

DERECHO DEL TRABAJO Y SECTOR INFORMAL

Víctor FERRO DELGADO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Delimitación del sector informal. 3. Aspectos estructurales que inciden en la informalidad. 4. El régimen laboral de la microempresa. 5. Aproximación crítica al régimen de la microempresa. 6. El rol de la negociación colectiva en la fijación de derechos laborales económicos. 7. El tratamiento en el ordenamiento vigente.

1. INTRODUCCIÓN

Son múltiples los factores que inciden en la informalidad y diversas las políticas a ser evaluadas para reducirla. La aproximación a este fenómeno puede centrarse en sus aspectos económicos, destacando el impacto que la producción de bienes y servicios producidos de manera sumergida representa en la generación del producto bruto interno (PBI), el número de trabajadores que ocupan, los sectores en los que se desenvuelven, las razones de su escasa productividad o su vinculación con la segmentación del mercado de trabajo. Desde perspectivas sociológicas, la informalidad puede ser abordada como una respuesta de amplios sectores de la sociedad ante la exclusión y la falta de empleo de calidad, o como el resultado de la percepción que los sectores marginales tienen del Estado al cual no le

reconocen legitimidad para exigir el pago de tributos de cuyos beneficios no participan. Una mirada desde el Derecho puede intentar relacionar informalidad y ordenamiento legal.

Vincular la informalidad con el Derecho del trabajo implica abordar esta problemática desde la actividad laboral de los individuos. Así, a efectos de esta investigación, conceptuamos al trabajo informal como aquel de naturaleza personal, efectuado por cuenta ajena, con fin lícito, pero desarrollado al margen del ordenamiento legal vigente y ciertamente obviando su registro ante las autoridades competentes. Sin embargo, este abordaje no pretende poner los acentos en el legalismo como un fin en sí mismo, sino más bien en el hecho que en la informalidad actúan individuos para los cuales el Derecho del trabajo construyó un andamiaje protector que no resulta gratuito u ocasional sino que busca asegurar que el trabajo por cuenta ajena resulte compatible con la cautela de los derechos que corresponden al trabajador, o dicho en otros términos, que el trabajo no sea una mercancía sino un factor de realización del individuo mediante condiciones justas y dignas.

La informalidad suele ser vinculada con el subdesarrollo del país y con la economía de subsistencia de quienes improvisan un trabajo como medio que les permita ganarse la vida en condiciones de marcada precariedad. Aquí se ubican vastos sectores de la población que actúan en forma independiente ocupados en la comercialización de productos en la vía pública, en la prestación de servicios menores de índole manual o en el desempeño de oficios que exigen un cierto nivel de habilidad. La organización de estas ocupaciones usualmente no desarrolla relaciones de dependencia, limitándose básicamente al núcleo individual o familiar.

Un segundo nivel de informalidad corresponde al que desarrolla relaciones de trabajo por cuenta ajena, esto es, pequeñas unidades económicas conducidas por su propietario en su propio domicilio o en lugar de trabajo básico o elemental, que producen bienes y servicios conforme a un cierto nivel de organización y que emplea a un pequeño número de trabajadores. Ése es el ámbito de la micro y la pequeña empresa, el cual constituye la fuente de trabajo de la mayor parte de la población económicamente activa ocupada de nuestro país.

La informalidad de la micro y la pequeña empresa puede explicarse basándose en las falencias estructurales de nuestro ordenamiento social y económico. Una economía de baja productividad, o la frecuente alternancia entre ciclos de expansión y contracción económica, no genera la

demanda de puestos de trabajo que la oferta requiere. A ello se agrega una educación deficitaria en calidad y cantidad que contribuye no solo al abandono prematuro de la escuela sino que genera futuros demandantes de trabajo de escasa empleabilidad, quienes responden a la falta de oportunidades generando sus propios centros de trabajo. En estos, en una esforzada lucha por la supervivencia, se mezclan el tesón y el ingenio con la deficiente capacitación y la baja productividad. Así, estas precarias unidades económicas difícilmente lograrían subsistir si deben asumir los costos de la formalidad, en los que exigencias fiscales, administrativas y municipales, aunadas a los costos laborales, se erigen como vallas infranqueables. Si a ello se agregan las dificultades de financiamiento, la falta de infraestructura que encarece el traslado de productos hacia los mercados y la falta de apoyo técnico, entre otros factores, no es extraño que a estas unidades adecuarse a la formalidad les resulte utópico.

En ese estado de cosas, la legislación laboral tampoco ha contribuido mucho a facilitar el tránsito a la formalidad. Así, la naturaleza y el costo que representan los beneficios laborales no solo no han contribuido a aminorar el cada vez más amplio problema de la informalidad, sino que por el contrario han contribuido a acentuarlo. Un sueldo mínimo que no reconoce diferencias entre realidades empresariales muy diversas junto con costosos derechos laborales de naturaleza nítidamente económica, han significado un claro desaliento en la formalización en la micro y pequeña empresa, sin que ello signifique, por cierto, que pueda válidamente atribuirse a las normas laborales las principales culpas en la informalidad. Creemos, pues, que son los factores indicados inicialmente los que conllevan una incidencia significativamente mayor, pero no por ello podemos soslayar el rol que cumple la legislación laboral en esta materia.

Continuando con la línea de anteriores trabajos⁽¹⁾, corresponde, pues, al objeto de este efectuar una reflexión sobre la vinculación entre derechos laborales económicos e informalidad, y al mismo tiempo intentar esbozar algún esquema que nos permita reevaluar el derrotero que hemos seguido hasta el presente para enfrentar esta problemática, destacando que

(1) FERRO DELGADO, Víctor, "Tutela o flexibilización: en busca de una adaptación concertada", en VV.AA., *Encuentro Iberoamericano de Derecho del trabajo*, Puebla, 2002, pp. 119-145; FERRO DELGADO, Víctor, "Los aspectos laborales de los tratados de libre comercio con los Estados Unidos", en VV.AA., *Homenaje a Jorge Avendaño*, PUCP, Lima, 2004, T. II, pp. 1141-1166.

no puede soslayarse que en la prestación de servicios del trabajador informal se constata el común denominador de negación de los principios y valores que la Organización Internacional de Trabajo (OIT) ha pasado a denominar trabajo decente. De ahí las implicancias éticas de esta problemática y la necesidad de enfrentarla transversalmente mediante políticas que plasmen el objetivo nacional de reducirla significativamente mediante compromisos colectivos, integrales y de largo aliento.

2. DELIMITACIÓN DEL SECTOR INFORMAL

Para apreciar la magnitud del fenómeno en el Perú, basándose en la estadística oficial, debe tenerse presente que su población total asciende a 27,546,574, mientras que la Población en Edad de Trabajar (PET) –14 años o más– suma 19,420,435, de la cual corresponde a la Población Económicamente Activa (PEA) 13,807,858 e inactivos 5,612,477. La PEA a su vez se subdivide en 13,655.972 ocupados y 151,886 desempleados⁽²⁾.

Así, corresponde a un lugar común señalar que la legislación laboral solo se aplica a una ínfima proporción de la PEA. Sin embargo, alguna precisión requiere esta afirmación. En primer lugar, debe tenerse presente que en la PEA ocupada coexisten amplios sectores que válidamente actúan al margen de una relación de dependencia, como corresponde a quienes se desempeñan como trabajadores independientes, o que realizan trabajo familiar no remunerado, trabajo del hogar o actúan como empleadores. Estas categorías no podrían contabilizarse como informales toda vez que al no prestar servicios por cuenta ajena es válido que no se les aplique la legislación laboral.

En consecuencia, podríamos limitar el concepto de trabajador informal a aquellos que prestan servicios personales lícitos en el marco de una relación de dependencia desenvolviéndose al margen de las normas propias del derecho del trabajo y de la seguridad social y con omisión de su registro ante las autoridades competentes. Acogemos para este efecto la noción más difundida en el sentido que este último factor, el registro ante la seguridad social, es el que distingue más claramente a la informalidad

(2) PROGRAMA DE ESTADÍSTICAS Y ESTUDIOS LABORALES DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, *Mercado de Trabajo - Perú Distribución de la población según condición de actividad. Encuesta Nacional de Hogares, IV Trimestre 2004*, MTPE, Lima, 2004.

laboral de una situación de mera infracción al ordenamiento propio del derecho del trabajo o previsional. En efecto, una relación de trabajo que se desarrolla en el ámbito de la formalidad puede incurrir en incumplimientos de mayor o menor grado a la regulación laboral o de seguridad social vigente, sin que por ello se le pueda tachar de informal. Ciertamente, habrá relaciones de dependencia en las que la formalidad es casi una mera apariencia. El trabajador puede figurar registrado en las planillas de remuneraciones de la empresa y cumplirse con las cotizaciones a la seguridad social, pero sobre la base de una menor remuneración a la que realmente percibe. A pesar de esta ambivalencia, su situación difiere de la de aquel que opera en la informalidad plena, en la que lo que prima es el ocultamiento de la relación laboral evitando evidenciarla ante las autoridades competentes mediante el registro correspondiente.

Tampoco debe perderse de vista el caso de los que podríamos denominar trabajadores golondrinos entre la formalidad e informalidad, como sucede con ciertos trabajadores de construcción civil, o quienes laboran en el sector pesquero, o en labores portuarias de estiba y desestiba, entre otros muchos supuestos. Estos trabajadores se rigen ocasionalmente por la legislación laboral y de seguridad social dependiendo del empleador que los contrate o de la situación de crisis o expansión en que se encuentre el sector económico en que se desenvuelven.

Sin perjuicio de estas atingencias, la estadística consigna que la PEA ocupada informal en la micro y la pequeña empresa (mype) suma 6.2 millones de personas, mientras que la PEA ocupada formal en la mype no es más que 1 millón de individuos. Lo relevante de estas cifras se ve corroborado si se tiene en cuenta que a noviembre de 2004 se estimó el número de empresas a nivel nacional en 659,046 de las cuales el 94.1% se ubicaba en la microempresa; 3.94% en la pequeña empresa; y 1.65% en la mediana y gran empresa. Ahora bien, no obstante su importancia cuantitativa, la mype solo contribuye al PBI con el 42.1%, lo que no refleja el hecho que ocupa prácticamente a la totalidad de empresas del país y a la inmensa mayoría de trabajadores⁽³⁾.

Sin embargo, estas cifras no resultan extrañas en el tercer mundo. Como destaca Hernando de Soto “fuera de occidente lo marginal es la legalidad, mientras que la extra legalidad se ha vuelto la norma”.

(3) MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, *La situación de la micro y la pequeña empresa en el Perú*, Prompyme - MTPE, Lima, 2005, pp. 3, 5 y 10.

3. ASPECTOS ESTRUCTURALES QUE INCIDEN EN LA INFORMALIDAD

No corresponde al propósito de este trabajo efectuar un diagnóstico económico o sociológico de la informalidad, pero sí dejar anotadas algunas ideas que contribuyan a la reflexión sobre lo que estimamos constituyen algunos factores que favorecen la informalidad en nuestro medio.

Si como surge de la estadística acotada la actividad económica y el empleo se concentran en la microempresa, cabe preguntarse las razones que determinan que quienes conducen estos centros de trabajo opten por operar en la informalidad. Una primera constatación está referida a su escasa productividad. Se trata de pequeñas unidades cuya actividad resulta escasamente rentable, en muchos casos a nivel de mera subsistencia, que no permite márgenes destinados a la capitalización, la tecnificación o la capacitación del personal. Eso explica que ocho de cada diez mype salgan del mercado en sus primeros cinco años de actividad⁽⁴⁾. En ese contexto, asumir los costos de la formalidad, en particular, los de naturaleza tributaria, administrativa y laboral, parece un planteamiento alejado de la realidad.

A ese factor se agrega otro que surge de una mera constatación empírica, fruto de conversaciones con propietarios de microempresas: no encuentran mayores ventajas en la formalidad, sino solo costos. Como señala Hernando de Soto, "se ha comprobado que la gente que enfrenta a la legalidad o se sirve de ella no entra en detalles ni consideraciones profundas, sino que evalúa a grosso modo, generalmente a través de los mecanismos de los precios, lo que puede costarle cumplir con las obligaciones legales, y lo que puede obtener de ellas a cambio de ese cumplimiento"⁽⁵⁾. A su vez, en la economía en la que se desarrollan no requieren ser formales porque sus proveedores y compradores actúan de la misma forma. Sus requerimientos de crédito no son muy frecuentes y en muchos casos logran en algo ser atendidos mediante canales de apoyo recíproco, tales como cooperativas integradas por otros propietarios de microempresas, pero incluso mediante programas de apoyo de diverso origen con participación estatal y cooperación internacional. Estos mecanismos de intercambio y

(4) *El Consultorio empresarial de la micro y la pequeña empresa*, Boletín quincenal de fecha 16 al 31 de mayo de 2007, Lima, p. 3.

(5) DE SOTO, Hernando, *El Otro Sendero*, Editorial Barranco, Lima, 1986, p. 173.

apoyo no necesariamente les exigen ser formales para acceder a sus beneficios. Sin embargo, algunas de estas microempresas ostentan algún nivel de formalidad, por lo menos parcialmente, pudiendo incluso generar comprobantes de pago si estos son exigidos por el comprador, lo que si bien generará un incremento del precio previamente pactado, evidencia que si el microempresario informal percibe un beneficio –en este caso materializar una venta– puede ser inducido a actuar dentro de la formalidad.

A ello debe sumarse una profunda desconfianza hacia la labor del Estado. Los tributos son vistos como una carga que no les representa contraprestación alguna. Servicios elementales como saneamiento, seguridad, salud, o educación son percibidos como obligaciones básicas que el Estado no atiende. Si a ello se agrega una percepción de corrupción generalizada, incluyendo al Estado, no resulta difícil entender que la renuencia al cumplimiento de obligaciones fiscales tiene también un componente que cuestiona la autoridad moral del Estado para cobrar tributos.

Esa falta de cumplimiento de obligaciones básicas que corresponden al Estado se traslada también hacia una sensación de falta de apoyo a sus actividades empresariales, en materias tales como capacitación, identificación de oportunidades de negocios o transmisión de conocimientos del mercado. Justo es reconocer, sin embargo, la titánica labor que en esta materia viene realizando el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo desde hace ya algunos años, mediante un conjunto de programas de apoyo a la microempresa⁽⁶⁾.

La labor de fiscalización del Estado en materia de formalización ha sido deficiente. Es claro que si a las consideraciones que se han detallado se agrega una suerte de impunidad ante el incumplimiento, tendremos un estímulo adicional para la informalidad.

Empero, en este campo, existe una dificultad adicional de orden legal que no debe soslayarse. La formalización podría acarrear al microempresario la posibilidad de tener que afrontar demandas por parte de sus trabajadores por todo el periodo en que no les reconoció sus derechos laborales.

(6) El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha implementado importantes esfuerzos destinados a promover el desarrollo de la MYPE, a través del programa Perú Emprendedor que cuenta con un conjunto de componentes: Bonopyme; Bonoemprende; Bonogremio; Supérate; Prestamype; Bonopropoli; y, Mujeres Emprendedoras. Al mismo tiempo, ha descentralizado el programa de manera que viene abarcando una importante cantidad de regiones del país.

Así, si desde la perspectiva de los microempresarios no se perciben mayores ventajas en la formalización, la situación debería ser diferente desde el punto de vista de quienes trabajan bajo relaciones de dependencia en la microempresa. Ciertamente, la formalidad les representaría acceso a un conjunto de beneficios laborales. Empero, en las oportunidades en que, por lo menos, son consultados respecto a su registro en la seguridad social, resultan sometidos por el empleador a una opción que no les deja mucha alternativa: si desean seguro social la remuneración será menor. Como quiera que esta de por sí ya es baja, el trabajador de la microempresa no tiene mucho que elegir. Podrá suplir sus necesidades de cobertura de salud con los servicios de postas médicas y hospitales pertenecientes a la salud pública, respecto de los cuales no percibe mayor diferencia de calidad con la seguridad social, habida cuenta de las graves deficiencias con que operan unos y otros. Así, en este caso, asegurando una mayor percepción presente y una alternativa semejante y gratuita en la salud pública, tampoco percibe mayor beneficio en estar afiliado a los servicios de salud de la seguridad social. En su análisis interno ha obtenido el resultado deseado, tiene un empleo, no bien remunerado, pero que le permite la subsistencia. Ciertamente, no figurar registrado ante la seguridad social y, por ende, no aparecer registrado en planillas, limita, y prácticamente, neutraliza su posibilidad de reclamar los demás derechos laborales, incluyendo su posibilidad de acceder en su oportunidad a una pensión de jubilación.

Sin embargo, no son particularmente numerosas las reclamaciones de los trabajadores informales, si se considera el porcentaje de la PEA Ocupada que representan. Cabe preguntarse qué condicionamientos determinan esta situación. Una primera aproximación al tema está referida al temor a perder el empleo si interponen una reclamación. Puestos en la disyuntiva de tener que elegir entre un empleo que le permite un ingreso o aventurarse a una reclamación para que se le reconozcan mayores beneficios, la opción les resulta obvia, así escuchen señalamientos que les indiquen que de ser despedidos por reclamar estarán protegidos por la ley que tipifica al despido como nulo y les corresponderá la reposición⁽⁷⁾.

(7) La ley sanciona como nulo el despido cuyo motivo sea haber presentado una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes. A su vez, el artículo 40° de dicha norma establece que si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, ordenándose el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el despido, con deducción de los periodos de inactividad procesal no imputables a las partes (artículos 29°, inciso; 34° y 40° del Texto Único

Si esta hipótesis es correcta cabe entonces preguntarse por qué no demandan el reintegro de los derechos no reconocidos una vez que cambian de empleo. Al margen de la desconfianza que les genera el Poder Judicial y lo costoso del proceso, es probable que lo que determine su inacción sea la ausencia de medios probatorios de su relación laboral. Están privados de ellos, precisamente, porque su trabajo informal careció de registros resultando inviable que puedan acreditar su relación laboral.

Pero existirían también explicaciones de otra índole que pueden dar luces sobre el bajo volumen de demandas judiciales. En razón de lo reducido de la unidad económica, el trabajador informal suele tener algún tipo de vínculo personal con el dueño de la microempresa, sea de orden familiar o de mera cercanía, lo que le genera sentimientos de consideración. A su vez, es testigo de excepción de las penurias de su empleador, conoce de su rentabilidad de subsistencia y lo ha visto pasar por innumerables dificultades en su afán por mantener el centro de trabajo. De ahí que también se constate un cierto rasgo particular de solidaridad hacia la persona del empleador y la percepción de que si reclamase los derechos que prevé la legislación laboral, probablemente provocaría el colapso económico de quien le dio empleo.

De estas meras comprobaciones fácticas y de sentido común surge que la formalización no puede ser asumida como un esfuerzo particular de un ministerio o de un sector de la actividad económica. Exige un diagnóstico certero de sus causas y un conjunto de políticas que comprometa transversalmente el accionar del Estado, bajo la premisa que el microempresario informal debe percibir ventajas concretas de su formalización. Un esfuerzo a ser potenciado y llevado a dimensiones de mucha mayor magnitud está en la línea de los programas implementados por el Ministerio de Trabajo, priorizando el apoyo destinado a incrementar la productividad de la microempresa. Ello requiere de importantes contingentes de técnicos que orienten, asesoren o brinden capacitación a la mype, pero también de líneas de crédito ostensiblemente superiores con las que hoy se cuenta.

Exige también revisar la legislación tributaria, incluidas las cargas previsionales y municipales, reduciendo sus costos y simplificándolas al máximo.

Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR).

La simplificación de la gestión administrativa debe también ser encarrada. En materia laboral podría pensarse en bancarizar –operar exclusivamente a través del sistema financiero– el pago de las planillas de remuneraciones, de manera que al registrar su planilla ante el Ministerio de Trabajo, el empleador deba indicar también el banco a través del cual efectuará los pagos a su personal. Mensualmente el empleador indicaría al respectivo banco las remuneraciones que con cargo a sus fondos debe pagar directamente a sus trabajadores y este se encargaría del pago, luego de detraer el monto de las cargas sociales, las que entregaría directamente a las entidades correspondientes. Incluso podría evaluarse en conceder carácter cancelatorio solo a los pagos efectuados a través del sistema financiero. Ello podría contribuir a reducir los incumplimientos de pago de derechos laborales, la evasión de cargas sociales y facilitaría la prueba del pago.

Paralelamente, podrían acentuarse las exigencias de formalización condicionando el apoyo en capacitación, créditos o incentivos a que la microempresa que viene siendo beneficiada presente un plan realista de formalización en un determinado periodo de tiempo.

A ello habría que agregar una labor fiscalizadora de mayor intensidad por parte del Estado, vinculando, aún más, la formalidad tributaria con la laboral. Aquel microempresario que actúa con cierto nivel de formalidad tributaria, inscrito, por ejemplo, en el Régimen Único Simplificado (RUS) o en el Régimen Especial de Renta (RER) –cuyos ingresos netos pueden alcanzar hasta S/. 360,000 por ejercicio gravable–⁽⁸⁾ deben, gradual y progresivamente, ser objeto de inspecciones de fiscalización del cumplimiento de derechos laborales, de manera que el microempresario perciba que su formalidad tributaria debe ir aparejada de su formalidad laboral.

Empero, ello exige enfrentar con decisión el tema de los potenciales reclamos que en razón de sus incumplimientos laborales del pasado quedaría expuesto el microempresario que opte por formalizarse. Resultaría así necesaria una suerte de amnistía laboral a favor de la Mype que se formalice, aunada a plazos de prescripción muy cortos aplicables a quienes mantienen relación laboral vigente, lo que incluso podría requerir de blindaje constitucional. Vencido el periodo de la amnistía, la fiscalización debería acentuarse, incluso facilitando medios probatorios para que trabajadores informales puedan demandar judicialmente sus derechos laborales.

(8) Vide Decretos Legislativos N°s 967 y 968.

Ése sería un mecanismo adicional que podría contribuir a evidenciar las desventajas de permanecer en la informalidad.

Desde la perspectiva de la labor del Estado, es claro que se requiere que este debe ganar la confianza de los ciudadanos haciendo sentir su presencia mediante la prestación de servicios eficientes que hoy se perciben desatendidos o atendidos deficientemente. En particular, el Estado debe transmitir en su desempeño la idea que los actos de corrupción son rápida y drásticamente sancionados, de manera de procurar instaurar una cultura de transparencia que debilite la noción generalizada en amplios sectores de la población que tienen asumido que no se justifica pagar impuestos.

En el marco de ese esfuerzo integral y de largo aliento, y no como una medida aislada, creemos que se justifica reevaluar el alcance de algunos derechos laborales de naturaleza económica, en la medida que estimamos que constituyen una barrera para la formalización.

4. EL RÉGIMEN LABORAL DE LA MICROEMPRESA

Los beneficios laborales no pueden desligarse de la realidad económica en la cual deben ser aplicados. Así, costos laborales propios de países desarrollados que gozan de significativos niveles de productividad e inversión y, por ende, con capacidad para asumirlos no pueden ser transplantados a las economías de países subdesarrollados porque resultarían insostenibles y, en razón de su onerosidad, pasarían a constituir un impedimento para que unidades productivas de escasa dimensión puedan acceder a la informalidad.

Basándose en la idea de promover la formalización y el empleo sostenible, se estableció en el Perú un régimen laboral especial para la microempresa, esto es aquella que tiene hasta 10 trabajadores y sus ventas anuales no superan 150 unidades impositivas tributarias (en la actualidad S/. 517,500 ó US\$ 164,285 aproximadamente). El régimen fue inicialmente previsto para que rija por cinco años, y luego extendido a diez⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Ley N° 28015, modificada por Ley N° 28851 publicada el 27 de julio de 2006, que extendió el plazo a diez años computado a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 28015.

Conforme a este régimen, y de modo semejante al que ya viene operando para el sector agrario, se reconoce a los trabajadores de la microempresa un elenco limitado de derechos laborales, algunos de los cuales son iguales a los que se aplican en el régimen común y otros han sido objeto de reducción o eliminación. Entre los primeros se encuentra la remuneración mínima vital, la jornada de trabajo, el descanso semanal obligatorio y el seguro social de salud. Entre los derechos que se aplican de forma reducida tenemos el descanso vacacional que en lugar de 30 días ha sido disminuido a 15 días en el año y la indemnización por despido injustificado, que ha sido fijado en 15 remuneraciones diarias por año de servicios con un máximo de 180, en lugar de las 45 remuneraciones diarias y el tope de 360 que corresponde al régimen común. Entre los derechos eliminados se encuentra la compensación por tiempo de servicios y las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad. El régimen pensionario pasa a ser optativo por el trabajador.

5. APROXIMACIÓN CRÍTICA AL RÉGIMEN DE LA MICROEMPRESA

Pasados cuatro años de la implementación de este régimen su éxito en la formalización de la microempresa ha sido limitado. Si bien se señala que ello obedece en parte a la escasa difusión del régimen, no puede perderse de vista que para que la informalidad pueda empezar a revertirse se requiere bastante más que la mera reducción de derechos laborales, conforme señaláramos en el acápite 2 precedente.

Sin embargo, limitándonos exclusivamente al ámbito de los derechos laborales, resulta dudosa la constitucionalidad de regímenes laborales que establezcan una disparidad en el alcance de beneficios laborales. En efecto, un régimen dual como el que introduce esta norma crea un régimen de trabajadores de segunda categoría, en clara oposición a los lineamientos de la OIT en esta materia. A su vez, afecta la aplicación del principio de igualdad ante la ley en sus dos matices, esto es, la igualdad ante la ley en cuanto implica recibir igual protección legal así como sometimiento por igual al orden jurídico; e igualdad en aplicación de la ley, conforme a lo cual ella se debe aplicar de modo general y sin excepciones, salvo las expresamente determinadas por estas. Por esto, resulta cuestionable que dos trabajadores que laboran para empresas distintas, una con diez y la otra con once trabajadores, reciban un tratamiento diferenciado por mandato de la propia ley.

A su vez, no pueden obviarse consideraciones vinculadas a la competencia desleal. Así, unidades económicas que desde su inicio se organicen en función de pequeñas unidades productivas, sin superar los niveles que delimitan a la pequeña y microempresa, se encontrarán, debido a sus menores costos laborales, en mejor posición para competir frente a empresas organizadas en forma concentrada.

A ello se agrega la tentación que para algunos podría significar implementar una subdivisión fraudulenta de sus actividades en pequeñas actividades.

6. EL ROL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA FIJACIÓN DE DERECHOS LABORALES ECONÓMICOS

Ha sido tema de controversia determinar si la flexibilidad en materia laboral contribuye a generar empleo o si un marco protector acentuado constituye un factor que afecta la creación de nuevos puestos de trabajo⁽¹⁰⁾.

No obstante, no se ha demostrado que medie vinculación directa entre el nivel de protección que confieren las normas laborales y la tasa de subempleo o desempleo absoluto. Previsiblemente, son variables económicas las que resultan determinantes en la generación o disminución del empleo. En efecto, un proceso de expansión económica incidirá de modo más gravitante en la creación de puestos de trabajo que cualquier proceso flexibilizador o desregulador de derechos laborales. No compartimos, pues, afirmaciones que culpan a la protección social de la falta de puestos de trabajo, sin que ello signifique que no encontremos un nivel de vinculación entre protección social e informalidad. Así, si como hemos señalado previamente, la microempresa se desarrolla en niveles de precariedad y mera subsistencia, será difícil que se encuentre en capacidad de afrontar costos laborales significativos.

En efecto, no puede obviarse que los derechos laborales representan costos. De ahí que Camerlinck y Lyon-Caen señalen “que toda reforma social, toda nueva ventaja concedida a los trabajadores puede reducirse a cifras: todas ellas elevan el precio de fabricación. Por eso se habla de carga

(10) Por todos vide JAVILLIER, Jean Claude, “Permanences et remises en question dans le droit du licenciement”, en: *Droit Social*, París, N° 3, 1981, p. 302.

social: estas comprenden a parte de los salarios, todo lo que el empleo cuesta a la empresa"⁽¹¹⁾.

Sin embargo, cabe evaluar si corresponde a la legislación laboral establecer derechos laborales de corte típicamente económico, asumiendo como válido que cualquier empresa se encuentra en la misma capacidad de asumirlos. En nuestro medio, como en la mayoría de países latinoamericanos, la legislación laboral ha tendido a ser profusa regulando beneficios laborales. En un inicio, ello tenía sustento en el escaso desarrollo del movimiento sindical y en la necesidad impostergable de establecer derechos desde el Estado en una sociedad que comenzaba a plantearse la cuestión social como un imperativo ético⁽¹²⁾ o como un medio que garantice la continuidad del sistema de producción⁽¹³⁾. De ahí que enraizados en nuestra tradición romano-germánica hemos conferido a los derechos laborales regulación semejante a la que correspondía al ordenamiento civil o mercantil, creando desde la ley cargas sociales o incrementando las ya existentes. A ello, más contemporáneamente, se agregan factores de coyuntura política o de inclinación legislativa por el proteccionismo redituable en votos o en índices de popularidad. A partir de ello, el enfoque tradicional en nuestro país ha consistido en establecer a través de la ley y de modo general mayores y mejores beneficios laborales, al margen de todo análisis respecto a su viabilidad económica para afrontar su costo y sin detenerse a evaluar el efecto que ello pueda tener en la problemática de la informalidad. Seguidamente, una vez que el derecho ha sido reconocido legalmente, cualquier propuesta que postule su atenuación o adaptación a situaciones concretas es tachada de regresiva y patronal.

El efecto que este estado de cosas ha tenido en materia de desarrollo de la autonomía colectiva ha sido nefasto. Las organizaciones sindicales han sido propensas a delegar en la voluntad del Estado la promulgación de normas protectoras antes que procurar su propio desarrollo y consolidar su capacidad de negociación. Así, surge una legislación, que

(11) CAMERLINCK, G. M. y LYON-CAEN, G., *Derecho del trabajo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1974, p. 23.

(12) DEVEALI, Mario, *Tratado de Derecho del trabajo*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1972, T. II, pp. 18-21.

(13) DE LA VILLA, Luis y SAGARDOY, Juan, *Derecho del trabajo en España*, en G. Bayón Chacón y E. Pérez Botija (Coords.), *Monografías Sociolaborales. Fines de Derecho del trabajo*, Madrid 1985, p. 5.

denominamos de talla única cuyo costo puede ser asumido por la mediana y gran empresa, pero que en una diversidad de supuestos resulta insostenible para la micro o pequeña empresa. Esta constatación fáctica, presuntamente, otorgaría sustento a quienes propugnan un régimen dual de derechos laborales, como el que actualmente rige en nuestro país. No obstante, no es esa la opción que preferentemente se constata en el Derecho comparado. Como señala José Luis Daza “a pesar de que en bastantes países está difundida la idea la opinión de que en las microempresas y empresas pequeñas la normativa laboral no es de aplicación, la realidad es que en muy pocas legislaciones quedan al margen de la regulación general los empleadores y trabajadores de las empresas de un determinado tamaño”⁽¹⁴⁾.

Así, podría vislumbrarse una opción diferente a la de la legislación dual. Siguiendo a Otto Kahn-Freund, es indudable que la legislación laboral es significativamente menos permeable al cambio que la negociación colectiva y por ende su capacidad de adaptarse a distintas situaciones económicas es mucho menor⁽¹⁵⁾. Así, la negociación colectiva permite la adaptación constante a circunstancias económicas distintas, mientras que la legislación apunta a regular de modo general situaciones diversas y además a permanecer en el tiempo, así el entorno haya sufrido variaciones de consideración.

De ahí que creamos válido asignar a la negociación colectiva un rol decisivo en la fijación de derechos laborales de tipo económico. Ello no solo resulta consistente con uno de los principios que la OIT ha declarado como fundamentales para la generación de trabajo decente, sino que parte de una constatación ontológica: corresponde a los actores sociales, empleadores y trabajadores, establecer autónomamente los derechos laborales económicos por los cuales deben regirse.

Es claro que la negociación colectiva expresa en mayor medida el conflicto de intereses entre empleadores y trabajadores, y que es cuestionada por algunos sectores empresariales como un recorte al poder directivo del empleador, o como un instrumento destinado a recortar productividad y rentabilidad. Al mismo tiempo, no puede desconocerse

(14) DAZA, José Luis, *Economía Informal, trabajo no declarado y administración del trabajo*, Documento N° 9, Departamento de Diálogo Social, Legislación y Administración del Trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2005, p. 26.

(15) KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, 3ª ed., trad. Jesús Galeana Moreno, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 103.

que para algunos sectores laborales, la negociación colectiva es vista como un campo propicio para la confrontación política, así sea ajena a la protección de los intereses generales de los trabajadores, o para viabilizar longevos cacicazgos sindicales teñidos de prebendas. Sin embargo, más allá de cuestionamientos subalternos o de instrumentalizaciones perversas, la experiencia demuestra que, en términos generales, la empresa negocia y acuerda solo aquello que realmente se encuentra en capacidad de otorgar, mientras que desde la perspectiva de los trabajadores, incluso en situaciones de confrontación, tiende a prevalecer un límite que morigerara el antagonismo, ya que finalmente a los trabajadores les interesa la prosperidad y no el colapso de su centro de trabajo⁽¹⁶⁾.

Por ello, postulamos que la legislación laboral debería limitarse a fijar derechos laborales básicos –pisos mínimos– pasibles de ser asumidos por cualquier empleador al margen de su dimensión o capacidad económica y dejar librada a la negociación colectiva la fijación de derechos laborales de mayor impacto.

Por cierto, ello implica un acuerdo social básico que consiste en reconocer que la negociación colectiva importa compartir una dosis del poder al interior de la organización empresarial –resultado que no todo empleador comparte– pero que adecuadamente conducida puede contribuir a internalizar los objetivos de la empresa a partir de la idea de que en ambas partes coexiste un interés común por el crecimiento y la rentabilidad. Así, sin dejar de lado el hecho que corresponde la negociación colectiva expresar la contraposición de intereses entre el capital y el trabajo, no son excepcionales los casos en que esta haya contribuido a que el sector laboral asuma el rol de aliado o socio de la empresa. A ello se agrega que no es infrecuente que algunos empleadores recurran a la negociación colectiva para movilizar y generar compromisos de los trabajadores hacia las políticas de cambio que se desee implementar, y que más aún, en situaciones de crisis ha sido usada como un factor que coadyuve a su superación mediante la celebración de convenios colectivos *in peius* cuya aceptación resultaría inviable por parte del personal si no se contase con el aval de la organización sindical. Pero, fundamentalmente y desde la perspectiva de este trabajo, importa asignarle un papel preponderante en la disminución de la informalidad, habida cuenta que corresponderá a la autonomía colectiva y no a la legislación fijar mayores costos solo ahí donde las condiciones económicas lo justifican.

(16) CAMERLINCK/LYON-CAEN, *Derecho del trabajo*, cit., p. 23

7. EL TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO VIGENTE

Desde un punto de vista teórico, es probable que la tesis esbozada admita un nivel de debate. Sin embargo, desde un punto de vista práctico puede despertar enormes suspicacias, en particular, cuando se formulan alternativas de desregulación o disminución de beneficios que ya vienen siendo percibidos por los trabajadores.

Por cierto que no apuntamos a que la negociación colectiva sea el instrumento para disminuir los derechos fijados en la legislación. Ello no solo resultaría opuesto al principio de irrenunciabilidad, de raigambre constitucional, ya que es claro que ello no constituiría un estímulo, sino por el contrario un desincentivo, a la negociación colectiva, toda vez que para los trabajadores resultaría más ventajoso no negociar a fin de evitar quedar expuestos a la posibilidad de una reducción de beneficios.

Tampoco postulamos que una reforma legislativa pase a reformular los derechos laborales económicos disminuyendo su alcance, por cuanto ello sería conceptuado con un mero acto de despojo de un gobierno de turno, o de la coyuntura política vigente en un determinado contexto, destinada a ser desarticulada tan pronto varíe el peso y correlato de las fuerzas políticas correspondientes.

Podría estimarse que la ocasión propicia para tratar el tema de los derechos laborales y proponer su eventual reformulación se dio cuando participamos en el comité encargado de la elaboración del Anteproyecto de Ley General del Trabajo⁽¹⁷⁾, si bien en el artículo XI de su Título Preliminar se consagró como principio del ordenamiento laboral el “fomento a la formalidad que permite al Estado verificar el cumplimiento de lo previsto por el ordenamiento laboral, como requisito para contratar con el sector público o acceder a determinados beneficios, incentivos o licencias”.

Sin embargo, como se adelantara en el acápite 2 precedente, el abordaje de esta problemática no parte de la promulgación de una norma flexibilizadora, por mucho que ello corresponda a la forma cómo se materializaría

(17) En el año 2002, la Comisión de Trabajo del Congreso de la República encargó a un grupo de profesores de Derecho del Trabajo, de orientación plural, la preparación de un Anteproyecto Ley General de Trabajo. A pesar de los avances obtenidos, los actores sociales reunidos en el Consejo Nacional del Trabajo siguen sin llegar a consenso pleno sobre temas sustanciales, señaladamente y entre otros, en materia de negociación colectiva.

el esquema, sino por la generación de consensos sociales sobre la forma de tratar a la informalidad y a la implementación de políticas de Estado que la enfrenten integralmente. Pretender que el remedio de la informalidad pase por un esfuerzo aislado y centrado en la disminución de derechos laborales, no es sino un mero espejismo carente de toda viabilidad que significaría partir del supuesto falso que las culpas de la informalidad deben cargarse sobre los derechos laborales.

A lo expuesto se agrega que tampoco asumimos la quimera de pretender que disminuyendo los derechos laborales vaya a obtenerse que automáticamente las micro y pequeñas empresas vayan a formalizarse y acudan presurosas ante las autoridades competentes a registrar a sus trabajadores. Por el contrario, como ya hemos adelantado, el fenómeno de la informalidad es bastante más complejo que establecer un determinado nivel de beneficios laborales aplicables a la microempresa. Prueba de ello es que es mínimo el efecto que en materia de formalización efectiva ha tenido la Ley N° 28015 en comparación con la magnitud del problema, lo que evidencia que no se trata meramente de reducir beneficios laborales para obtener que la empresa informal se formalice. Reiteramos: la reducción de la informalidad debe ser abordado como un objetivo nacional que incluya integralmente a todos los factores que inciden en este fenómeno y debe involucrar a la sociedad y al Estado en su conjunto. Es en ese contexto que el tema de los derechos laborales existentes será solo uno de los componentes –y no precisamente el de mayor relevancia– a ser reexaminado, de manera que el esfuerzo no solo sea compartido sino que tenga posibilidad de persistir en el tiempo. En materia laboral, ello implica, ciertamente, arribar a consensos en el seno del Consejo Nacional del Trabajo, lo que si bien pudiera no resultar particularmente auspicioso en vista de experiencias previas de este órgano, no puede perderse de vista que si la reducción de la informalidad pasa a ser un objetivo nacional claramente asumido, el referido consejo, previsiblemente, acompañará el esfuerzo.

Ahora bien, en el marco del tratamiento integral de la informalidad y desde la perspectiva de los derechos laborales actualmente vigentes en el régimen común, una primera reflexión implicaría destacar que un estado de cosas, no por existente, adquiere título de legitimidad perpetua. Enfrentar una situación inconducente puede resultar conflictivo, pero si en el balance de largo plazo el costo-beneficio resulta positivo, el esfuerzo resultará justificado.

De esta forma, y desde el marco de la referida política integral, partimos de la premisa que los derechos laborales de claro contenido económico deben ir, gradual y progresivamente, reduciéndose de modo general en el tiempo, hasta llegar a un nivel susceptible de ser asumido por cualquier empleador. Así, no compartimos la idea de entronizar una legislación dual, no solo por las aprensiones, ya comentadas, que ese esquema nos genera, sino porque creemos que el tema pasa por reevaluar el rol que le corresponde a la legislación y a la negociación colectiva en materia de fijación de derechos laborales de naturaleza económica. Por ello, creemos que se justifica repensar la conveniencia de que sea la legislación la que regule materias tales como la compensación por tiempo de servicios, elevadas indemnizaciones por despido, las gratificaciones o el descanso vacacional en un número considerable de días desde el primer año de la relación laboral.

Propugnamos así la idea de que en el contexto de la implementación del objetivo nacional en referencia, cabe evaluar la posibilidad de establecer como régimen laboral común en materia de derechos laborales de naturaleza económica aquellos que la Ley N° 28015 reconoce a favor de los trabajadores de la microempresa, con la salvedad que no compartimos de ese régimen que la contribución a la seguridad social en materia pensionaria sea facultativa.

Respecto a los derechos laborales de mayor costo que hoy se encuentran reconocidos en el régimen común, creemos que debería operar su reducción progresiva –pensamos en un periodo de varios años– hasta equiparse con los que hoy rigen para la microempresa, con el claro mensaje que podrán mantenerse, e incluso superarse, si son materia de acuerdo a través de la negociación colectiva.

Cabe preguntarse si es políticamente viable reducir o eliminar beneficios laborales económicos a quienes ya los vienen percibiendo. En el marco del gran objetivo nacional, planteado ello, pasa primeramente por arribar a un consenso social que asuma que mantener o continuar generando beneficios laborales económicos que se aplican únicamente a una minoría de trabajadores –y que ello implica condenar a la inmensa mayoría de trabajadores a la informalidad– constituye un costo demasiado alto que la sociedad en su conjunto no debe seguir pagando.

Ciertamente, este esquema de reducción progresiva tendría que ser finalmente recogido por la legislación, pero solo en tanto y en cuanto sea parte de la implementación de políticas integrales de largo aliento destinadas a reducir la informalidad.

Podría cuestionarse el planteamiento como utópico ante el escaso desarrollo de la negociación colectiva en el país, o lo que es más grave, que encubre un intento de despojo de derechos adquiridos.

Sin embargo, no debe perderse de vista que el hecho que la mayor parte de los trabajadores en el Perú preste servicios en la microempresa informal al margen de toda protección social, hace necesario repensar esquemas en busca de caminos distintos a los que hasta hoy no han dado resultado.

A ello se agrega reconocer el rol que le corresponde a la negociación colectiva en la fijación de derechos laborales económicos, lo que implica el fomento efectivo de este instituto. A este respecto, cabe destacar que en materia de negociación colectiva, al Estado no le corresponde un rol intrascendente y ni siquiera neutral, sino por el contrario, activo y de fomento, en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el artículo 28°. Así, creemos que se generaría un importante factor de aliciente, y por ende de fomento a la negociación colectiva, si quienes hoy gozan de determinados derechos laborales económicos se ven en la necesidad acordarlos por negociación colectiva de manera de evitar la disminución del nivel en el que hoy se encuentran.

La negociación colectiva es reconocida como uno de los derechos fundamentales destinados a “garantizar los derechos de los seres humanos en el trabajo”⁽¹⁸⁾ y su legitimidad social en el mundo contemporáneo determina que incluso sea condición ineludible para la celebración de tratados de libre comercio⁽¹⁹⁾. A ello se agrega el hecho que la informalidad conlleva la negación de los derechos más elementales que corresponden al trabajador y que la legislación laboral común solo se aplica a un número de trabajadores escasamente relevante. De ahí que creamos que se justifica repensar el rumbo de nuestra legislación laboral de modo que pueda responder con eficacia a los desafíos que le plantea la informalidad.

(18) Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, del 18 de junio de 1988.

(19) Así lo reconoce el Protocolo de Enmienda al Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, que con el objeto de regular con mayor énfasis algunos temas involucrados en el Acuerdo, entre estos, varios de naturaleza laboral, ha establecido el compromiso de las partes en garantizar el ejercicio efectivo de la negociación colectiva.