrera, igualdad en el acceso a los cargos públicos, etc.); la protección del menor en el caso del trabajo de los adolescentes o la preferencia en la contratación de trabajadores nacionales en las disposiciones sobre el trabajo de los extranjeros, son supuestos de valores que se interponen en las regulación de la relación por las normas generales y exigen una regulación particular.

La aplicación de los criterios aportados también nos conduce a interrogarnos acerca de lo siguiente: si bien es cierto que las actividades profesionales de médicos cirujanos, enfermeras, obstetricas, cirujanos dentistas, químicos farmacéuticos, psicólogos, tecnólogos médicos y biólogos son diferentes; ¿acaso estas diferencias son de tal relevancia que reclaman o justifican regulaciones específicas para cada colectivo? Evidentemente no y, definitivamente, el contenido de las disposiciones especiales que regulan la actividad de cada uno de estos profesionales de la salud confirma esta conclusión: cada una de estas disposiciones presenta la misma estructura y reitera similar contenido; la especificidad es imperceptible y cada una de estas normas se limita a resaltar la importancia que para la sociedad y el Estado tiene la profesión.

Otro factor que me interesa destacar, asociado al primero, es la ausencia de canales de regulación de las diferencias, relevantes o irrelevantes, alternos a la legislación y basados en la autonomía contractual. La imposibilidad de garantizar regulaciones auténticamente libres en la negociación individual, coloca a la negociación colectiva como el canal apropiado para la regulación de las diferencias. De hecho, reiteradamente se ha señalado que la regulación convencional, a diferencia de la legislación, es un mecanismo de adaptación apropiado y es seguro que el déficit que en esta materia mantenemos contribuya a la diversificación legislativa. Y con esto no solo aludo a la escasa cobertura de la negociación colectiva (que al 2009 llega apenas al 4,5% de la población asalariada formal); sino que también me refiero a la inestabilidad que los actores atribuyen a la regulación convencional y que les hace dirigirse preferentemente al legislador, así como a la pobreza temática de nuestra regulación convencional, limitada por lo general a los temas salariales. En esta línea, es interesante constatar que detrás de un importante número de las disposiciones particulares antes mencionadas, encontremos la iniciativa formal o el seguimiento constante de las organizaciones de trabajadores.

(13) Puede verse: ARCE ORTÍZ, Elmer. *Régimen Laboral de los Artistas en el Perú*; Lima: Palestra, 2008, p. 15; también Roqueta Buj, Remedios. *El trabajo de los Artistas*; Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 15.

II. DIVERSIFICACIÓN Y RÉGIMENES ESPECIALES

La reseña de la prolijidad legislativa que en el apartado anterior he intentado ha tenido como único objeto describir la diversificación y aportar posibles criterios de comprensión y justificación, esto último con la expectativa de que discutir y fijar un criterio justificante de las diferencias, vinculado estrechamente al principio de igualdad, puede servir como límite a un legislador -que parece no sentirse restringido por este valor y principio constitucional y pueda permitir que la magistratura no asuma que las diferencias legislativas son válidas únicamente por residir en la ley. Aquí, en este apartado, trataré de distinguir la diversificación legislativa de los regímenes especiales, labor que puede complicarse por la ausencia de un referente normativo que identifique a estos últimos y por la tentación, a la que cedemos con frecuencia, de asumir que toda diferenciación legislativa da lugar a un régimen especial.

1. La definición de un régimen especial.

Un régimen especial no se fundamenta únicamente en la diversificación. La doctrina española, sobre la base de un referente normativo incluido en el Estatuto de los Trabajadores, ha distinguido entre los “regímenes especiales” y los “contratos especiales”; vale decir, ha reparado en lo distinto que es someter el trabajo de una persona a la regulación diferenciada de una o algunas instituciones laborales, y someterla a todo un estatuto diverso, esto es, a un conjunto de reglas diferentes en el que, si bien son reconocibles los elementos que adscriben la relación al derecho laboral, predominan elementos diferenciales que tornan en disfuncional la regulación típica.

Para Ojeda los regímenes especiales recaen sobre actividades “globalmente anómalas” respecto del trabajo típico, es decir, actividades no típicas pero plenamente laborales y que en virtud de su atipicidad global han sido, incluso, objeto de exclusión⁽¹⁴⁾. La noción de “atipicidad global” utilizada por Ojeda diferenciaría a los regímenes laborales especiales de los contratos especiales en los que la atipicidad, aunque relevante es marginal, y no determina la disfuncionalidad de la protección estándar prevista para el trabajo típico. De hecho, esta atipicidad global también justifica la diferencia de trato que suele dar lugar a una regulación a la baja y que impide el otorgamiento pleno del estatus laboral. No se trata, por lo tanto, de relaciones que se “deslaborizan” progresivamente para ser expulsadas finalmente del ámbito de aplicación del derecho del trabajo, sino de relaciones que se integran al centro de protección. La técnica de la regulación especial se convertiría de esta forma en un factor de inserción dentro de una clase protegida en la que todos comparten –aunque con distinta intensidad-, las notas caracterizadoras del contrato de trabajo. De allí, la diferencia con lo que Neves denomina “equiparación”,

(14) Ojeda Avilés, Antonio. *Las relaciones laborales especiales*. Laborem N° 8, SPDTSS, Lima, 2008, p. 32

herramienta mediante la cual se extiende la protección laboral a relaciones que carecen de alguno de los elementos esenciales del contrato de trabajo⁽¹⁵⁾.

En el similar sentido, Huertas y López señalan que “una cosa son los contratos comunes con peculiaridades (modalidades especiales de contratos) y otra los contratos sometidos en su núcleo fundamental a normativas especiales (relaciones laborales especiales)”⁽¹⁶⁾. Agregan las autoras que las primeras son relaciones jurídicas cuya especialidad va referida a aspectos puntuales de la estructura de cualquier contrato de trabajo ya sea un contrato común o especial.

Como podrá anticiparse, el problema que ahora surgirá consiste en determinar cuándo la atipicidad puede ser considerada como “global”, en términos de Ojeda; o, en perspectiva de Huertas y López, cuándo se puede afirmar que las diferencias afectan el “núcleo fundamental del contrato”. Definitivamente la extensión o intensidad de la regulación diferenciada resulta un primer indicador de importancia, más es natural interrogarse por si es posible fijar un criterio cualitativo que se agregue a este indicador y le aporte mayor precisión. Para Ojeda, por ejemplo, la atipicidad global derivaría del hecho que las relaciones laborales especiales se producen en un ámbito en el que la dirección y organización del trabajo presentan una estructura distinta a la habitual, cuestión que ocurriría con los altos cargos (que presentan un grado determinante de autonomía locativa); los representantes de comercio (que actúan fuera de la empresa); el trabajo en el hogar familiar; los talleres penitenciarios, centros especiales de empleo, deportistas y artistas y abogados en bufetes de titularidad ajena⁽¹⁷⁾. Huertas y López, en cambio, recurren a la definición de Fernández-López, para quien “Estos factores diferenciales, para que tengan una trascendencia capaz de desdoblar nuevas especies, no pueden centrarse en otros lugares que en los elementos sustanciales sin los cuales ni siquiera existe contrato: el consentimiento, el objeto (...) y la causa, que lo delimitan como tal frente a otros tipos contractuales”⁽¹⁸⁾.

Aún cuando la utilidad de estos criterios para el análisis de nuestra diversificación normativa resulta innegable, creo que estos se vinculan estrechamente al dato legislativo que aporta el Estatuto de los Trabajadores español, que, como hemos señalado, no tiene correlato en nuestro medio. Más aun, incluso contando con referentes normativos, la aplicación de criterios objetivos nunca es absoluta. Huertas señala que, aún cuando es posible inferir un criterio, la definición de los regímenes especiales se somete en muchos casos a las “valoraciones de política legislativa”, que, entiendo, dificultarían la aplicación de un criterio abstracto. En línea

(15) Neves Mujica. Javier. *Introducción al Derecho Laboral*; PUCP, Lima, 2009, p. 24.

(16) HUERTAS BARTOLOMÉ, Tebelia y LÓPEZ LÓPEZ, Julia. “La ampliación de las fronteras del Derecho del Trabajo español tras la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. En: *Cuadernos de Relaciones Laborales*. N° 1, Editorial Complutense, Madrid, 1992, pp. 81 y 82

(17) OJEDA AVILÉS, Antonio. Ob. cit., p. 35 y ss.

(18) HUERTAS BARTOLOMÉ, Tebelia y LÓPEZ LÓPEZ, Julia. Ob. cit., p. 82

similar, López Gandía alude a criterios de “política legislativa y oportunidad” en la aparición histórica de los regímenes especiales⁽¹⁹⁾.

No pretendo con esto relativizar completamente la cuestión; solo quiero advertir que, en nuestro caso, la ausencia de un referente normativo, hace posible únicamente un enjuiciamiento de la diferenciación legislativa bajo la óptica del principio de igualdad y, luego, una apreciación de si la diferencia de trato –siendo legítima constitucionalmente– requiere de una adaptación completa del estándar típico de protección para hacer posible el objeto de contrato, en cuyo caso nos encontraríamos frente a un régimen laboral especial. Esta necesidad de adaptación completa definirá, a su vez, las relaciones que se establezcan entre el régimen general y los regímenes especiales. Como señala Arce, en una relación laboral especial la normativa general solo será aplicable si resulta compatible con las normas especiales y los principios que subyacen a esta; en tanto que en el caso de los contratos especiales la norma general será aplicable siempre en defecto de norma especial expresa⁽²⁰⁾.

Lógicamente, estos criterios no nos libran ni de las zonas grises ni del influjo de las valoraciones de política legislativa. De un lado, si bien el encuadramiento de la diversificación resultará sencillo en algunos casos, en otros supuestos algunas regulaciones diferenciadas se ubicarán en una esfera de difícil clasificación. Por ejemplo, así como las disposiciones que regulan el trabajo bajo régimen de carrera, el trabajo en la pesca o las normas referidas al trabajo de los artistas se asimilan al concepto de régimen especial y las normas sobre el trabajo a domicilio, de extranjeros, adolescentes o de exportación no tradicional a los denominados contratos especiales; otras relaciones como las de los trabajadores del sector construcción civil o de los trabajadores portuarios podrían plantear dudas fundadas. En el caso del sector construcción civil, por ejemplo, ¿son la ubicación relativa y la pluralidad de empleadores factores suficientes para fundar un régimen especial? La dispersión de la normativa que conforma algunos de los regímenes especiales podría agravar el problema.

Por otro lado, los criterios y las valoraciones de política son en nuestro medio un factor relevante en la definición de regulaciones particulares que, en ocasiones, obvia o sustituye a las diferencias fácticas objetivas. Es el caso de los regímenes promocionales en el que las diferencias de trato pueden abarcar el íntegro de la regulación laboral sin desconocer el carácter subordinado de la relación y su pertenencia al derecho del trabajo. Tal como se verá seguidamente, el caso de las normas promocionales de la Mype resulta peculiar pues el supuesto objetivo promocional que lo sustenta, basado en una razón de mercado, define la aplicación de un estatuto particular con el que la regulación general no se vincula en ningún extremo. En

(19) LÓPEZ GANDÍA, Juan. *Nuevas y viejas relaciones laborales especiales y la introducción reciente de especialidades en la Relación Común*. Puede verse en: <<http://jpdsocial.org/Articles/2.1LopezGandiaPonencia.pdf>>.

(20) Arce Ortiz, Elmer. *El futbolista profesional y sus derechos laborales*. Lima, ARA editores, 2005, p. 22.

esencia, en este caso –al que puede sumarse el denominado “régimen agrario”– la diferenciación legislativa a la baja es utilizada como política de empleo, lo cual resulta cuestionable tanto bajo la perspectiva del principio de igualdad como del objetivo de generar empleo de calidad. Afortunadamente, en estos casos la voluntad política también puede ser sometida al control constitucional pues ninguna diferenciación es válida solo por residir en la ley.

2. El régimen general y los regímenes especiales.

La noción de regímenes especiales supone en la existencia de uno o varios regímenes generales que ahora nos corresponde identificar.

Una primera posibilidad es sostener que la tutela constitucional del trabajo subordinado tiene en la legislación infraconstitucional un cuerpo normativo de referencia, que deviene en “general” por ser aplicable al trabajo subordinado sin adjetivo alguno. Respecto de esta posible norma de referencia se configuraría la atipicidad de los regímenes especiales. Otra posibilidad es afirmar que la Constitución consagra dos modelos generales de regulación para los ámbitos privado o público, definidos en función de la naturaleza del empleador y respecto de los cuáles otras regulaciones definirían su atipicidad.

Aún cuando ambas posturas tienen interesante sustento, bajo mi óptica la segunda posición es difícil de sostener tanto por razones formales como materiales. En primer término, la Constitución no define expresamente dos estatutos generales diferenciados sino que, más bien, se limita a garantizar un único régimen de protección del trabajo subordinado, estableciendo en el caso de los trabajadores del Estado solo una reserva de ley para la regulación de los aspectos medulares de la relación de empleo público, vinculados a ciertos intereses públicos que se proyectan sobre la prestación de servicios (artículo 40). Es decir, hablamos de peculiaridades referidas a un estándar de protección que solo puede ser el trabajo subordinado típico, nacido en la empresa privada. Bajo un punto de vista material y como ya lo hemos indicado, la protección constitucional del trabajo se asienta en un modelo de histórico de trabajo y de trabajador cuyas características son la prestación de labores para un único empleador, el tiempo indefinido del contrato y la jornada completa, entre otros. Entre nosotros, y aún mediando la dispersión normativa a la que referimos en la primer parte de este texto, este modelo de protección estándar se identifica con las normas de régimen laboral de la actividad privada, a partir de las cuales puede definirse la relación de empleo público como una regulación especial.

Esto, sin embargo, no significa que de la relación de empleo público no puedan surgir, a su vez, otros regímenes, con los que, compartiendo un nuevo y más acotado rasgo de identidad común (el trabajo subordinado para el Estado), se definen diferencias relevantes. Ello ocurriría con el personal, militar, policial, diplomático, docente o de los servicios de salud, en cuyos casos el trabajo subordinado en el Estado y su atributo protagónico, la carrera profesional, demanda de adaptaciones relevantes.

III. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA DIVERSIFICACIÓN LEGISLATIVA CON OBJETIVOS PROMOCIONALES: EL CASO DE LA MYPE

La justificación de algunas diferencias de trato legislativo así como el contenido concreto de sus disposiciones resulta un tema de interés central. Como lo hemos venido señalando, la diversificación, para ser legítima tiene que fundarse en razones relevantes y no puede implicar la derogación de derechos constitucionales. Dado que una revisión minuciosa de cada régimen promocional desborda el objeto de este trabajo, me limitaré al somero análisis del régimen MYPE fundado en supuesto objetivos de promoción del Empleo, enfatizando sobre la base del “test de igualdad” aplicado por el TC, la justificación alegada así como su aptitud para cumplir los objetivos trazados. Sin duda, a este análisis sumaremos algunos párrafos sobre el contenido del régimen dado que la posibilidad de que las normas especiales infrinjan derechos fundamentales no resulta ya una novedad ente nosotros.

Como es conocido por todos, el Decreto Legislativo N° 1086, expedido en junio de 2008, estableció nuevas normas para la Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo. Con la sola excepción de un potencial cofinanciamiento de la seguridad social en salud y pensiones para el conductor y los trabajadores de la Mype, el aspecto más saltante y relevado de la norma es la extensión del Régimen Laboral Especial (RLE) del ámbito de la microempresa (de 2 a 9 trabajadores) a las “pequeñas” empresas de hasta 100 trabajadores y con un volumen de ventas anuales de hasta 1700 UITs.

Ahora bien, como ya lo hemos anticipado, la Ley Mype no desprende el carácter especial del RLE en diferencias objetivas entre los trabajadores o las actividades que desarrollan, sino más bien de objetivos promocionales de formalización y desarrollo para determinadas unidades empresariales. El artículo 43 de la Ley establece que RLE está dirigido a “fomentar la formalización y desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa, y mejorar las condiciones de disfrute efectivo de los derechos de naturaleza laboral de los trabajadores de las mismas”.

La posibilidad de establecer diferencias de trato legislativo justificadas en objetivos promocionales de formalización y desarrollo ha sido admitida por el Tribunal Constitucional (TC), que en la primera parte de los fundamentos de la sentencia que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley del Régimen Laboral Especial Agrario, señaló que la realización progresiva del derecho al trabajo (en su faceta programática) y la obligación de aplicar políticas de fomento del empleo productivo, en concordancia con el modelo de Estado social y con una economía social de mercado (todos objetivos de fuente constitucional), justifican medidas legislativas que pueden implicar diferencias de trato cuyo objeto sea superar la compleja problemática del trabajo no declarado⁽²¹⁾. Ciertamente, parece enteramente

(21) A conclusión similar pero en otro ámbito del derecho llega el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 6626-2006-PA/TC en el que señala que el hecho que el incumplimiento tributario sea acentuado en los

legítimo y acorde con el objetivo de lograr la igualdad sustancial, implementar políticas activas que procuren progresivamente el goce condiciones de empleo dignas. Es más, también es de aceptación unánime que el impulso y desarrollo de las Mype requiere de medidas que promuevan su formalización legal y el impulso de su competitividad; aunque, cuestión distinta y, bajo mi óptica, carente de fundamento, es señalar, como lo hace el TC en la mencionada sentencia, que el combate contra el trabajo no declarado justifica la aplicación de medidas legislativas de contenido laboral, o que las cuestiones de promoción del empleo puedan recurrir a la rebaja de la protección laboral o del costo del trabajo.

En efecto, no existe evidencia empírica que permita sostener que una política con componentes legislativos basada en la rebaja de los derechos y costos laborales haya logrado resultados importantes en el objetivo de la formalización del empleo. Es más, a diferencia de la opción acogida por nuestro legislador, los países de la región recurren en su integridad a políticas sin componentes vinculados con la protección laboral. De hecho, en nuestro medio, la Ley N° 28015 fue un ejemplo claro de la inidoneidad de las medidas que implican la rebaja de la protección laboral: a octubre de 2007, con a cuatro años de su vigencia, el número de empresas registradas ascendió a 30 mil, lo que representó solo al 4% de las Mypes con asalariados. Y, los resultados no han cambiado en los que va de vigencia del nuevo régimen pues, según la Encuesta de Hogares aún después de expedido el Decreto Legislativo N° 1068, el número de trabajadores “sin contrato” en las empresas de entre 1 a 20 trabajadores se sigue incrementando, en tanto que el número de trabajadores inscritos en el registro de la microempresa que habilita el régimen, desde octubre del año 2008 no llega a los 100 mil, esto es, poco más de 2% de los trabajadores sin contrato. Se trata, en suma, de una medida carente de idoneidad para lograr el objetivo buscado.

Por otro lado, como lo hemos indicado antes, las políticas de empleo para la Mype implementadas en otros países dan cuenta de otros mecanismos eficaces de fomento de la formalidad. La diferencia entre estos mecanismos y el establecimiento de diferencias de trato legislativas que imponen la rebaja de los estándares de protección laboral es evidente. Los primeros implican un contingente importante de inversión pública, un reajuste en la recaudación, la reorganización de los sistemas de registro administrativo, etc. En cambio, la rebaja de los estándares de protección laboral, además de implicar en sí misma una afectación a la igualdad de trato, conlleva también la afectación de otros derechos constitucionales para los trabajadores de la micro y pequeña empresa (por ejemplo, las vacaciones)⁽²²⁾. De esta

importadores de bienes usados justifica que la ley tributaria establezca un porcentaje de percepción más elevado que el porcentaje de los importadores de autos nuevos. La diferencia de trato se convierte en una lucha contra la evasión fiscal.

(22) Al momento de analizar las materias en las que el régimen laboral especial para el sector agrario establece diferencia de trato, el TC señala que si bien se trata de derechos que se han desarrollado a nivel infraconstitucional debido a que los artículos constitucionales que regulan estas materias delegan en el legislador el

forma, aún cuando se acepte que una diferencia de trato legislativo que reduce el estándar de protección laboral sea una medida idónea, el carácter más gravoso de esta opción, de cara a la afectación que produce en diversos derechos fundamentales, salta a la vista. Cabe destacar que al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley que establece el Régimen Laboral Especial del Sector Agrario, el TC señaló que si bien los demandantes habían argumentado el carácter menos gravoso de las medidas tributarias, estas también estaban contempladas en la ley; lo que deja entrever que para el TC se trataría de medidas complementarias dirigidas al cumplimiento del mismo objetivo y no de medidas alternativas, comparables y elegibles en función de su mayor o menor aptitud para cumplir los objetivos de formalización con el menor impacto en los derechos fundamentales. Más allá de esto, en dicha sentencia, el TC señala, sin ofrecer mayor sustento para sus afirmaciones, que la rebaja del estándar laboral de protección que produce el régimen laboral especial para el Sector Agrario satisface el criterio de necesidad⁽²³⁾.

Adicionalmente a lo señalado, parece claro que en el caso del RLE de la Mype un importante número de empresas no requerirían de medidas específicas promocionales que impliquen un trato normativo diferenciado. En efecto, los niveles de trabajo no registrado –trabajadores sin contrato alguno– son extremadamente alarmantes solo en empresas con menos de 10 trabajadores, pero las empresas con más de 10 trabajadores presentan niveles similares y menores de trabajo no registrado⁽²⁴⁾. Ello indica que si bien parecería necesario adoptar medidas especiales para fomentar el registro en planillas en las empresas en las que el problema es grave (empresas de 1 a 9 trabajadores), estas medidas no resultarían necesarias en empresas de 10 a 99 trabajadores, cuyos problemas de trabajo registrado son cuantitativamente menores a las de la Mype y similares a los de la mediana y gran empresa (para la que no existe un régimen promocional)⁽²⁵⁾. Cosa muy similar ocurriría con la protección social. El nivel de afiliación en las empresas de 1 a 9 trabajadores es de 9,8% a un seguro de salud y 12,0 % a un régimen de pensiones, en tanto que en las empresas de 10 a 49 trabajadores superan el 32% y, en las empresas

desarrollo de los mandatos constitucionales, resulta innegable que la Constitución ha establecido el marco director que debe orientar esa regulación de rango legal. Expediente N°00027-2006-PI, fundamento 12.

(23) Puede verse el fundamento 79 de la sentencia

(24) Según cifras preliminares del MTPE para el año 2006, datos en función de los cuales se proyectó la reforma, en las empresas de 1 a 5 trabajadores los “sin contrato” representan el 94,7% en las empresas 5 a 9 trabajadores el 87,8% y en las empresas de 10 a 19 trabajadores el 75,7%. En cambio, en empresas de 20 a 49 trabajadores solo representan el 46,5% y en empresas con más 50 trabajadores el 21,9%. Solo el número de trabajadores “sin contrato” en las empresas de 1 a 9 trabajadores llega a casi 2 millones, en tanto que en las empresas de 10 a más trabajadores (incluida la mediana y gran empresa) supera los 900 mil. Obsérvese además que el número de trabajadores “sin contrato” en las empresas de 50 a más trabajadores es incluso mayor que el número de trabajadores en la misma situación en las empresas de 20 a 49 trabajadores, aunque menor que el número de trabajadores “sin contrato” en empresas de 10 a 19 trabajadores (Cifras preliminares PEEL- MTPE- 2006). A la fecha la situación ha cambiado casi en nada.

(25) Señala el TC que el trabajo no declarado es un grave problema “que con la instauración de algunos de estos regímenes especiales, especialmente se ha pretendido superar” (fundamento 57 de la STC recaída en el Expediente 007-2006PI/TC).

de 50 a más trabajadores, supera el 68%. La información oficial disponible indicaría que la extensión del RLE resultaría excesiva en comparación con el problema que se pretende afrontar. Del mismo modo, los niveles salariales promedio en las unidades empresariales de 10 o más trabajadores superan el monto de la RMV. Según datos del propio MTPE, para el año 2006 la remuneración promedio de los asalariados en las empresas de 10 a 50 trabajadores era de S/. 756 y el porcentaje de trabajadores asalariados con ingresos menores a la RMV ascendía al 40.5%. Resulta evidente que los promedios remunerativos de los trabajadores asalariados en las empresas con más de 50 de trabajadores son mayores. Las diferencias con los ingresos de los trabajadores de las empresas que cuentan con 1 a 9 trabajadores son elocuentes pues aquí el promedio salarial es de S/. 459 y el porcentaje de trabajadores asalariados con ingresos menores a la RMV es de 64,9%. En suma, aún cuando el RLE de la Mype fuese una medida idónea y necesaria, dista de ser una medida proporcional. Como se ha visto sus alcances exceden el ámbito de los problemas que pretende afrontar.

Para concluir, una justificación insuficiente que desnuda una diferencia de trato ilegítima, similar a la aplicada en el caso del régimen agrario en el que el análisis de TC obvió asuntos de tanta importancia para la evaluación constitucional de la diferenciación como el hecho que al aplicación del régimen especial beneficia las grandes empresas agroexportadoras y no a los pequeños productores agrícolas. Dicho en otros términos: la diferenciación que consolida o agrava desequilibrios; aquella proscrita por el principio de igualdad.