

Agenda del Derecho Laboral Peruano

CONTENIDO

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y POSIBLE DEROGACIÓN O MODIFICACIÓN DE LOS ESQUEMAS VIGENTES

- **CÉSAR ALFREDO PUNTRIANO ROSAS:** Descentralización productiva y posible derogación o modificación de los esquemas vigentes
- **CAROLINA CASTILLO PASTOR:** Propuesta de modificaciones respecto a la regulación de la subcontratación de actividades complementarias por vía de intermediación laboral y de tercerización de servicios

LA CONTRATACIÓN LABORAL DIRECTA EN LA ACTUALIDAD

- **CARLOS CORNEJO VARGAS:** Algunos apuntes sobre la regulación de la contratación temporal: a treinta años de su vigencia
- **WILLY MONZON ZEVALLOS:** Informalidad y contratación laboral directa en la actualidad

VIGENCIAS Y POSIBLES REFORMAS EN LOS RÉGIMENES ESPECIALES

- **ORLANDO GONZÁLES NIEVES:** Vigencia de los regímenes laborales especiales en el Perú: problemática y posibles reformas
- **CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE:** Notas a la situación jurídica de los contratos administrativos de servicios a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º, 3º y 5º y Disposiciones Complementarias y Finales de la Ley N° 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del Sector Público: ¿El final de un principio?

MODIFICACIONES EN EL CONTENIDO DEL DERECHO COLECTIVO

- **ADOLFO CIUDAD REYNAUD:** Los procesos de negociación colectiva en trámite en el sector público

PLANTEAMIENTOS PARA UN FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

- **LUIS ALBERTO SERRANO DÍAZ:** Propuestas para el fortalecimiento del sistema de inspección de trabajo en Perú

PERSPECTIVAS PARA UN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

- **CÉSAR ABANTO REVILLA:** Buscando un nuevo sistema de pensiones de seguridad social para el Perú: ¿reforma o refundación?
- **ESTELA OSPINA SALINAS:** Gestión sistémica estatal del seguro complementario de trabajo de riesgo. Una propuesta

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

- **KARLA CÁNOVA TALLEDO / CESAR CANO CANDIOTTI:** Seguridad, salud y bienestar a propósito de la nueva política nacional. Agenda pendiente
- **ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA:** La vacunación contra la COVID-19: ¿medida de prevención de seguridad y salud en el trabajo? Aspectos aún no resueltos sobre el retorno al trabajo presencial en Perú

AGENDA DEL DERECHO LABORAL PERUANO

- **DANIEL ULLOA MILLARES:** Cambiar a propósito del COVID-19. Régimen laboral de la actividad privada en el Perú: confirmación de un fracaso. (*E ideas para su deseada reconstrucción*)
- **LEOPOLDO GAMARRA VÍLchez:** El futuro del trabajo en la agenda política 2021 - 2026

INVITADO ESPECIAL

- **MARIO GARMENDIA ARIGÓN:** La nueva regulación legal uruguaya sobre teletrabajo

CAMBIAR A PROPÓSITO DEL COVID-19 RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA EN EL PERÚ: CONFIRMACIÓN DE UN FRACASO

(E ideas para su deseada reconstrucción)

Para Javier, obviamente

DANIEL ULLOA MILLARES*

El título puede provocar evidentemente rechazo y hasta parecer contradictorio cuando lo presenta una persona que sigue creyendo en el fin y los principios del Derecho del Trabajo, pero aquél se basa, lamentablemente, en la realidad peruana del siglo XXI: el derecho laboral que conocemos y enseñamos no cumple con su principal objetivo cual es el de proteger a todas o a la mayoría de las personas que trabajan. Sin pretender coincidir con ideas flexibilizadoras que reiteradamente se publican en la prensa, nuestra propuesta en este artículo supone pensar en un rehacer, un volver a construir la defensa de las personas que trabajan o que principalmente se ven obligadas a trabajar, analizando lo errado actualmente existente y proponiendo nuevas versiones de la principal idea que debe ser permanente: la protección del trabajador.

Y en esta ocasión no nos extenderemos en la recopilación o la historia de por qué tenemos lo que vemos hoy. Esta vez solamente confirmaremos la situación

* Daniel Ulloa Millares. Abogado (PUCP). Doctor en derecho y Master Interuniversitario en empleo, relaciones laborales y diálogo social en Europa por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Profesor de derecho del trabajo en PUCP, CENTRUM, ESAN y en la Universidad de Lima. Fue director de la maestría de relaciones laborales PUCP (2014-2021) y presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2017-2019). Socio en De Las Casas & Ulloa (www.dyu.pe).

actual y plantearemos algunas soluciones: los orígenes los dejamos para otro artículo.

I. Introducción

En la película ítalo-francesa Saco y Vanzetti (1971)¹ se produce el siguiente diálogo entre Vanzetti y su abogado durante el proceso que determinaría su suerte:

“Abogado: ¿Cuándo llegó a Estados Unidos Sr. Vanzetti?

Vanzetti: Hace trece años, en 1908.

Abogado: En esa época ¿ya era anarquista?

Vanzetti: No completamente.

Abogado: Explíquese por favor.

Vanzetti: Cuando vi que en mi país las cosas corrían mal yo pensé que aquí las cosas eran diferentes.

Abogado: Por lo tanto ¿se volvió anarquista aquí?

Vanzetti: Digamos que aquí terminé de hacerme radical. Cuando se comienza a trabajar en una fábrica a los 13 años...cuando comienzan las necesidades...

Abogado: Y cuando Ud. fue detenido ¿Ud. era anárquico?

Vanzetti: Lo sigo siendo. Todos sabemos eso aquí adentro. Y no entiendo el por qué de esta comedia.”

Aunque el anarquismo no pareciera ser hoy una opción atractiva para lograr cambios², los diferentes hechos ocurridos en este siglo XXI -y en especial la pandemia- nos confirman que siguen existiendo necesidades básicas en nuestras sociedades que requieren una urgente corrección. Y una de ellas guarda relación

1 Esta película se puede ver en Youtube en: <https://www.youtube.com/watch?v=PdhIMUVfpPM>

2 A pesar que las críticas de Manuel González Prada (1844-1918) y en especial lo descrito en “El intelectual y el obrero” (que puede leerse en el siguiente enlace: http://www.casadelaliteratura.gob.pe/wp-content/uploads/2019/11/EL_INTELECTUAL_Y_EL_OBRERO.pdf) mantienen sorprendente actualidad.

con los conceptos de riqueza y pobreza, siendo la regulación del trabajo (como siempre) uno de los problemas y, a la vez, una de las soluciones para ello.

En efecto, en un recomendable libro que todos deberíamos repasar³, la filósofa francesa Dominique Meda señalaba:

“Desde no hace mucho tiempo (escasamente dos siglos) nuestras sociedades se basan en el trabajo (...) el principal medio para costear la subsistencia individual, pero también se ha constituido en una relación social de carácter fundamental, lo que Mauss hubiera llamado <<un hecho social total>>”⁴.

Y esto porque:

“El trabajo estructura de parte a parte nuestras relaciones con el mundo y nuestras relaciones sociales. Es la relación social fundamental. Está, además, en el centro de la visión del mundo que venimos manteniendo desde el siglo XVII y constituye una categoría construida que surgió en una situación socio-política específica.”⁵

¿El trabajo que se realiza hoy merece el derecho laboral que estudiamos y exigimos? ¿Este derecho sigue siendo útil? Las siguientes líneas buscan encontrar algunas respuestas a dichas preguntas.

II. El derecho laboral nació para proteger obreros

En efecto, según como se mire, el derecho laboral fue el resultado de los reclamos de los trabajadores o fue una estrategia del capital para mantener su prevalencia⁶. Sea cual sea la razón última, lo concreto es que a comienzos del siglo

3 MEDA, D., “El trabajo, un valor en peligro de extinción”, Gedisa editorial, 1998.

4 MEDA, D., op. cit., p. 9.

5 MEDA, D., op. cit, p. 24.

6 “La legislación obrera responde *prima facie*, así pues, a una *solución defensiva* del Estado liberal para, a través de una normativa protectora de los trabajadores, proveer a la integración del conflicto social en términos compatibles con la viabilidad del sistema establecido, asegurado de este modo la dominación de las relaciones de producción capitalistas. No es por ello ninguna casualidad que las primeras leyes obreras versen precisamente sobre aquellos aspectos de la relación laboral en que se habían manifestado los resultados más visibles de la explotación de los trabajadores, abordando así la protección del trabajo de las mujeres y de los menores, la reducción de los tiempos de trabajo, el establecimiento de mínimos salariales o, en fin, la preocupación por las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo y la prevención de los riesgos profesionales.” En: PALOMEQUE M. y

XX los países europeos y americanos empezaron a regular de manera particular estos contratos de servicios que involucraban a un tipo especial de prestadores, los denominados “obreros”⁷.

De otro lado, los denominados “empleados” no existían para este derecho (porque con ellos no existían todos estos problemas que se agrupan en la curiosa frase de “la cuestión obrera”) a pesar de que recibían algunas protecciones. Así, por ejemplo, la ley 4916, que en 1924 creó tres derechos: un pago por tiempo de servicios ante un despido sin motivo, lo hoy llamaríamos injustificado o arbitrario (art. 1), una póliza de seguro de vida (art. 3 y 4) y una pensión por inhabilitación (art. 5), fue en estricto una modificación del Código de Comercio que favorecía a los vinculados con contratos mercantiles, esto es, a los que luego se denominarían normativamente empleados. Luego, años más tarde, el Código Civil de 1936, incluyó como un contrato nominado al contrato de trabajo que se celebra con el obrero, regulándolo en el libro del derecho de obligaciones y en la sección quinta “de los diversos contratos” en dos artículos:

TITULO VI Del contrato de trabajo

Artículo 1571.- Por este contrato el obrero ofrece contribuir a la producción, con su trabajo personal, por tiempo determinado o indeterminado, mediante el pago de un salario.

Artículo 1572.- El contrato de un trabajo, sea individual o colectivo, supone el pago de salario en dinero efectivo; la jornada máxima de ocho horas de labor; el descanso semanal; la prohibición del trabajo de los menores de catorce años; la limitación del trabajo de los menores de dieciocho años, condicionada a la educación y desarrollo físico; la igualdad del salario, sin distinción de sexo, por trabajo igual y su adecuación a las necesidades de la vida del obrero; la indemnización por accidente; los seguros obligatorios; y la intervención del Estado para asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos correspondientes.

Cabe destacar que el mencionado código no menciona en momento alguno la palabra “trabajador”, solo una sola vez la palabra “empleado” (para referirse

ALVAREZ, M., “Derecho del Trabajo”, 17 edición, Editorial universitaria Ramón Areces, 2009, p. 52.

7 No es casualidad que la mayoría de los ordenamientos partiera de la denominación “derecho obrero”, probablemente como consecuencia de las propias calificaciones legales y de quienes escribieron en aquella época (OJEDA, A., “La deconstrucción del derecho del trabajo”, Wolters Kluwer, 2010, p. 33).

al personal de Registros Públicos, artículo 1039) y dos veces la palabra obrero, en los artículos antes citados.

Poco a poco cada categoría fue percibiendo por parte del Estado diferentes derechos y, cuando coincidían, con cuantías diferenciadas hasta que entre los años 80 y 90 del siglo pasado todo se unificó bajo un solo concepto: trabajadores, separando a los que laboran en el Estado (carrera administrativa) que a los que no (régimen privado). Y eso pudo estar bien pero solo quedó en la teoría pues Perú acogió sin mayores sorpresas la informalidad (donde influye lo realizado por el Estado con los contratos SNP y luego con el régimen CAS), el cual constituye el principal problema que tiene nuestro país.

En un reciente trabajo (marzo 2021) titulado “Políticas de protección social y laboral en el Perú, una espiral de buenas intenciones, malos resultados y peores respuestas” el economista Hugo Ñopo⁸ nos presenta una interesante mirada panorámica de nuestra realidad laboral, y señala como sus dos primeras conclusiones⁹:

“En el Perú la protección social es segmentada, insuficiente y de baja calidad. Es segmentada porque conviven una protección social para trabajadores de altos ingresos, otra para trabajadores de bajos ingresos y otra que se obtiene por fuera de la relación laboral. Es insuficiente porque un segmento importante de la población, especialmente en el rango medio de ingresos, no recibe cobertura alguna. Es de baja calidad porque la mayoría de usuarios se encuentran insatisfechos frente a los servicios que reciben en el presente y las pensiones que recibirán (o no) en el futuro.

Mientras la insuficiencia y baja calidad pueden atribuirse a la escasa inversión en protección social que nos caracteriza desde hace buen tiempo, la segmentación es atribuible al marco regulatorio para las relaciones laborales. Tal marco, principista y barroco, es largamente ignorado e incumplido por la mayoría de agentes en los mercados de trabajo. El resultado de esto es que más del 70% de los empleos son informales, algunos de ellos ilegalmente, otros dentro del marco regulatorio.”

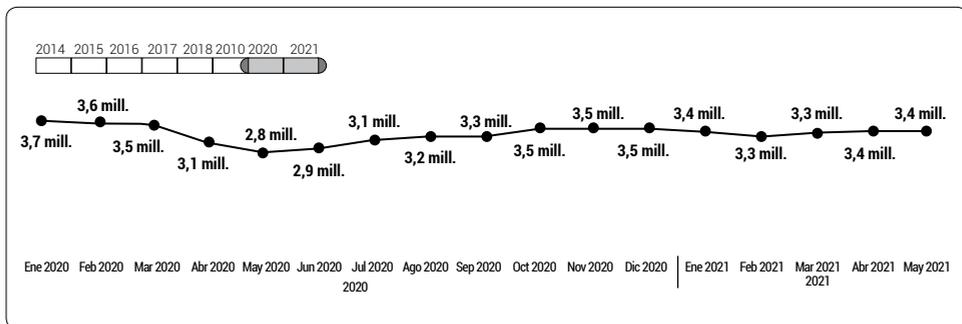
8 Documento que se puede encontrar en el siguiente enlace: https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/library/human_development/politicas-de-proteccion-social-y-laboral-en-el-peru.html

9 ÑOPO, H., “Políticas de protección social y laboral en el Perú, una espiral de buenas intenciones, malos resultados y peores respuestas”, Grade, 2021, p. 45.

He copiado dichos párrafos porque coincido con ellos y considero que es lo que se da en la realidad: El Estado peruano viene emitiendo año tras año numerosas normas que solamente se aplican o se exigen aplicar en un sector de la economía, la formal, y dentro de ella a un porcentaje pequeño de empresas, las que emplean a más de diez trabajadores y que son la minoría¹⁰. La pandemia demostró que la protección surgida del derecho laboral, la conocida “licencia con goce de haber” no cubría o alcanzaba ni siquiera a la mitad de la población que laboraba, teniendo el gobierno que otorgar subsidios para poder ayudar a las personas. Todo ello lo confirmaremos a continuación, con la información tomada de la realidad.

III. Dos tipos de informalidad: la real y la insertada en la formalidad.

Según la información incluida en el observatorio de la formalización laboral¹¹, de cuya publicación extraemos los siguientes datos y gráficos, a mayo de 2021 figuraron registrados según el PLAME 3.434.452 trabajadores privados formales (todos estos datos se toman de lo declarado en la planilla electrónica). Esta es una pequeña reducción de la situación de inicios de 2020 pero que a la vez supone una recuperación de la caída producida en abril y mayo de 2020 por la pandemia, según se puede ver en el siguiente gráfico:



10 Por tanto, el problema no pasa solamente en fortalecer a la inspección del trabajo sino en lograr mayores accesos a la formalidad. Y en evaluar (otra vez) la validez constitucional del régimen laboral especial de carácter permanente de las micro y pequeñas empresas, previsto en el texto único ordenado aprobado por D.S. 13-2013-PRODUCE, ley de impulso al desarrollo productivo y al crecimiento empresarial.

11 La información, actualizada a mayo de 2021 se puede encontrar en el siguiente enlace: <https://www.gob.pe/institucion/mtpe/campa%C3%B1as/279-observatorio-de-la-formalizacion-laboral> (última revisión 8 de agosto de 2021).

Si clasificamos este total por categorías podemos descubrir algunas cosas interesantes según nos muestra el observatorio. Por ejemplo, en cuanto al sexo vemos el siguiente registro:

- 61,11% figura como hombre,
- 32,52% figura como mujer y
- 6,37% no precisa.

En cuanto a la edad tenemos lo siguiente:

- 42,88% tiene entre 30 a 45 años,
- 26,76% tiene entre 15 a 29 años,
- 22,10% tiene entre 46 a 65 años.
- 1,88% tiene más de 65 años y
- 6,37% no precisa.

En cuanto al tamaño del empleador vemos que del total:

- El 55,63% labora en empresas de más de 100 trabajadores,
- El 22,62% en empresas de 11 a 100 y
- El 21,75 restante en empresas de 1 a 10.

Pero paradójicamente, el mayor número de empleadores son esas empresas de 1 a 10 según el último anuario estadístico difundido por el Ministerio de Trabajo:

PERÚ

CUADRO N° 07
PROMEDIO DE EMPRESAS EN EL SECTOR PRIVADO POR TAMAÑO, SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA
2020

ACTIVIDAD ECONÓMICA	TAMAÑO DE LA EMPRESA				TOTAL PROMEDIO MENSUAL
	1 - 10	11 - 100	101-499	500 a más	
AGRICULTURA, GANADERÍA Y SILVICULTURA	4 314	853	211	103	5 482
PESCA	610	173	24	7	813
EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS	2 050	421	96	40	2 607
INDUSTRIAS MANUFACTURERAS	26 602	3 260	487	148	30 497
SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD, GAS Y AGUA	476	98	38	8	620
CONSTRUCCIÓN	14 291	1 778	189	33	16 281
COMERCIO AL POR MAYOR Y AL POR MENOR, REP. VEHÍC. AUTOM.	80 408	5 557	403	77	86 444
HOTELES Y RESTAURANTES	15 764	1 541	68	21	17 394
TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO Y COMUNICACIONES	28 492	3 117	288	59	29 956
INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	1 162	290	57	46	1 556
ACTIVIDADES INMOBILIARIAS EMPRESARIALES Y DE ALQUILER	42 645	5 075	613	154	48 687
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEFENSA	251	43	9	2	305
ENSEÑANZA	5 608	1 676	149	44	7 476
SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	9 139	699	82	20	9 940
OTRAS ACTIV. SERV. COMUNITARIOS, SOCIALES Y PERSONALES	24 214	2 223	189	26	26 651
HOGARES PRIVADOS CON SERVICIO DOMÉSTICO	6	-	-	-	6
ORGANIZACIONES Y ÓRGANOS EXTRATERRITORIALES	42	29	2	-	73
NO DETERMINADO	5 429	206	5	1	5 640
TOTAL	259 703	27 039	2 909	786	290 436

Fuente: Ministerio de Trabajo y promoción del empleo
 Planilla electrónica / T. Registro y Plame 2020
 Elaborado: OGETIC / Oficina de Estadística.

Vemos entonces que de 290,436 empleadores solo 3,695 (2,909 + 786) tienen más de cien trabajadores, esto es, el 1.27%. Pero este 1.27% emplea a más de la mitad de los trabajadores formales (el 55.63%).

En cuanto a la actividad económica que desempeñan los trabajadores formales están divididos en las siguientes categorías:

- 50,78% en servicios,
- 17,08% en comercio,
- 14,20% en manufactura,
- 7,69% en agrícola (agricultura, ganadería, pesca y silvicultura).
- 6,35% en construcción,
- 3,07% en minería y
- 0,83% no precisa.

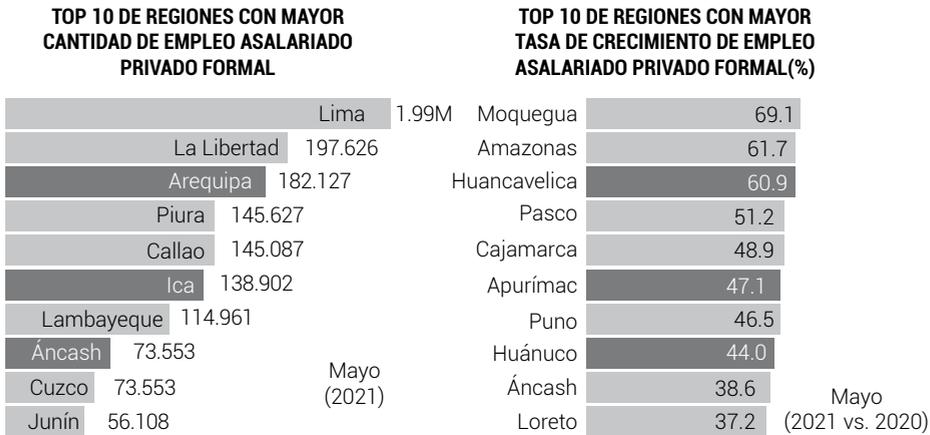
Por régimen laboral vemos que el:

- 71,80% es del régimen privado,
- 10,81% es de micro empresa,
- 7,56% no precisa,
- 5,86% está en otros regímenes (régimen minero, construcción civil, otros),
- 3,74% es de pequeña empresa y
- 0,23% es régimen agrario.

Finalmente, por tipo de contrato tenemos los siguientes porcentajes:

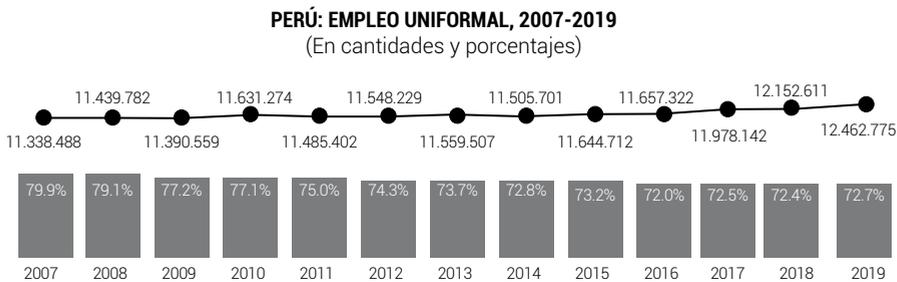
- 32,54% contratos a plazo indefinido,
- 32,04% contratos temporales,
- 26,41% contratos temporales de obra o servicios,
- 7,83% otros,
- 0,63% contratos temporales accidentales y
- 0,54% no precisa.

La centralidad laboral de Lima se confirma en el siguiente cuadro, y por ello el mayor crecimiento del último año (mayo a mayo) aparece en otras regiones:



Si dejamos de lado la declaración en la planilla electrónica y consideramos lo recogido en la encuesta nacional de hogares (ENAHO) observamos que en el año 2019, de un total de 17.133.100 personas que laboran, el empleo formal es de 4.670.325, esto es, el 27.3%. Por tanto, nuestra tasa de empleo informal nacional es del 72.7%.

Este porcentaje responde a la constante de la informalidad en los últimos doce años:



Esta informalidad tiene las siguientes características:

- 53,89% son hombres,
- 46,11% son mujeres.

- 34,54% tienen entre 30 a 44 años,
- 30,32% tienen entre 14 a 29 años,
- 27,59% tienen entre 45 a 64 años y
- 7,55% tienen 65 años o más.

Según nivel educativo tenemos lo siguiente:

- 40,37% tiene nivel secundario,
- 30,38% tiene nivel primario,
- 17,99% no indicó nivel,
- 6,84% indicó nivel superior no universitario y
- 4,42% indicó nivel superior universitario.

Según actividad económica vemos que el:

- 33,71% labora en servicios,
- 31,88% labora en agrícola (agricultura, ganadería, pesca y silvicultura),
- 19,07% labora en comercio,
- 6,79% labora en construcción,
- 7,82% labora en manufactura y
- 0,73% en minería.

Finalmente, por categoría ocupacional tenemos:

- 45,4% labora como independiente,
- 32,4% labora como asalariado privado,
- 14,18% realiza trabajo familiar no remunerado,
- 2,99% es trabajador del hogar,
- 2,23% es asalariado público y
- 2,8% declara ser empleador.

Finalmente, recogemos un cuadro que acredita que el problema se tiene principalmente en la capital:

TOP 10 DE REGIONES CON MAYOR CANTIDAD DE EMPLEO INFORMAL**2020**

Lima Metropolitana	2.21 M
Cajamarca	770,400
Piura	725,581
Puno	713,011
Cuzco	651,096
La Libertad	607,938
Junín	546,949
Áncash	464,630
San Martín	434,699
Loreto	417,914

TOP 10 DE REGIONES CON MAYOR TASA DE EMPLEO INFORMAL(%)**2020**

Huancavelica	93
Cajamarca	91
San Martín	90
Puno	90
Cuzco	90
Apurímac	89
Huánuco	88
Amazonas	88
Ayacucho	87
Pasco	87

IV. El quehacer luego de conocer la realidad

Nos queda claro que luego de la segunda guerra mundial y en virtud de las diferentes normas internacionales ratificadas por el Perú¹², todos tenemos derechos -muchos derechos- como personas y también como trabajadores. Y que celebrar un contrato de trabajo no excluye que podamos seguir disfrutando de los derechos que tenemos como personas¹³.

Empero, el problema con la informalidad es que no solo se desconocen los derechos laborales que le corresponden a quienes trabajan sino que también se desconocen derechos fundamentales¹⁴, asimilando esta situación muchas veces a la que ocurría a mediados del siglo XIX.

12 Las cinco principales (Declaración universal de derechos humanos, pacto internacional de derechos civiles y políticos, pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, convención americana sobre derechos humanos y protocolo de San Salvador) son reseñadas en nuestro trabajo “La titularidad de los derechos constitucionales laborales y su tratamiento legal: Ideas sobre el concepto de trabajador previsto en la Constitución y las relaciones laborales legalmente excluidas.” En revista Derecho & Sociedad, (40), p. 101-111, 2013.

13 Discusión que se encuadra en lo que el profesor Palomeque denomina derechos específicos y derechos inespecíficos de los trabajadores.

14 Un penoso ejemplo de esto fue la muerte de dos jóvenes encerrados en un contenedor en la galería comercial Nicolini, en Las Malvinas, Lima el 22 de junio de 2017.

En la legislación laboral peruana encontramos esencialmente dos tipos de regulaciones: las normas del régimen privado y las que no lo son (régimen público¹⁵, especiales, no laborales). Asimismo podemos agrupar los beneficios creados para los trabajadores en dos conjuntos: los derechos cuantitativos y los derechos cualitativos.

En el primero encontraremos todos los que suponen mayores pagos al trabajador por el solo hecho de serlo (gratificaciones legales, feriados, vacaciones, compensación por tiempo de servicios) o por cumplir algunos requisitos (asignación familiar, participación en las utilidades, lactancia). En cambio, en el segundo grupo encontramos derechos que no necesariamente suponen un mayor ingreso para el trabajador (seguro de vida, cobertura de salud, estabilidad laboral, protección contra actos de hostilidad, no discriminación, libertad sindical, etc.) pero que lo fortalecen en su relación contractual.

Nosotros consideramos que, al igual que lo señaló el profesor Neves en una de sus últimas entrevistas¹⁶, estos últimos son los derechos que perjudican la aplicación del derecho laboral porque son los que realmente incomodan (los derechos que empoderan) y no tanto los “costos” o “sobrecostos” laborales, que finalmente son derechos que generan egreso de dinero pero no restricciones al poder de dirección.

15 Una descripción de todos estos regímenes la podemos encontrar en el capítulo 2 del documento preparado por SERVIR “El servicio civil peruano: antecedentes, marco normativo actual y desafíos para la reforma”, 2012. Se puede encontrar en el siguiente enlace: <https://storage.servir.gob.pe/biblioteca/SERVIR%20-%20El%20servicio%20civil%20peruano.PDF> (última revisión: 8 de agosto de 2021).

16 En una de sus últimas entrevistas realizada en diciembre de 2020 el profesor Javier Neves señaló que “Amigos que trabajan en Telefónica me dieron a entender que lo clave era la capacidad para imponer disciplina. El empleador es un autoritario. No quiere un poder que lo controle, por eso aborrece al sindicato. Cuando los jueces reponen a un dirigente sindical, el empleador se siente debilitado. “Ese se va a enseñorear, ahora está fortalecido”. El caso de Topy Top es ilustrativo. Hacen lo que sea, tanto en la vía legal como en la fábrica, para evitar el regreso de su principal dirigente. Dicen: “Yo soy el dueño esta es mi empresa, por qué voy a compartir decisiones con alguien”. La entrevista completa se puede encontrar en el siguiente enlace: <http://trabajodigno.pe/javier-neves-mujica-inmemorian/>

Ya lo decía el profesor Pasco Cosmópolis¹⁷, la legislación laboral común fue elaborada pensando en las grandes empresas, no en las micro empresas. Pero ello fue siempre responsabilidad de los gobiernos, no de los trabajadores ni tampoco de sus organizaciones. Entonces ¿cómo el mismo Estado puede equivocarse tanto? ¿cómo puede tratar de manera diferente a quienes trabajan de la misma forma?

Creemos que la diferencia no debe estar en el tamaño de la empresa ni en el nivel de ventas de la misma sino que todo aquel que decida ejercer su derecho constitucional a la libertad de empresa debe respetar las mismas reglas básicas, promoviendo la educación y la competitividad antes que la menor percepción de ingresos.

Efectivamente, una micro empresa no se puede comparar con una minera o un banco, pero el trabajador que labora en ambas como vigilante o limpiador realiza la misma labor, invierte el mismo esfuerzo y dedica el mismo tiempo para laborar. Asimismo, gastará lo mismo para comprar su comida o para divertirse, porque los precios en el mercado no diferencian si uno labora para una micro, pequeña o empresa común. Entonces tratarlos diferente no parecería justo o digno.

Otra alternativa, más coherente, es que el Estado ceda en sus cargas tributarias, tal como ocurre en las zonas francas. Un ejemplo reciente lo constituye la ley 31343, publicada el 14 de agosto de 2021, que crea la zona franca de la región Cajamarca en el distrito de San Ignacio, zona en la cual los usuarios que realicen actividades de producción, comercialización, industriales, agroindustriales, de maquila y de servicios están exonerados de pagar:

- impuesto a la renta,
- impuesto general a las ventas,
- impuesto selectivo al consumo,
- impuesto de promoción municipal,
- derechos aduaneros y aranceles,

17 PASCO, M., y NEVES, J., “Régimen legal de las mypes: ¿cierto o falla?” Revista THEMIS N° 57, 2009, p. 100.

- así como tributo, tanto del gobierno central, regional o municipal, creado o por crearse, salvo las aportaciones a derechos pensionarios, Essalud y sus tasas.

Como puede verse, las facilidades no prevén modificaciones o disminuciones al régimen laboral general, lo cual parecería ser el camino si es que consideramos lo señalado en el artículo 1 de la Constitución vigente, que prevé que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

En el mismo sentido opinan Cuadros y Quiñones cuando apuestan por implementar políticas laborales destinadas a elevar la productividad de las empresas antes que reducir los costos no salariales para solucionar el problema de la formalización laboral¹⁸. Ello ante la reiterada propuesta de sectores que exigen la eliminación de derechos laborales para así incentivar la formalidad¹⁹ porque los ven como principales desincentivadores de la misma.

Pero en nuestra realidad tenemos un ejemplo que cuestiona la idea anterior: el régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas, creado por ley 28015 en julio de 2003 (gobierno de Toledo) pero de manera temporal y por un plazo de cinco años, plazo que fue ampliado a diez años por el mismo gobierno en julio de 2006 por ley 28851 y que luego fue convertido en un régimen permanente por el Decreto Legislativo 1086 en junio de 2008 (segundo gobierno de García), condición de permanencia ratificada por la ley 30056 de julio de 2013 (gobierno de Humala), generando el actual texto único ordenado de la ley de impulso al desarrollo productivo y al crecimiento empresarial aprobado por D.S. 13-2013-PRODUCE. Esto es, el Estado emitió cuatro normas en una

18 CUADROS F. y QUIÑONES S., “Cuando la excepción se vuelve la regla ¿cuál es el régimen laboral “general” en el Perú?”, en revista Soluciones laborales 32, agosto 2010, p. 99-105.

19 En esto no solo hay economistas (ver por ejemplo JARAMILLO M., “La perspectiva económica de la regulación laboral y la legislación laboral peruana” en revista Laborem N° 17, 2016, p. 29-43) sino también varios abogados empresariales (ver por ejemplo LORA G. “Seguimos esperando” en diario El Comercio 6 de octubre de 2020, PUNTRIANO C. “La respuesta no es incrementar el costo laboral sino reformar” en diario Gestión, 30 de enero de 2019 y TOYAMA J. “La rigidez laboral peruana” en revista Poder, octubre de 2014).

década que confirmaron la existencia de tres regímenes laborales para avanzar a la formalidad.

Este régimen especial supone que todas las empresas deban cumplir con las normas de jornada de trabajo (jornada máxima, descanso semanal, feriados, pago de sobretiempo), de remuneración mínima vital y los derechos colectivos pero diferencia lo siguiente (nótese que todos son derechos que generan pagos):

Beneficio laboral	Micro empresa	Pequeña empresa	Régimen común
Descanso anual (vacaciones)	15 días	15 días	30 días
Asignación familiar	NO	NO	SI
Compensación por tiempo de servicios (CTS)	NO	0,5	SI
Gratificaciones legales	NO	0,5	SI
Participación en las utilidades	NO	SI	SI
Indemnización por despido arbitrario (por año)	10 RD	20 RD	45 RD
Tope de indemnización por despido arbitrario	3 rem.	4 rem.	12 rem.

310

La citada regulación, a nuestro entender claramente discriminatoria, fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional pero solamente obtuvo dos votos a favor de su inconstitucionalidad (Exp. 21-2014-PI/TC de fecha 11 de febrero de 2020) por lo que sigue vigente a la fecha, sin que haya ayudado a formalizar el régimen laboral de la mayoría de las empresas del país y generando tres tipos de trabajadores formales: los que tienen acceso a todos los derechos, los que tienen derecho a parte de ellos (los que laboran para pequeñas empresas) y los que tienen derecho a muy pocos (los que laboran para micro empresas).

Puede verse que a pesar de que los tres trabajadores laboren en la misma actividad, en el mismo horario y que gasten lo mismo para vivir, el derecho laboral no los trata de manera igual y ello solamente por el hecho de tener un empleador con diferente nivel anual de ventas. Ello no nos parece una razón suficiente para sustentar el disímil acceso a los beneficios laborales cuantitativos por lo que creemos que dicha normativa debería ser de discusión prioritaria del nuevo Congreso²⁰, ya sea para eliminarse, ya sea para unificar a todos como

20 Y no normas coyunturales como la de la suspensión perfecta por COVID-19, ahora que

micros o regresar al régimen general, algo parecido a lo hecho desde octubre de 2020 en el reciente régimen especial de los trabajadores del hogar (ley 31047). O, de repente, buscando el ansiado punto medio, eliminando derechos (como se hizo en 1995 con la bonificación por tiempo de servicios prevista en el Decreto Legislativo 688).

Ello porque, tal como señala el profesor y ex ministro de trabajo Sánchez²¹:

“Se constata que las políticas públicas de promoción del empleo en el sector de la microempresa han tenido como eje la reducción de costos laborales, con directa incidencia en un conjunto de derechos laborales fundamentales y de protección social, reconocidos por la constitución”.

Y como confirmaba en otra intervención el profesor Neves²²:

“Un régimen laboral especial por tamaño de la empresa debería ser promocional: compensar temporalmente la desventaja en productividad mediante una disminución integral - y no solo o fundamentalmente laboral - de trabas, para conseguir al cabo de unos años una igualación efectiva. Si se vuelve permanente configura un trato desigual injustificado y genera estímulos negativos al crecimiento.”

Si bien queda claro el fracaso de la legislación laboral del régimen privado, lo que debemos revisar es cuál debe ser el modelo a seguir. Y la pandemia generada por el covid-19 (y la imposición de la mal denominada “licencia con goce de haber”) nos debería apresurar en encontrar la solución, la misma que no consideramos que pueda basarse en eliminar simplemente algunas formas que la realidad genera (intermediación, tercerización, suspensión perfecta) pues son solo paliativos que no corrigen el problema principal: la informalidad de la mayoría.

V. Sugerencias para una mejora

Ojeda señala que el Derecho del Trabajo debe deconstruirse y que no puede ser ya el Derecho Especial del Trabajo subordinado sino el Derecho Común de

se ha prorrogado el plazo de la emergencia sanitaria por 180 días más (D.S. 25-2021-SA publicado el 14 de agosto de 2021) y que se teme la llegada de la denominada tercera ola.

21 SÁNCHEZ, C., Una visión ponderada de la legislación laboral: comentarios al régimen MYPE y a la propuesta de la “Ley de la Nueva Empresa”. En Revista Derecho PUCP N° 68, 2012, p 522.

22 PASCO, M., y NEVES, J., op. cit. p. 98.

la actividad personal, del Trabajo sin atributos, de cualquier tipo de actividad humana productiva, tanto subordinada como autónoma²³. Tal parecería haber sido el objetivo de la sorprendente y agresiva (en el buen sentido) presunción de laboralidad existente en el numeral 2 del artículo 23 la nueva ley procesal del trabajo, que solamente exige acreditar la prestación personal para que se presuma la existencia de una relación laboral, presunción que curiosamente no ha sido seguida por varias decisiones de la Corte Suprema²⁴.

Ñopo²⁵ también coincide en tener una sola regulación para así hacer efectiva la seguridad social:

“... necesitamos desacoplar la seguridad social del empleo para eliminar de raíz el problema de los incentivos a la informalidad y desincentivos a la formalidad, punto de partida de la espiral de políticas bienintencionadas pero inefectivas.

Desacoplar la seguridad social del empleo implica cambiar un paradigma en el derecho a la seguridad social: que el sujeto de derecho no sea el trabajador sino el ciudadano. Esto viene con dos implicaciones directas muy potentes. Por un lado, este es un paso efectivo hacia una verdadera universalización del derecho a la seguridad social. Y por el otro, esto implica dejar de proteger a los empleos, para pasar a proteger a las personas. Una vinculación más directa -y universal- con el ciudadano.”

Si queda claro que debemos tener un solo marco legal que proteja a todo aquel que labora para otro, la discusión relevante se encuentra en el contenido de esa protección: ¿tutela sin estabilidad? ¿tutela con menos beneficios sociales? ¿seguridad social voluntaria? En algún momento cuestionamos²⁶ la validez de un par de beneficios sociales (la asignación familiar y las gratificaciones legales) por ser inventos del gobernante de turno para disimular el caos económico que generó su caótico mandato, en especial en lo económico. Pero hay otros

23 OJEDA, A., op. cit, p. 111.

24 Entre otras se pueden revisar las casaciones 14440-2013 (del 29 de setiembre de 2014), 16105-2013 (del 17 de noviembre de 2014), 2399-2014 (del 26 de noviembre de 2015) y 608-2017 (del 3 de octubre de 2017).

25 ÑOPO, H., op. cit., p. 47-48.

26 ULLOA D., “Disparatar laboral: la confusa regulación de la asignación familiar y de las gratificaciones legales” en Libro homenaje 25 aniversario de la SPDTSS, 2013, p. 342-353.

derechos cuya aceptación es global y su importancia es vital, por ejemplo, los considerados como fundamentales por la OIT.

Por tanto, la discusión sobre cuáles de los derechos laborales deben mantenerse y cuáles suspenderse o eliminarse nos parece en gran parte resuelta por la numerosa ratificación de normas internacionales que han venido realizando diversos gobiernos peruanos, por lo que inclusive, nos arriesgamos a afirmar que si se eliminara la actual Constitución, ello no debería generar mayores cambios dado que tenemos el respaldo normativo externo ratificado por décadas y por diferentes presidentes. Claro, un gobierno extremo podría no reconocer estos compromisos previamente asumidos pero ello sería un elemento que lo deslegitimaría jurídicamente hablando, sin perjuicio que generaría un evidente impacto en las relaciones comerciales con otros países, dado que muchos de los tratados de libre comercio así como las políticas de responsabilidad social empresarial reconocen a la OIT como la entidad mundial de referencia en lo relativo a derechos laborales, así como a su lista de derechos fundamentales, establecida en junio de 1998 mediante la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento como la aplicable en sus relaciones comerciales.

Es por ello que el camino de la protección ya está trazado, por más que soplen vientos contrarios. Simplemente tenemos que ser sinceros para definir las prioridades que permitan que las normas laborales protejan a las personas que lo requieren.