

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**EFFECTOS JURÍDICOS DEL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL MYPE EN EL
EJERCICIO DE DERECHOS LABORALES ESPECÍFICOS DE LOS
TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

Presentada por:

Bachiller: ELMER OSWALDO VILLEGAS MEDINA

Asesor:

Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA

Cajamarca – Perú

2019

COPYRIGHT © 2019 by
ELMER OSWALDO VILLEGAS MEDINA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

**EFFECTOS JURÍDICOS DEL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL MYPE EN EL
EJERCICIO DE DERECHOS LABORALES ESPECÍFICOS DE LOS
TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

Presentada por:

Bachiller: ELMER OSWALDO VILLEGAS MEDINA

JURADO EVALUADOR

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

Mg. Rocío Elizabeth Salazar Chero
Jurado Evaluador

Cajamarca - Perú

2019



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 12:00 horas, del día 06 de abril de dos mil diecinueve, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**, **Mg. ROCÍO ELIZABETH SALAZAR CHERO**, y en calidad de Asesor el **Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA** Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada “EFECTOS JURÍDICOS DEL REGIMEN LABORAL ESPECIAL MYPE EN EL EJERCICIO DE DERECHOS LABORALES ESPECÍFICOS DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO”, presentada por el **Bach. en Contabilidad ELMER OSWALDO VILLEGAS MEDINA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó... APROBAR... con la calificación de QUINCE (15)... la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Contabilidad ELMER OSWALDO VILLEGAS MEDINA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL**

Siendo las 13:15 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Asesor

.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

.....
Mg. Rocío Elizabeth Salazar Chero
Jurado Evaluador

A:

A mi amada esposa Mirna y adorables hijos: Ariana Mirella, Elmer
José Manuel y Alondra Margarita, quienes son el motor y motivo
de mi superación personal y profesional.

AGRADECIMIENTO A:

Dios por la vida y la salud que nos brinda día a día, luego
a mis padres: VILMA (+) y OSWALDO, quienes con su
apoyo incondicional inspiran mi superación profesional y
promueven la práctica de valores inculcados.

CONTENIDO

DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
CONTENIDO	vii
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN.....	xii

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Planteamiento del problema	1
1.2 Formulación del problema.....	2
1.3. Objetivos de la investigación	2
1.3.1. Objetivo general	2
1.3.2. Objetivos específicos	2
1.4. Planteamiento de la hipótesis y categorías jurídicas	3
1.4.1. Hipótesis.....	3
1.4.2. Categorías jurídicas	3
1.5. Justificación de la investigación	3
1.6. Delimitación de la investigación	5
1.7. Limitaciones	6
1.8. Planteamiento metodológico.....	6
1.8.1. Diseño de la investigación.....	6
1.8.2. Tipo de investigación	7
1.8.3. Métodos de investigación.....	8
1.8.4. Técnicas e instrumentos de recopilación de información.....	10
1.8.5. Unidad de análisis	10
1.8.6. Técnicas para la contrastación de la hipótesis	11

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO

2.1. El Estado social de derecho	12
2.2. Teoría de Derechos fundamentales	15
2.2.1. Doble contenido de los derechos fundamentales	18
2.2.2. Contenido de los derechos fundamentales	19
2.2.3. Conflictos de derechos fundamentales	20
2.3. Derechos Inespecíficos y Laborales Específicos del Trabajador.....	25
2.3.1. La aparición expresa de los derechos inespecíficos del trabajador	25
2.3.2. El desarrollo de los derechos laborales específicos	28
2.3.2.1. Derechos laborales individuales.....	31
2.3.2.2. Derechos laborales colectivos	39
2.4. Tratamiento del Régimen Laboral Especial Mype en el Derecho Nacional	43
2.4.1. Definición de las Mypes	44
2.4.2. Características de las Mypes	45
2.4.3. Formas de cálculo - Nivel de ventas anuales.....	45
2.4.4. Derechos Laborales de los trabajadores de las Mypes	46
2.4.5. Aplicabilidad del régimen laboral Mype	47
2.4.6. Indemnización especial	47
2.4.7. Permanencia en el régimen laboral especial.....	48
2.4.8. Fiscalización de las Mypes.....	48
2.5. Regulación del Test de Igualdad y el Principio de Progresividad Laboral en Relación al Régimen Laboral Especial Mype	49
2.5.1. El Test de igualdad según el Tribunal constitucional	49
2.5.2. El principio de progresividad laboral	59
2.6. Glosario	65

CAPÍTULO III

CONTRATACIÓN DE LA HIPÓTESIS

3.1. El régimen laboral Mype limita o vulnera el ejercicio de derechos laborales específicos de los trabajadores del sector privado.....	68
3.2. El régimen laboral Mype analizado según el Test de Igualdad	81
3.3 Afectación al principio de Igualdad	92
3.4. Afectación al principio de Progresividad Laboral	94
3.5. Complementariedad entre la igualdad y discriminación según el TC.....	95

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

4.1. Proyecto de Ley.....	97
4.2. Exposición de motivo.....	103
4.3. Análisis coto beneficio	108
4.4. Efecto de la norma sobre la legislación laboral	109
CONCLUSIONES	110
RECOMENDACIONES	112
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	114

RESUMEN

La investigación trata de dar respuesta al problema que ha generado el acogimiento de las empresas o negocios al régimen laboral especial Mype y si dicho régimen ha contribuido a materializar la Política Pública de fomento a la formalización y desarrollo de las Mype y mejora las condiciones de disfrute efectivo de derechos laborales, determinando los efectos jurídicos en la persona del trabajador.

La hipótesis sostiene que los efectos jurídicos del Régimen laboral especial son: la limitación o vulneración de derechos laborales específicos; la afectación de los principios de igualdad y progresividad laboral; y, la discriminación entre trabajadores del sector privado.

En la contrastación de la hipótesis, se demuestra si el acogimiento al régimen laboral especial Mype de las empresas o negocios justifica el recorte o vulneración en el ejercicio de derechos laborales específicos de los trabajadores del sector privado y si dicho régimen tiene sustento constitucional (Test de Igualdad), consecuentemente se ha determinado si el régimen en estudio vulnera los principios de igualdad y progresividad laboral, para finalmente hacer una propuesta legislativa.

Palabras clave: Ley Mype, Régimen laboral especial Mype, Remype, Limitar, Vulnerar, Derechos laborales específicos.

ABSTRACT

The research seeks to respond to the problem that has generated the reception of companies or businesses to the Mype special labor regime and if this regime has contributed to materialize the Public Policy of promotion to the formalization and development of the Mype and improves the conditions of enjoyment effective labor rights, determining the legal effects on the worker's person.

The hypothesis holds that the legal effects of the special labor regime are: the limitation or violation of specific labor rights; the affectation of the principles of equality and progressive work; and, discrimination among workers in the private sector.

In the testing of the hypothesis, it is demonstrated whether the inclusion of the Mype special labor regime of the companies or businesses justifies the cutting or violation of the exercise of specific labor rights of private sector workers and if said regime has constitutional support (Test of Equality), consequently it has been determined if the regime under study violates the principles of equality and progressive work, to finally make a legislative proposal.

Keywords: Mype Law, Special labor regime Mype, Remye, Limit, Vulnerate, Specific labor rights.

INTRODUCCIÓN

La Ley N° 28015, del 3 de julio de 2003, define a la micro y pequeña empresa como la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial que contempla la legislación vigente, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios. La nomenclatura **Mype** se refiere a las dos, no obstante que tienen tamaños y características diferentes, por lo que la Ley les da igual tratamiento, excepto el “**régimen laboral**” que es de aplicación sólo para microempresas.

Las pequeñas empresas se regían por la normatividad del régimen laboral común de la actividad privada, regulado por el D.S. N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728. Según el artículo 3 de la Ley Mype primigenia, son microempresas las que tienen de 1 a 10 trabajadores inclusive y cuyo nivel de ventas anuales es hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias; para ser considerada como tal tenían que inscribirse previamente en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y presentar una declaración jurada de poseer las condiciones o requisitos indicados en los artículos 2 y 3 de la ley. La pequeña empresa abarca de 1 hasta 50 trabajadores inclusive y su nivel de ventas anuales es de 151 hasta 850 Unidades Impositivas Tributarias.

En el Perú ha triunfado la hipótesis del mal denominado “régimen especial”, por eso es que la legislación nacional (artículos 43 y 44 de la ley 28015) hace mención impropia a un supuesto **régimen laboral especial temporal** dirigido a fomentar la formalización y a mejorar las condiciones de disfrute efectivo de los derechos de naturaleza laboral, régimen que comprende: remuneración, jornada de trabajo, horario de trabajo, sobretiempos, descanso semanal, descanso vacacional, descanso por días feriados,

despido injustificado, seguro social de salud y régimen pensionario (**opcional**). En tanto que, si durante la fiscalización laboral de la microempresa por los Gobiernos Regionales, se verifica que incumple las condiciones del “régimen especial”, será excluida de dicho régimen y quedará obligada al cumplimiento total de las disposiciones que regula la legislación laboral común o general.

Con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1086, Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente del 28 de junio de 2008, artículo 8, **establece la aplicación del Régimen Laboral Especial a la pequeña empresa**, cuyo artículo 3 modifica los requisitos de acogimiento, abarcando de 1 hasta 100 trabajadores inclusive y ventas anuales hasta el monto máximo 1700 UIT y el hecho más relevante a que señala el artículo 7, respecto a la sustitución, entre otros del artículo 44 de la Ley N° 28015, prescribe: ***“Artículo 44*.-Naturaleza y permanencia en el Régimen Laboral Especial. El presente Régimen Laboral Especial es de naturaleza permanente (...).”***

El régimen especial de la pequeña empresa, además de los derechos laborales que aplica para la microempresa comprende: Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) en tanto que la actividad que realiza sea calificada como de alto riesgo, Utilidades (si cuenta con más de 20 trabajadores) y beneficios sociales (CTS, Gratificaciones) reducidos a la mitad, en relación al régimen laboral común o general. Si la pequeña empresa al momento de la fiscalización laboral por los Gobiernos Regionales o la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), se verifica que incumple las condiciones del “régimen especial”, será excluida de dicho régimen y quedará obligada al cumplimiento total de las disposiciones de la legislación laboral común o general.

Actualmente, las micro y pequeñas empresas se encuentran reguladas por el D.S. N° 013-2013-PRODUCE, que cambia los requisitos de acogimiento ante el Registro Nacional de Micro y Pequeña Empresa (Remype), eliminando el número de trabajadores y manteniendo como único requisito el nivel de ventas anuales. No obstante, aun cuando los niveles productivos de las Mype varían en términos de rentabilidad, respecto a las empresas del régimen común, **las actividades realizadas en ambos grupos no son diferentes**. Siendo ello así, dicho régimen limita o vulnera el ejercicio de derechos laborales específicos de los trabajadores, afecta los principios de igualdad y progresividad laboral y, origina discriminación entre trabajadores del sector privado, que devendría en inconstitucional.

En cuanto a la acreditación de las Mype ante el Remype, se realiza vía Web ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo con clave SOL SUNAT del contribuyente, independientemente si se trata de una persona natural o jurídica, no obstante ello, la Ley N° 30056, Ley que Modifica Diversas Leyes para Facilitar la Inversión, Impulsar el Desarrollo Productivo y el Crecimiento Empresarial, prevé que dicha acreditación será asumida por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), luego de la aprobación del Reglamento.

La dispersión temática del trabajo de investigación comprende cuatro capítulos: Capítulo I, relacionado con Aspectos metodológicos; Capítulo II, concerniente al Marco teórico; Capítulo III, que contiene la Discusión de resultados – Contrastación de la hipótesis y el Capítulo IV, corresponde a la Propuesta legislativa.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 Planteamiento del problema

La Constitución Política del Perú reconoce diversos derechos especiales de igualdad (iguales derechos y deberes de los hijos, igualdad de oportunidades en el empleo, igualdad en el valor del voto, tratamiento igual de las inversiones y propiedad nacionales y extranjeras, igualdad frente a la potestad tributaria) así, son únicamente dos de sus artículos los que permiten construir la cláusula general que contiene el derecho-principio de igualdad: **el artículo 2, inciso 2**, referido a la igualdad ante la ley y a que nadie puede ser discriminado; así como **el artículo 103**, que admite la expedición de leyes especiales, en tanto se encuentre justificado por **la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas**.

Creemos que la problemática de nuestro trabajo de investigación, consiste en determinar si el régimen laboral especial Mype, limita o vulnera el ejercicio de derechos laborales específicos, afecta los principios de igualdad y progresividad laboral y, origina discriminación entre trabajadores del sector privado; demostrando si dicho régimen fomentó la formalización y el desarrollo de las micro y pequeña empresas y permitió mejorar las condiciones de disfrute efectivo de los derechos de naturaleza laboral de los trabajadores que comprende el mismo, lo que según Pasco (2004), ha generado una cuestión polémica que enfrenta a académicos y pragmáticos, gobernantes y gremios empresariales o sindicales, y se concreta en una pregunta crucial: “¿deben establecerse regímenes laborales diferenciados: uno pleno para la gran industria, y otro moderado para las Pyme, o la legislación laboral debe ser única y general?”. Tal como indica el referido autor, la doctrina con

relación a dicha interrogante no es pacífica, hay, en un extremo, partidarios de un régimen privativo, especial, de menores beneficios y bajos costos; y, en el otro extremo, hay partidarios de una legislación general. Los defensores de la primera tesis arguyen que las legislaciones suelen ser fijadas en función de las empresas más visibles, mejor constituidas, con sindicatos más o menos vigorosos, y por lo tanto terminan siendo opresoras de las empresas menos dimensionadas, las cuales se ven empujadas al campo de la informalidad donde no hay protección ni derechos y que si bien el régimen laboral especial Mype nace como una alternativa de solución, resulta trascendente determinar el sustento constitucional de dicho régimen y si la Política Pública que crea este régimen, cumplió con su objetivo.

1.2 Formulación del problema

¿Cuáles son los efectos jurídicos que genera el régimen laboral especial Mype en la persona del trabajador que forma parte de una relación jurídica en el sector privado?

1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo general

Determinar los efectos jurídicos que genera el régimen laboral especial Mype en la persona del trabajador que forma parte de una relación jurídica en el sector privado.

1.3.2 Objetivos específicos

a) Determinar si el régimen laboral especial Mype tiene sustento constitucional.

- b) Analizar si el régimen laboral especial Mype supera el test de igualdad en relación con los fundamentos de los derechos laborales específicos en el sector privado.
- c) Determinar si la regulación del régimen laboral especial Mype afecta el principio de progresividad laboral.
- d) Diseñar una propuesta legislativa para la modificatoria del régimen laboral especial Mype.

1.4 Planteamiento de la hipótesis y categorización

1.4.1 Hipótesis:

Los efectos jurídicos del régimen laboral especial Mype en la persona del trabajador que forma parte de una relación jurídica son: a) la limitación o vulneración de derechos laborales específicos; b) la afectación de los principios de igualdad y progresividad laboral; y, c) la discriminación entre trabajadores del sector privado.

1.4.2 Categorías jurídicas

- a) Efectos jurídicos del régimen laboral especial Mype.
- b) Derechos laborales específicos
- c) Principios de igualdad y progresividad laboral
- d) Discriminación

1.5 Justificación de la Investigación

Como resultado de prestación de servicios en empresas o negocios acreditados bajo el régimen laboral especial Mype, es importante determinar si dicho régimen limita o vulnera el ejercicio derechos laborales específicos, afecta los principios de igualdad y progresividad laboral y origina discriminación entre trabajadores del

sector privado; por lo que atendiendo a ello, veremos si las Políticas Públicas, que buscan fomentar la formalización y el desarrollo de las micro y pequeñas empresas, mejorar las condiciones de disfrute efectivo de los derechos de naturaleza laboral de los trabajadores comprendidos en las Mype, justifica la creación de dicho régimen, cuya vigencia data del 3 de julio de 2003.

Por tanto, producto de ello, resulta importante analizar si el régimen en estudio, según los partidarios de la segunda tesis a que se refiere Pasco, habría creado trabajadores de primera y segunda categoría, lo cual es claramente atentatorio contra el principio de igualdad o no discriminación: crear un régimen especial de inferior nivel propicia o empuja a las empresas a fraccionarse para aprovechar las ventajas comparativas de los menores costos del nivel inferior, las empresas grandes devendrían en medianas y éstas en pequeñas o micro empresas, con el resultado de una atomización en la que los grandes perdedores serían los trabajadores, cuya fiscalización a cargo de un sistema inspectivo débil e insuficiente, actualmente compartido entre la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) y los Gobiernos Regionales, incide directamente en el ejercicio de los derechos laborales específicos de los trabajadores del sector privado.

Además, considerando que la Ley Mype¹ ha establecido causales de exclusión del régimen laboral especial Mype, a aquellas empresas que, aun cumpliendo con los requisitos de una micro o pequeña empresa, hayan sido producto de la división de

¹ Artículo 6° del Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE: “No están comprendidas en la presente norma ni pueden acceder a los beneficios establecidos las empresas que, no obstante cumplir con las características definidas en la presente Ley, conformen un grupo económico que en conjunto no reúnan tales características, tengan vinculación económica con otras empresas o grupos económicos nacionales o extranjeros que no cumplan con dichas características, falseen información o dividan sus unidades empresariales, bajo sanción de multa e inhabilitación de contratar con el Estado por un período no menor de un (1) año ni mayor de dos (2) años”.

unidades empresariales y configuren grupo o vinculación económicos, en la práctica resulta difícil detectar a las empresas que dividen sus unidades empresariales.

En tal sentido, se busca evidenciar que el régimen laboral especial Mype, no tiene sustento constitucional, es decir que nuestra investigación pretende, a fin de cuentas, coadyuvar en la búsqueda de la perfectibilidad del sistema jurídico en su aplicación doctrinal, normativa y jurisprudencial del régimen laboral especial Mype. Buscamos, en suma, que este sector del ordenamiento jurídico sea más humano, que sea producto del discernimiento del derecho como justo o injusto o como equitativo o inequitativo; **aportando de esta forma al conocimiento jurídico y con la propuesta legislativa al desarrollo de la legislación en nuestro país.**

La constante modificación de las características (número de trabajadores y ventas anuales) de acogimiento al régimen laboral especial Mype y el cambio del carácter temporal a permanente desde su creación con la Ley N° 28015 del 3 de julio de 2003 y modificatorias hasta la promulgación de la Ley N° 30056 del 2 de julio de 2013 y luego el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE del 28 de diciembre de 2013, será objeto de análisis y crítica en esta investigación, lo que permitirá determinar los efectos jurídicos en la persona del trabajador que forma parte de una relación jurídica en el sector privado.

1.6 Delimitación de la investigación

La presente investigación está orientada al análisis y explicación de los efectos jurídicos del régimen laboral especial Mype en el ejercicio de los derechos laborales específicos de los trabajadores del sector privado que regula la Ley Mype (Ley N° 28015), partiendo del estudio de la previsión normativa de la Ley en

mención, su Reglamento y normas modificatorias, que actualmente se encuentra regulada por el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial.

1.7 Limitaciones

Para alcanzar el fin propuesto, se presenta algunas limitaciones, destacando:

- a. La escasa información que presenta la doctrina nacional sobre el particular.
En la mayoría de los casos y salvo contadas excepciones, los autores que abordan este tema solo resumen en sus textos lo que prescribe la legislación nacional, pero no profundizan o hacen mayores aportes del régimen laboral especial Mype estudiado, solo se limitan a repetir acríticamente la Ley.
- b. La legislación y la jurisprudencia peruana, sobre el régimen laboral especial Mype, motivo de estudio, salvo algunas excepciones, resultan, embrionarias, modestas y hasta confusas.
- c. La bibliografía sobre el tema es escasa, al menos en el ámbito nacional y en el ámbito internacional nuestra apreciación no varía mucho, cuyo acceso a dicha información no resulta fácil.

1.8 Planteamiento Metodológico

1.8.1 Diseño de la investigación

Apelando a que nuestra investigación corresponde al Diseño No Experimental; es decir, una investigación sistemática y formal, en la cual no existe la posibilidad de manipular las variables; lo cual implica que no se ha construido ninguna situación, sino que se ha estudiado situaciones jurídicas existentes, no provocadas intencionalmente, procediendo a interpretar las normas jurídicas que crean y modifican el régimen laboral especial Mype,

apoyados en la doctrina y la jurisprudencia relacionada con la investigación, a efectos de determinar si dicho régimen limita o vulnera el ejercicio de los derechos laborales específicos de los trabajadores, contraviene los principios de igualdad y de progresividad laboral, generando discriminación entre trabajadores del sector privado, utilizando como herramienta el Test de Igualdad.

1.8.2 Tipo de Investigación.

A. De acuerdo con el fin que persigue

Considerando que la investigación es eminentemente dogmática, en el ámbito científico es considerada como **Básica**, que se traduce en una actividad orientada a la búsqueda de conocimientos teóricos sin un fin práctico inmediato.

B. De acuerdo con el Nivel de conocimiento

Tomando en cuenta que el resultado de la investigación fue la determinación de los efectos jurídicos del régimen laboral especial Mype en el ejercicio de los derechos laborales específicos de los trabajadores del sector privado, el estudio es de nivel **Explicativo – argumentativo**. Sin embargo, como fórmula de recomendación se ha planteado una propuesta legislativa que fundamenta con precisión la modificación de la Ley Mype en los artículos concernientes al régimen laboral especial Mype, por lo cual, podemos afirmar que la investigación finalizó en un nivel Propositivo.

1.8.3 Métodos de Investigación.

Se ha señalado que, atendiendo al carácter múltiple de los niveles u objetos del Derecho, no es posible definir para el conocimiento del mismo un solo método, sino más bien se podrá hablar de una unión metodológica, en cuanto que, si bien es posible estudiar e investigar sobre algún aspecto específico del Derecho con un método particular, esto no permite la visión general si no analiza el resto de los elementos que componen el fenómeno jurídico y, para hacerlo, se requiere conocer las diversas posiciones doctrinales que identifican al objeto del derecho en sus diversos niveles o dimensiones, las cuales constituyen en sí metodologías específicas de examen (Witker y Larios, 1997, p. 173). Por su parte Zelayarán (2002, p. 85) precisa que el método de investigación científica es el procedimiento lógico que debe seguir el pensamiento en la búsqueda de nuevos conocimientos, sobre algún objeto o fenómeno concreto, desde el planteamiento del problema de conocimiento hasta la elaboración del informe de investigación. Agrega este autor que, en el campo de las ciencias jurídicas, el método es el medio de cognición de las situaciones y relaciones jurídico-sociales, para la formulación de nuevos sistemas jurídicos.

En tal sentido, en la presente investigación se ha hecho uso de los siguientes métodos:

A. Método Analítico-Sintético. A través del análisis de la Ley Mype, que regula el régimen laboral especial Mype, hemos realizado un ejercicio mental que nos permitió descomponer los efectos jurídicos de dicho régimen en los trabajadores del sector privado que laboran en las Mype,

para luego sintetizar los resultados relevantes, determinando su alcance en relación con el objeto de la investigación.

B. Método Inductivo-Deductivo. A través de este método se obtuvo conocimientos de lo particular a lo general y viceversa: es decir, del análisis de cada institución jurídica que involucra al régimen laboral especial Mype, pudimos efectuar generalizaciones con relevancia científica con relación al régimen laboral común o general, que permitió sustentar nuestras afirmaciones en relación con la hipótesis planteada.

C. Método Dogmático. En la investigación se analizó la normativa sobre la Ley Mype que crea el régimen laboral especial Mype, así como las teorías relacionadas con el Estado social de derecho, Derechos fundamentales, Derechos inespecíficos del trabajador y derechos laborales específicos del mismo, Tratamiento del régimen laboral especial Mype en el derecho nacional; así como la Regulación del Test de Igualdad y el Principio de progresividad laboral, con la finalidad de determinar los efectos jurídicos del régimen objeto de estudio en el ejercicio de derechos laborales específicos de los trabajadores del sector privado; en tal sentido fue necesario recurrir al método dogmático, el cual alcanza su mayor vigor en la **teorización**; pues mientras que la exégesis trabaja fundamentalmente con normas legales, la dogmática recurre a la doctrina nacional y extranjera, el Derecho comparado y, ocasionalmente, a la jurisprudencia, que según Robert Alexy (2010), “la dogmática tiene tres tareas: 1) el análisis lógico de los conceptos jurídicos, 2) la reconducción de este análisis a un sistema, y 3) la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de la decisiones jurídicas” (p.349).

D. Método Hermenéutico. Método por el cual se buscó interpretar en forma sistemática las previsiones normativas del régimen laboral especial Mype, a fin de comprender los efectos jurídicos en la persona del trabajador del sector privado que sustenta nuestra hipótesis, para conocer su contenido y aplicación al objeto de la investigación.

1.8.4 Técnicas e instrumentos de recopilación de información

Entre las técnicas que permitieron obtener la información relevante en la planificación de nuestra investigación, así como en la recopilación, selección, análisis e interpretación de datos, tenemos:

A. Recopilación documental. Según Quiroz (1998), esta técnica se denomina Análisis de Registro Documental, la cual nos ha permitido recopilar el material documental adecuado, acorde con la finalidad de nuestro estudio.

B. Análisis de Contenido. El análisis de contenido es una técnica para describir sistemáticamente la forma y fondo del material escrito o hablado. A través de esta técnica obtuvimos la información relevante respecto al contenido no sólo sobre la normativa del régimen laboral especial Mype, sino de la jurisprudencia y doctrina relacionada con el objeto de la investigación. Como instrumento, recurrimos a la **Libreta de Anotaciones.**

1.8.5 Unidad de Análisis

En la presente investigación, la Unidad de Análisis lo constituye la Ley N° 28015 y modificatorias, específicamente los artículos 50°, 55°, 56°, 63°, 64° y 65° del Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, Texto Único Ordenado

de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, que actualmente regula el régimen laboral especial Mype.

1.8.6 Técnicas para la contrastación de la hipótesis.

Nuestra investigación refleja un enfoque con tendencia cualitativa, toda vez que no se realizaron mediciones ni aproximaciones estadísticas, habiéndose realizando únicamente la comprensión de datos obtenidos, como resultado de la interpretación normativa sobre la Ley Mype y modificatorias, el análisis de la doctrina y jurisprudencia relacionada con los efectos jurídicos del régimen laboral especial Mype, con la finalidad de contrastar la hipótesis planteada, lo cual permitió cuestionar el sustento constitucional de dicho régimen. En tal sentido, como técnica de contrastación, se ha utilizado el Análisis Documental y como instrumento el Test de Igualdad, a partir de los cuales se ha recurrido a la Argumentación, que según Atienza (2004): “argumentar constituye la actividad central de los juristas-pocas profesiones consisten más genuinamente que la de los juristas en suministrar argumentos-, y que el Derecho ofrece uno de los campos más importantes para la argumentación” (Pp.321-322), que fue tomada en cuenta para formular los fundamentos bajo los cuales se construye la teoría que sustenta la hipótesis planteada.

CAPÍTULO II

MARCO TEORICO

2.1 El Estado Social de Derecho

Para Diego Valadés (2013), la transformación del Estado liberal en Estado social es, acaso, el fenómeno más importante en la evolución del Estado moderno; lo que significa la sujeción de la actividad estatal a normas que garantizan: 1. La separación de funciones de los órganos del poder, 2. El ejercicio de la autoridad sobre las personas conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas, 3. El respeto de los derechos y libertades individuales, 4. La reivindicación y tutela de los grupos sociales económicamente débiles y 5. El desarrollo del pluralismo como instrumento de la sociedad para expandir sus prerrogativas y controlar los órganos del poder.

El Estado social de derecho comporta la fusión de tres elementos: 1. Estado, 2. Derecho y 3. Sociedad, respecto a los antecedentes, estos en principio tendrían que reportarse a cada uno de estos tres elementos; empero el concepto jurídico-político que sirve como antecedente inmediato al estado social de derecho es el Estado de Derecho. Aunque en rigor podría hablarse del Estado de Derecho siempre que la acción estatal se someta a normas jurídicas, el uso más riguroso de la expresión se desarrolló durante el liberalismo y encuentra, entre sus fuentes filosóficas, la obra de Kant: “El hombre es libre sólo cuando obedece a las leyes y no a las personas”, así el Estado de Derecho, resulta el límite impuesto a la acción estatal para salvaguardar la acción individual.

El estado social –también bautizado, sobre todo en la experiencia europea, Estado del Bienestar –es definido por Monereo Pérez (2009) como “[...] aquella forma de organización del poder político en la comunidad que comporta una responsabilidad

de los poderes públicos en orden a asegurar una protección social y bienestar básico para sus ciudadanos”.

La Constitución de 1993 sigue adscribiéndose a los países que tienen una Constitución que consagra un Estado social y democrático. En primer término, el artículo 43 (ubicado en el Capítulo I del Título sobre El Estado y la Nación) señala que el Perú es una República "democrática, social, independiente y soberana". En la misma línea, el artículo 58 (ubicado en el Capítulo I del Título sobre el Régimen Económico) precisa que la iniciativa privada "se ejerce en una economía social de mercado".

Por otro lado, se reconocen una serie de derechos de "segunda generación" (derechos al trabajo, seguridad social, educación, etc.), se asigna un papel fundamental al Estado en la vigencia, promoción y respeto de estos derechos y el artículo 3 establece una lista abierta de los derechos que tienen nivel constitucional, al estilo de la Constitución de 1993. Sin duda, se han reducido, con relación a la Constitución de 1979, las referencias al carácter social del Estado. Ello no es una casualidad, responde al interés de los constituyentes de 1993 por volver más sencillo y concreto el texto constitucional. Esta situación conduciría, de acuerdo con lo señalado por algunos constitucionalistas, a la configuración de un Estado liberal; en efecto, Rubio (2005) precisa que la Constitución de 1993 presenta características propias de un Estado policía -categoría similar al Estado liberal-:

En nuestra opinión, la Constitución de 1993 mantiene el carácter social del Estado. Ciertamente, se han eliminado varias declaraciones principistas y no hay una profusión de normas que señalen la orientación del Estado peruano; empero, ello no implica que se pueda señalar que la Constitución establezca un Estado liberal. Podemos criticar a la Constitución de "austera", de prácticamente- desaparecer las

normas que consagraban derechos de preceptividad aplazada y de no repetir todas las fórmulas principistas o ciertas obligaciones del Estado. No puede negarse que el texto de la Constitución de 1993 consagra un modelo "social", ciertamente menos "social" que su precedente, pero no existe una completa separación de este modelo, más sí una "atenuación".

Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 01761-2008-AA/TC, la Constitución declara que nuestro Estado encarna el modelo «democrático y social de derecho», a partir de una interpretación conjunta de sus artículos 3 y 43. Este modelo de Estado requiere, según el mismo tribunal, de dos requisitos básicos: i) la existencia de «condiciones materiales» para alcanzar sus presupuestos y ii) la identificación del Estado con los fines de su «contenido social». Precisamente, los fines de su denominado «contenido social» no son más que el logro de la plena efectividad de todos los derechos fundamentales, incluidos por cierto los derechos económicos, sociales y culturales.

Para ello, dentro del mismo modelo de Estado «democrático y social de derecho» se requiere de una decidida labor del Estado, por un lado orientada a «realizar acciones» que garanticen un efectivo disfrute de derechos tales como la libertad, seguridad, propiedad (por ejemplo, optimizando los servicios de seguridad, la función jurisdiccional o los registros de propiedad), salud, trabajo y educación (por ejemplo, mejorando los servicios de salud, creando más puestos de trabajo y eliminando el analfabetismo), entre otros; y por otro a «abstenerse» de afectar tales derechos (por ejemplo, no interferir irrazonable y desproporcionadamente en la libertad o propiedad, o no afectar o perjudicar los servicios educativos y de salud existentes).

2.2 Teoría de Derechos Fundamentales

Antes de describir los alcances sobre los derechos fundamentales, debemos indicar que, de las denominaciones que existen sobre los derechos que estudiaremos: humanos, constitucionales, fundamentales, etc., nos quedamos con los derechos fundamentales en la medida que reflejan adecuadamente los alcances de los derechos conferidos a las personas. Siguiendo a Jordano (1997) podemos indicar que los derechos son fundamentales en tanto que, por un lado, dan sustento o fundamento al sistema jurídico y, por otro lado, no requieren de fundamentación o justificación jurídica o, por lo menos no necesitan una justificación jurídica positiva.

Una primera entrada de los derechos fundamentales la podemos hacer desde la perspectiva de la libertad. La libertad es uno de los conceptos claves en toda construcción jurídica sobre el Derecho, no podría existir una teoría jurídica sin tener en cuenta a la libertad en cualquiera de sus acepciones.

En este sentido, abordaremos el tema de la libertad, teniendo en consideración la flexibilidad del concepto en función a diversas variables y contextos (Quintanilla, 1974), desde la perspectiva de la teoría política. A partir de ello, recogemos la conocida clasificación sobre la libertad desde sus dos manifestaciones no excluyentes Bobbio, (1993), Berlín, (1974) y Nino, (1993): libertad positiva y libertad negativa y, en un segundo momento – en relación con nuestro trabajo-, la libertad individual y la libertad colectiva. Siguiendo a Bobbio y Berlín, por libertad negativa, entendemos la ausencia de impedimento, interferencia o constricción, o la libertad para obrar o no obrar sin que exista obligación, coacción o impedimento alguno. Por otro lado, la libertad positiva se contrae en la libertad de las personas para orientar libremente sus decisiones por la opción que consideren más

conveniente sin tener en cuenta la voluntad de otros, es decir, supone tener autonomía en la toma de decisiones. En otras palabras, citando a Bobbio (1993, p. 102), podemos indicar que "la libertad negativa es una cualificación de la acción; la positiva es una cualificación de la voluntad" o, libertad de obrar y libertad de querer, respectivamente.

Ahora bien, la libertad colectiva y la libertad individual se definen, como apunta Bobbio (1993), a partir de la persona o ente que ostenta la libertad negativa o positiva. De un lado, la libertad individual está definida desde el individuo, a quien, históricamente, le comprendería la libertad negativa, pero ello no significa que no le sea extensible la libertad positiva.

Por otro lado, la libertad colectiva suele atribuirse a entes o instituciones como el Estado o la Iglesia e, históricamente, se la ha identificado con la autodeterminación o autonomía y, por ello, acostumbra a asimilarla con la libertad positiva sin que ello importe la inexistencia de la libertad negativa.

Sobre este marco de libertades, nosotros nos enfocaremos a las libertades individuales, tanto negativa como positiva, dentro de la relación laboral. Así, en el marco del centro laboral, estaríamos ante un conflicto de libertades individuales: la del empleador y la del trabajador. **Nosotros nos referiremos seguidamente a los derechos fundamentales, específicamente desde la perspectiva individual del trabajador.**

Los derechos fundamentales son elementos esenciales de cualquier sistema jurídico y que se derivan de valores superiores que tienen por fuente a la dignidad humana, y que inspiran, determinan y fundamentan a dicho sistema (Bustamante, 2004). La determinación, así como el contenido de los derechos fundamentales, en definitiva,

dependerá de la orientación ideológica o de la fundamentación que se realice y que, dentro de una sociedad plural y democrática, dependerá de los consensos y el diálogo social (Prieto, 2002).

Ciertamente, resulta trascendental para el ordenamiento jurídico - político que se reconozcan, en el ámbito constitucional, los derechos que corresponden a las personas por el solo hecho de serlos. La constitucionalización de derechos supone, siguiendo a Freixes (1986) considerados como tales –con ello, el reconocimiento de las acciones de garantía y tutela, ante actos de violación de tales derechos-, el reconocimiento del derecho dentro de una estructura –el denominado “bloque de constitucionalidad”- que permitiría una interpretación en conjunto –la aplicación de los criterios de interpretación, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, o la determinación de principios generales- y la determinación de los valores constitucionales que se imponen en un determinado ordenamiento.

La Constitución de 1993 establece una fórmula abierta sobre las libertades y derechos que califican como fundamentales. Al igual que la constitución precedente, se describen expresamente una serie de derechos y libertades inespecíficas –aplicable a todos los ciudadanos- y específicas –predicable para determinados ciudadanos, los trabajadores-. En efecto, de un lado se reconoce a la dignidad como el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1), valor que comprende un sinnúmero de derechos y principios; se mencionan una lista prolija de derechos y libertades (artículo 2); y, por otro lado, expresamente se indican que los derechos reconocidos en el Capítulo II sobre los derechos fundamentales no presentan un enunciado taxativo sino que comprende los demás derechos reconocidos en la constitución y *“otros de naturaleza análoga o que se fundamenta*

en la dignidad del hombre, o en principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” (artículo 3).

De lo dicho, conviene relevar que la dignidad se erige como la esencia predicable de cualquier persona y que, además, es el valor o derecho del cual se desprenden los demás derechos. Como se ha dicho, la dignidad importa “el derecho a ser considerado como ser humano, como persona, es decir, como ser de inminente dignidad titular de derechos y obligaciones. Sin este derecho reconocido se quiebran todos los demás derechos fundamentales, se quedan sin su punto de apoyo” (Peces, 1978).

2.2.1 Doble contenido de los derechos fundamentales

En palabras de Pérez Luño (1991), los derechos fundamentales cumplen una doble función: en el plano subjetivo, representan una garantía de la libertad individual, y en el plano objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los valores constitucionales proclamados.

En el mismo sentido, Castillo (2004, p. 482) ha indicado sobre el doble contenido de los derechos fundamentales que:

Todos los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito en su contenido constitucionalmente protegido, uno subjetivo que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que por tanto exige la abstención por parte del poder público; y otro objetivo o institucional que contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas necesarias a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad.

El TC ha recogido esta visión de la doble dimensión de los derechos fundamentales en diversos procesos, como una técnica para determinar la admisión de la acción de amparo. Así, en la sentencia recaída en una acción de amparo laboral que inicialmente delimitó los supuestos de procedencia de las acciones de amparo con ocasión del despido (Exp. No. 976-2001-AA/TC), destacó el TC sobre el doble contenido de los derechos fundamentales: “Hoy, desde luego, los derechos fundamentales no son sólo derechos públicos subjetivos, esto es, libertades que garantizan sólo un status negativus, la preservación de un ámbito de autonomía personal oponible al Estado”.

A juicio del Tribunal Constitucional, al lado de la idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, también hay que reconocer en ellos el establecimiento de verdaderos valores supremos, es decir, el componente estructural básico del orden constitucional, "en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; (...) el fundamento del orden jurídico y de la paz social." [*STC de España 53/1985, Fund. Jur. N.º. 4]*”²

2.2.2 Contenido de los derechos fundamentales

Sobre el contenido de los derechos fundamentales, se han elaborado varias teorías. En términos generales, podemos resumir dos. Una primera es la que

² También ha indicado el TC: “En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional” (Exp. No. 3330-2004-AA/TC).

destaca la existencia de un contenido esencial, un núcleo duro e infranqueable (un “*contenido esencial*”) conformado por aquellas manifestaciones del derecho que lo hacen reconocible en el ordenamiento jurídico, de tal manera que este núcleo debe merecer de tutela jurídica (Parejo, 1981, pp. 186 y ss), siendo especialmente oponible al ente regulador, y cuyo contenido jurídico, como apunta Abad Yupanqui (1992, p. 14), es indeterminado “que se concreta en relación a cada derecho fundamental”. Otra posición –con la cual, nos alineamos, usualmente llamada institucionalista- indica que se debe realizar el análisis de la valoración de los derechos fundamentales sobre la base de un equilibrio entre los valores y principios de cada ordenamiento jurídico (Haberle, 1997), de tal manera que no puede aludirse a contenidos esenciales y no esenciales de los derechos fundamentales.

2.2.3 Conflicto de los derechos fundamentales

El reconocimiento constitucional, tanto de las libertades específicas e inespecíficas de los trabajadores, no representa un mero reconocimiento formal a determinados derechos y libertades ni, mucho menos, elimina la dificultad para resolver los conflictos que puedan presentarse entre los trabajadores y el empleador; estamos, siguiendo a Peces-Barba (1991), ante un reconocimiento constitucional de derechos que son autosuficientes sólo con su aspecto ético pero que, con la dimensión jurídica, los convierten en un elemento inseparable para la misma existencia de tales derechos. A ello, agregaríamos nosotros, el reconocimiento enriquece la discusión jurídica y los fundamentos que puedan elaborarse para la resolución de los conflictos que se presentan entre el empleador y los derechos específicos e inespecíficos de los trabajadores que laboran para éste.

Estamos, por consiguiente, dentro de los derechos de la máxima jerarquía y que merecen la mayor tutela dentro de un sistema normativo, que pueden ser ejercidos por los trabajadores y, por cierto, también por los empleadores, según lo afirmado por Alexy et al. (1993).

De las variadas teorías que existen en relación a las técnicas o los procedimientos para encontrar una solución al conflicto de derechos fundamentales, o si se quiere de los aparentes conflictos o de la colisión entre las pretensiones de las partes involucradas en un proceso (las denominaciones varían entre aquellas posturas que aceptan la existencia de conflictos de derechos fundamentales y las que aluden a la dignidad humana como un elemento que impide la existencia de conflictos entre derechos fundamentales pues no puede haber derechos contradictorios entre sí en un sistema constitucional, tales técnicas y procedimientos puede verse en Alonso (1984, pp. 416 y ss.), Bustamante (2004, pp. 121 y ss.) y Castillo (2005, pp.371 y ss.), inclinándonos nosotros por aquella que se sustenta en la búsqueda del equilibrio o ponderación de derechos fundamentales, en tanto los derechos fundamentales interactúan mediante relaciones de complementariedad y coordinación.

Consideramos que, aun cuando partamos de la premisa de la inexistencia de conflicto de derechos fundamentales (y más se aluda a un conflicto de pretensiones de las partes enfrentadas en el proceso o supuestos conflictos) pues la dignidad importa el ejercicio de derechos que conviven entre sí, la técnica de la ponderación o búsqueda del equilibrio de derechos fundamentales es la que permite una solución a la problemática de determinar qué pretensión se debe amparar.

Ciertamente, este juicio de ponderación de derechos constitucionales es mucho más necesaria si se tiene en cuenta que “nuestro ordenamiento constitucional no admite ningún tipo de jerarquía de derechos, ni abstracta ni concreta. Todos los derechos constitucionales –al menos en el caso peruano– tienen un mismo rango” (Castillo, 2005, p.459). En la misma línea, el TC ha declarado (Exp. No. 1797-2002-HD/TC):

Todos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, por ser derechos constitucionales. De ahí que, ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica, cuyo tema es tratado por Marciani (2004).

Retomando el tema de los conflictos de derechos fundamentales, esta situación debe ser apreciada cuidadosamente y la valoración sobre el bien constitucional que debe privilegiarse siempre debe ser casuística atendiendo a las circunstancias particulares y específicas que se verifican en cada caso concreto. No se trata de “jerarquizar” los derechos sino de coordinarlos y relacionarlos armónicamente, de tal manera que se considera a la Constitución como una unidad que impide un desplazamiento de un derecho fundamental sobre otro, afirmación hecha por Castillo (2005, Op. Cit., p.461). Se trata, entonces, de delimitar adecuadamente los derechos fundamentales en conflicto de modo tal que se establezcan los alcances y relaciones entre los bienes cuya interpretación es objeto de análisis. En palabras de Alexy (1993), este principio puede resumirse en: **“cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”** (énfasis agregado).

La razonabilidad importa la apreciación de una medida determinada y si esta es justificada, se adecua a las razones que motivaron su implementación y cuya valoración dependerá de las circunstancias que rodea el respectivo entorno social y cultural. En palabras de Rubio (2005), la razonabilidad importa que la actuación de las personas “deben cumplir el requisito de ser generalmente aceptados por la colectividad como adecuada respuesta a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano”. De tal manera que, aquello que no cuenta con causas justificadas en un determinado entorno, será irrazonable y no debiera admitirse en el ordenamiento jurídico.

Con una aproximación desde la buena fe, Conde (2007), destaca que en el contrato de trabajo la buena fe constitucional, se concibe mediante los conceptos de razonabilidad, cooperación recíproca, proporcionalidad, el respeto a los derechos fundamentales de la persona del trabajador y, derechos del empresario emanados de libertades constitucionales.

El TC en muchas de sus resoluciones alude a la razonabilidad. En el Expediente No. 0006-2001-AI, el TC destacó lo siguiente:

El principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos.

Tras la apreciación razonable de los derechos fundamentales, podemos encontrarnos ante un conflicto de los derechos. Para ello, Valdés (2003), se

atribuye a la ponderación como la herramienta para solucionar todo tipo de conflictos de derechos relacionados con las personas o entre particulares en tanto que la razonabilidad se restringiría finalmente al conflicto entre el Estado y particulares; para efectos de esta tesis, nosotros nos referiremos al principio de proporcionalidad que está configurado en la Constitución (artículo 200, conjuntamente con la razonabilidad) como la herramienta que permite apreciar el conflicto entre particulares y ponderar los bienes constitucionales en conflicto dentro de las organizaciones de tendencia.

Entonces la proporcionalidad, sería la herramienta que permite la ponderación de derechos fundamentales en conflicto: apreciar, en cada caso concreto, la forma de armonizar los derechos en juego y determinar cuál aplicar. Desde el lado del empleador, se puede decir que el juicio de ponderación ha de constatar que el acto empresarial impeditivo del derecho no traspasa lo razonable, es necesario para lograr el fin perseguido y mantiene un principio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el bien que se tutela, cuya afirmación corresponde a Valdés (2003).

De acuerdo con el TC, este principio, en la línea que hemos descrito, comprende tres subprincipios (Expediente No. 1767-2007-PA/TC)³:

Este principio está estructurado a su vez por tres sub principios: **a)**

Idoneidad: Toda medida que implique una intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin

³ Esta misma consideración puede apreciarse en otras sentencias del Tribunal Constitucional: STC N° 2192-2004-AA/TC, STC N° 3567-2005-AA/TC, STC N° 7602004-AA/TC, STC N° 2868-2004-AA/TC, STC N° 090-2004-AA/TC y STC N° 37782004-AA/TC. Un desarrollo de estos subprincipios puede verse en INDACOCHEA, Úrsula. “El principio de proporcionalidad como criterio metodológico para evaluar las limitaciones al contenido de los derechos fundamentales”. En: Revista Gaceta Constitucional No. 02. Gaceta Jurídica Ed. Lima, 2008, pp. 35 y ss.

constitucionalmente válido; **b) Necesidad:** No debe existir otro medio alternativo que, por lo menos, muestre la misma idoneidad para la consecución del fin propuesto y que sea benigno con el derecho afectado, y, **c) Proporcionalidad:** el grado de intensidad en el que se realice el objetivo de la medida dictada debe ser equivalente al grado de intensidad en el que se afecte el derecho fundamental.

2.3 Los Derechos Inespecíficos y Laborales Específicos del Trabajador

2.3.1 La Aparición expresa de los derechos inespecíficos del trabajador

Las constituciones del S. XX regularon, por vez primera, el respeto de los **derechos inespecíficos o de la persona del trabajador en la relación laboral**. En concreto, la Constitución de 1933 (artículo 44) disponía: “Es prohibida toda estipulación, en el contrato de trabajo, que restrinja el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales”.

No obstante, lo expuesto, es importante advertir que probablemente los constitucionalistas del 33’ no se referían a la exigibilidad de los derechos inespecíficos en una relación laboral. Un rasgo sintomático de lo expuesto se relaciona con el enunciado del precepto constitucional comentado. Se alude a que ninguna “estipulación en el contrato de trabajo” puede restringir el ejercicio de derechos civiles, políticos y sociales. Con ello, estamos ante una cláusula de un contrato de trabajo.

Cuando se emitió la Constitución de 1933, todavía se apreciaban relaciones de servidumbre y yanaconaje y creemos que éstas son el más relevante ámbito de aplicación del precepto comentado. Tal vez, los constituyentes quisieron “reforzar” con este mandato constitucional la libertad de trabajo, evitar el trabajo forzoso, así como reconocer que el Derecho Laboral supone

una relación de poder y se buscaba fortalecer la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, más que asegurar el pleno ejercicio de derechos civiles y políticos en el seno de una relación laboral.

Ciertamente y aun cuando la noción de Constitución no tenía el pleno alcance que se puede apreciar a la fecha-, las normas constitucionales son imperativas en la medida que, de ellas, se derive una eficacia o preceptividad inmediata y, por lo cual, como cualquier otro pacto, el contrato de trabajo no debe establecer condiciones que atenten contra tales preceptos constitucionales.

Los derechos inespecíficos son los derechos no laborales o no específicos que tienen los trabajadores por el hecho de ser personas o ciudadanos y que se pueden ejercer dentro de la relación laboral tales como libertad religiosa, intimidad, libertad de expresión, secreto de comunicaciones privadas, etc. No estamos, por consiguiente, ante derechos propiamente laborales.

Nótese que la prohibición constitucional analizada se refiere a derechos de naturaleza civil, política o social –en este último caso, estarían los derechos laborales y no solamente los derechos laborales de sindicalización⁴.

Lo expresado es de vital importancia. Por los derechos inespecíficos se limita el poder de dirección del empleador dado que ya no podría dictar órdenes que atenten contra los derechos no laborales de los trabajadores y éstos podrían cuestionarla válidamente. Con ello, en el ámbito constitucional, se establece; una nueva regulación: los derechos constitucionales de los trabajadores no solamente son los propiamente laborales (específicos) sino también los derechos constitucionales no laborales (inespecíficos) que se ejercen en las

⁴ Empero, cuando se debatió este precepto –entre los “Sanchezcerristas” y los “socialistas”, el término social comprendía exclusivamente los derechos de sindicalización.

relaciones laborales. Repárese que la disposición constitucional señala que en el contrato de trabajo no se puede restringir o limitar los derechos de los trabajadores como personas –genéricamente, los derechos civiles y políticos-. De este modo, claramente puede inferirse que los derechos inespecíficos son previos a la relación laboral.

A diferencia de las constituciones del S. XIX donde se preveía que el contrato de trabajo generaba derechos a la persona –esencialmente la ciudadanía-, ahora se establece que los derechos de la ciudadanía son un presupuesto de la relación laboral y se ejercen dentro de ella.

La Constitución de 1979 (artículo 42) tenía un mejor desarrollo de los derechos inespecíficos en el seno de las relaciones laborales: “En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad”.

La redacción de este precepto nos resulta más atractiva que la prevista en la Constitución de 1933, en la medida que comprende la prohibición de cualquier acto –un contrato de trabajo, una norma jurídica- o hecho –un acto del empleador-, normativo o no, individual o colectivo, que restrinja los derechos inespecíficos y específicos –la fórmula es amplia, se refiere a los “derechos constitucionales”- de los trabajadores, cuyo estudio es realizado por Valdés Dal Ré (2003, pp. 46 y ss.)⁵.

Finalmente, es importante destacar el reconocimiento de la dignidad como elemento trascendente de ejercicio en una relación laboral y como una suerte

⁵ Un estudio general sobre la evolución del reconocimiento de derechos de la persona del trabajador puede verse en VALDÉS DAL RÉ, Fernando. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”. En: XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AUDTSS y SIDTSS. Montevideo, 2003, pp. 46 y ss.

de derecho genérico que asegura la vigencia de derechos de la persona dentro del contrato de trabajo, tema destacado por García (2003, p. 96)⁶.

Con ello, respecto de la constitución precedente, se prevé un precepto general y comprensivo, abstracto y abierto, sobre el alcance de los derechos constitucionales que pueden ejercerse en el seno de la relación laboral, sin que estos derechos sean los explícitamente reconocidos, sino que se extienden a aquellos que se deriven de la dignidad.

2.3.2 El Desarrollo de los derechos laborales específicos del trabajador

En realidad, desde inicios del S. XX, ya teníamos los primeros derechos laborales -para el sector privado- recogidos en normas generales, así como movimientos internacionales que generaron un marco adecuado para que, desde la Constitución de 1920 (la primera del siglo pasado), se aprecie un giro radical en el tratamiento constitucional del tema laboral. Se puede decir que la Constitución de 1920 regula en sede constitucional la evolución de la temática laboral.

La Constitución de 1920 se discute y promulga con movimientos sociales y huelgas de los trabajadores, con una Organización Internacional del Trabajo (OIT) y con dos constituciones del exterior -Méjico y Alemania- que tenían sendas disposiciones sociales. Todo ello, pues, "creaba" un clima propicio para que se regularan derechos laborales.

⁶ Así, sobre este tema se ha destacado que “La presencia de la dignidad de la persona como valor constitucional, no solo centra la pluralidad abierta de “valores superiores”, sino que aparece como criterio integrador y unificador del sistema de los derechos fundamentales rigiendo la positivización de los mismos. Es decir; irradia un sentido sobre todos los momentos de la interpretación, la aplicación y los procesos técnico-jurídicos en que consiste el desarrollo de la norma constitucional”. GARCÍA, Clemente. El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional. Universidad de Murcia. Murcia, 2003, p. 96.

La Constitución Mexicana de Querétaro de 1917 fue la primera en el mundo en reconocer derechos típicamente laborales. El artículo 123 contempló una serie de derechos laborales específicos y concretos: la jornada máxima de trabajo de ocho horas, el descanso semanal, el descanso pre y post natal, el salario mínimo, la sobre tasa por trabajo de horas extras, el principio de igualdad de trato en el pago de la remuneración, el derecho de huelga y la libertad sindical, etc.

Otra influencia importante fue la Constitución de Weimar. Hacia 1919, Alemania sufría las consecuencias de la Primera Guerra Mundial y, ante la situación laboral, se produjeron revoluciones, movilizaciones y huelgas obreras que motivaron, entre otras razones que, tras una Asamblea Nacional, se promulgara la Constitución de 1919, conocida como la Constitución de Weimar.

Si bien la Constitución de Weimar no tiene el contenido específico de la Constitución de Querétaro, consagra principios generales (artículo 162) tales como el principio protector - el principio base del Derecho del Trabajo- y la disposición sobre el trabajo adecuado, y derechos concretos como la libertad sindical, el derecho de huelga y la negociación colectiva.

La tendencia hacia el reconocimiento de los derechos sociales y laborales ha sido incontenible tras la Constitución de 1920. Así, el artículo 47 de la Constitución de 1920 (que tenía el mismo tratamiento en la Constitución de 1933), ubicado dentro del título de las garantías sociales, fijó una serie de principios sobre los cuales el Estado debe actuar en la regulación de las relaciones laborales. Si bien este artículo es una expresión del principio protector del Derecho del Trabajo, representa el primer artículo que,

expresamente, desarrolla derechos laborales concretos en nuestra historia constitucional⁷.

En concreto los derechos laborales específicos, son aquellos derechos que se generan a partir de una relación de trabajo, es decir son derechos propios y exclusivos de tener la “condición de trabajador”, los cuales tienen su origen en las Constituciones de 1920, 1933 y 1979 y que conserva la Constitución de 1993, siendo la Constitución de 1979, la que representa el mayor tratamiento laboral que ha tenido nuestro desarrollo constitucional, superando inclusive a la actual.

Como señalan Palomeque y Álvarez (2001), los derechos específicos laborales tienen:

Su origen específico o razón de ser (exclusiva o principalmente) en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo activa o como referencia pretérita o de futuro, se convierte de este modo para aquéllos en presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio. (pág. 147)

Se trata de los derechos que se dan en el contexto de la relación laboral y que fuera de ella no tienen un campo de desarrollo o que no podrían ser ejercidos, por ejemplo la jornada ordinaria de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales (artículo 25° de la Constitución) se entiende dentro del contexto de una relación laboral en la que un trabajador pone a disposición

⁷ El artículo 47 señalaba: “*El Estado legislará sobre la organización y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías de él, de la vida, de la salud y de la higiene. La ley fijará las condiciones máximas de trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas razas del país. Es obligatoria la indemnización de los accidentes de trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen*”.

del empleador su fuerza de trabajo por un tiempo durante el día, lo que no sucede en otros tipos de relaciones jurídicas.

Asimismo, los derechos laborales específicos del trabajador son de carácter individual y colectivo y, que si bien el régimen laboral especial Mype, recoge algunos de ellos, en la práctica, su aplicación limita o vulnera tales derechos, contraviniendo los principios de igualdad y progresividad laboral, así tenemos:

2.3.2.1 Derechos laborales individuales

A. Asignación familiar

Este beneficio está regulado por la Ley N° 25129 y su reglamento, el D.S. N° 035-90-TR, el cual es de naturaleza y carácter remunerativo y consiste básicamente, en la obtención para el trabajador de una suma dineraria equivalente al 10% de la remuneración mínima vital (hoy S/. 930.00) por la acreditación de tener a cargo uno o varios hijos menores de 18 años.

Además, este es un derecho que apunta a favorecer a ciertos trabajadores que, por tener hijos mayores de edad cursando estudios superiores (hasta 24 años), puedan obtener en virtud de este mandato legal una ayuda en la manutención de los gastos familiares. Este pago debe realizar todo empleador que los tenga registrados como trabajadores.

B. Gratificaciones Legales

Este beneficio también surge por mandato legal. Actualmente no tiene sustento constitucional por lo que una norma del mismo rango

podría modificarla o eliminarla. La Ley N° 27735, norma que reemplazó a la Ley N° 25139, repitió el texto de la primera, no obstante, incorporó una nueva característica al beneficio, como es la gratificación proporcional.

La norma señala que transcurrido el semestre (enero-junio o julio-diciembre), el empleador debe entregar al trabajador tantos sextos como meses completos haya laborado y en aplicación al artículo 3° de la Ley N° 27735, los meses completos deben ser calendarios, es decir que los meses no se calcularán de manera real (de 20 de mayo a 20 de junio, por ejemplo).

En síntesis, este beneficio supone incrementar el valor del trabajo en dos remuneraciones mensuales adicionales por año, lo cual lleva a calcular a todo empleador la remuneración de manera anual y no mensual, a fin de determinar el monto a pagar a cada persona que contrate, cuyo pago se hará en la primera quincena de julio y diciembre o al cese del trabajador.

Cabe precisar que este beneficio también es considerado remuneración para todo efecto legal. De allí la importancia de normas específicas (Ley N° 29351 y Ley N° 29714) que exoneran a las gratificaciones legales de las contribuciones sociales a cargo del empleador y del trabajador, otorgando inclusive el 9% que correspondía aportar a ESSALUD a favor del trabajador.

C. Descanso vacacional

En nuestra legislación, el derecho al descanso vacacional está normado por el Decreto Legislativo N° 713, que establece

vacaciones de treinta (30) días por cada año completo de servicios, en tanto se cumpla con lo establecido en el artículo 10° de la norma citada, tomando en cuenta la fecha de ingreso del trabajador.

Podemos definir al descanso vacacional como aquel derecho del trabajador derivado de la relación que tiene con el empresario, y cuyo contenido consiste en la interrupción de la prestación de un trabajo durante un número determinado de jornadas consecutivas al año, sin dejar por ello de recibir la remuneración correspondiente a tales jornadas⁸ (Alonso García citado por De Lama Laura, 2012, pág. 42).

Sin embargo, la definición esgrimida resulta incompleta *“ya que no se consideró un elemento esencial, el cual es el factor higiénico-social, que el descanso posee (...) así estas se otorgan con el fin de atender los deberes de restauración orgánica y de vida social”* (Monzón Zevallos, 2013, pág. 30).

Así pues, es evidente que toda actividad humana, sea intelectual o física, que es realizada de manera continua y prolongada, requiere de una pausa, una suspensión que procure a la persona que la realiza un debido descanso. Por tal razonamiento es que el descanso ha configurado un derecho de nivel constitucional, recogido hasta en dos apartados normativos de nuestra Carta Magna:

⁸ Por ello es un supuesto de suspensión imperfecta.

Artículo 2, inciso 22: “A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

Artículo 25: “(...) Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio”.

Además, Conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la interpretación de los derechos reconocidos en el artículo 25 y en el artículo 2 inciso 22 de la Constitución, debe tener presente que:

El artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre.

El artículo 7. literal d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial el disfrute del tiempo libre.

El artículo 7 literal h) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre.

D. Compensación por tiempo de servicios (CTS)

La CTS es un beneficio de origen legal, regulado en nuestro país por el Decreto Legislativo N° 650, Texto único Ordenado que fue aprobado por el Decreto Supremo N° 001-97-TR, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios y su Reglamento el Decreto Supremo N° 004-97-TR.

Tienen derecho a este beneficio los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada que cumplan con por lo menos en promedio una jornada mínima de cuatro horas diarias. Así, el personal contratado a tiempo parcial no tiene derecho a recibir la CTS.

Para el cómputo de este beneficio los trabajadores deben tener por lo menos un mes de trabajo. Si al momento del cálculo, el trabajador cuenta con menos de un mes laborado, no se tomará en cuenta para ese periodo, sino que se computará para el siguiente periodo de cálculo de la CTS, cuyos depósitos semestrales se realizan dentro de los primeros quince (15) días de los meses de mayo y noviembre de cada año, respectivamente, tomando como base para el cálculo la remuneración percibida por los trabajadores durante los meses de abril y octubre de cada año, a la que se adiciona $1/6$ de la gratificación de julio y diciembre, según corresponda a cada semestre, siendo que según la doctrina, cumple con un rol preventivo y promocional, es decir es de carácter bidimensional.

E. Seguridad social: Salud y Pensiones, Seguro complementario de trabajo de riesgo (SCTR).

El concepto de seguridad social ha sido ampliamente utilizado en la doctrina nacional y extranjera, que no obstante sus variaciones, han llegado en gran parte a un punto en común, que es su reconocimiento como derecho fundamental que debe asegurar el Estado. No podría ser de otro modo, dado que forma parte del proceso de otorgar a sus ciudadanos de una vida digna en toda su dimensión, así como también su vital importancia en el desarrollo y crecimiento económico de un Estado.

Partiendo de afirmar la naturaleza fundamental el derecho de la seguridad social, Jorge Toyama (s.f.) ha señalado que “Los derechos fundamentales son elementos esenciales de cualquier sistema jurídico y que se derivan de valores superiores que tienen por fuente la dignidad humana, y que inspiran, determinan y fundamentan a dicho sistema” (p. 68).

El Tribunal Constitucional, en varias sentencias, entre ellas, las sentencias N° 2186-2002-AA y la N° 008-96-I, ha señalado lo siguiente:

“La seguridad social es un derecho fundamental que supone el derecho que le asiste a un apersona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener una existencia en armonía con dignidad, teniendo presente que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

En el mismo sentido, la Sentencia STC Exp. N° 10063-2006-PA/TC sostiene que:

“De su relación indisoluble con la dignidad de la persona y por estar consagrados con esa característica en el texto constitucional, se concluye que se trata de derechos fundamentales”.

De este modo, el Tribunal Constitucional define a la seguridad social principalmente como un derecho fundamental, es decir inherente a toda persona humana, lo cual supone que todas las personas de distintas instituciones y mecanismos deben ser capaces de otorgar directamente las facilidades para asegurar la eficacia de este derecho. En nuestro país, se intenta concretizar este derecho, respecto al sistema pensionario a través de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), regulado por el Decreto Ley N° 19990 del año 1973, que crea el Sistema Nacional de Pensiones y en el año 1993, aparece el Sistema Privado de Pensiones regulado actualmente por el Decreto Supremo N° 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y modificatorias.

Asimismo, en materia de seguridad social en salud, nuestro país ha regulado la prestación de servicios de salud a través de la Ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 009-97-SA, materializándose dicha prestación del seguro regular de salud a través de ESSALUD. Cabe precisar que el Seguro Complementario

de Trabajo de Riesgo (SCTR), constituye una cobertura adicional al seguro regular de salud y pensiones, tiene carácter obligatorio, en tanto la entidad empleadora realiza actividades de alto riesgo contempladas en el Anexo 5 del D.S. N° 003-98-SA, cuyo costo es asumido por el empleador.

F. Participación en las utilidades de la empresa.

La participación en las utilidades es un derecho de los trabajadores reconocido constitucionalmente. Así, el artículo 29° de la Constitución de 1993 señala:

“El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación”.

Las normas que desarrollan el Texto Constitucional son el Decreto Legislativo N° 892 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 009-98-TR, además de algunos artículos del Decreto Legislativo N° 677. Las dos primeras, sólo se refieren a la participación de utilidades; en cambio, la última alude a las formas de participación. Por otro lado, son requisitos para participar en las utilidades de la empresa:

- i. Laborar en empresas que desarrollen actividades generadoras de renta de tercera categoría y que estén sujetas al régimen laboral de la actividad privada.
- ii. Estas empresas deben contar con más de veinte (20) trabajadores.

iii. Tener, evidentemente, una renta anual antes de impuestos, sobre la cual se determinan las utilidades laborales.

El porcentaje de participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa depende de la actividad principal que desarrolla la empresa. Así tenemos:

- Empresas pesqueras :
10%
- Empresas de telecomunicaciones :
8%
- Empresas industriales :
10%
- Empresas mineras :
8%
- Empresas al por mayor y al por menor y restaurantes :
8%
- Empresas que realizan otras actividades :
5%

Si la empresa realiza más de una actividad económica, la actividad principal será aquella que generó mayores ingresos brutos en el respectivo ejercicio.

2.3.2.2 Derechos laborales colectivos

Una vez agotada la categoría de los derechos individuales, procederemos a identificar las circunstancias bajo las cuales las facultades colectivas se encuentran trasgredidas por el régimen laboral especial Mype. Así pues, haremos un análisis sobre los ejes

medulares (constitucionales)⁹ del derecho colectivo y los efectos negativos en el trabajador por prescindir de eficacia plena.

A. Libertad sindical.

Ahora bien, para los fines aquí perseguidos, tornaremos nuestro análisis en función a la libertad sindical, derecho constitucional cuya trasgresión es la más evidente y directa. Dicha vulneración se encuentra específicamente en su plano intuitu persona, aspecto positivo¹⁰; ya que existen limitaciones que contempla este régimen que nos hacen prever la dificultad de constituir sindicatos o más aún, afiliarse a uno ya constituido, en tanto el 60%¹¹ de asalariados privados se encuentra ocupado en empresas con menos de veinte trabajadores.

Por tanto, encontramos aquí una contra versión constitucional evidente, pues según nuestra Carta Magna, las políticas estatales deben estar orientadas a garantizar el ejercicio de este derecho. Más aún si la libertad sindical, encuentra sustento directo en la libertad de asociación, ostentando ambos derechos la categoría de derechos fundamentales, consagrados en la Constitución de la OIT desde 1919; de hecho, la libertad sindical y de asociación está estrechamente vinculada con la libertad de expresión, la libertad de

⁹ Artículo 28° de la Constitución Política del Perú. - El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical. 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

¹⁰ **Fundamento jurídico 27 del pleno jurisdiccional 008-2005-PI/TC del Tribunal Constitucional.**

¹¹ *Dato extraído de la Revista Jurídica de Derecho de la PUCP. (Una visión ponderada de la legislación laboral: Comentarios al régimen MYPE y a la propuesta de la Nueva Ley de Empresa).*

prensa, la libertad de reunión y el sufragio universal. Estos derechos son la base de la representación y gobierno democráticos. Además, la libertad sindical y de asociación y la negociación colectiva figuran entre las cuatro categorías de principios y derechos de la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada por los Estados Miembros de la OIT en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1998. Esta Declaración hace hincapié en que todos los Estados Miembros están obligados a respetar los referidos principios y derechos, hayan ratificado o no los convenios pertinentes de la OIT.

Siendo ello así, resulta crucial reducir el número mínimo para conformar un Sindicato, a fin de garantizar el ejercicio de los derechos laborales colectivos.

B. Negociación colectiva.

Como consecuencia lógica del ejercicio insipiente de la libertad sindical, los demás derechos laborales colectivos se encuentran vedados en su eficacia. Así pues, si no existen organizaciones sindicales, un pacto de trabajo entre el empleador y el trabajador, en miras de mejorar las condiciones laborales de este último, resulta casi imposible¹². De esta manera, observamos, una vez más cómo el régimen laboral especial Mype, constituye un obstáculo para optimizar la calidad de vida de los trabajadores. Así también

¹² Hacemos énfasis en una imposibilidad parcial, pues según el D.S N° 010-2003-TR, Ley de relaciones colectivas, de su artículo 41, la formación de sindicatos no siempre es un requisito *sine qua non* para el ejercicio de una negociación colectiva, siempre que se presenten los representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados.

dilucidamos aquí, otra trasgresión constitucional, pues se prescribe la obligación del estado de promocionar formas pacíficas de solución de conflictos, hecho que se ve quebrantado por este régimen especial.

C. Huelga.

Aun cuando el derecho a huelga no es promocionado por el Estado, por no ser una solución pacífica de conflictos laborales, su ejercicio también tiene rango constitucional, siempre que se dé en *última ratio*. Es por ello que, aun cuando se dieran las condiciones adecuadas para hacerse efectivo, su realización sería más lesiva para el propio trabajador que para el empleador, pues al ser la huelga un supuesto de suspensión perfecta de trabajo, el empleador no se encuentra obligado al pago de remuneración, por prescindirse de la prestación efectiva de trabajo¹³. En ese contexto, y con los precarios beneficios remunerativos que tienen los trabajadores del régimen laboral especial Mype, tal decisión conflictiva pondría en riesgo el bienestar del asalariado y su familia.

Asimismo, debemos considerar que pese a que la declaración de huelga no afecta los beneficios de Compensación por tiempo de servicios (CTS), ni el récord vacacional¹⁴; sí existe una vulneración manifiesta en sus gratificaciones legales¹⁵ y en la participación de

¹³ Además de ello, se prescinde del salario para compensar el daño adscrito al trabajador, quien debe aceptar el perjuicio transitorio. En ese sentido, así como el empleador está prohibido de contratar otros trabajadores para reemplazar a los huelguistas, en la misma proporción los colaboradores laborales deberán sacrificar su remuneración.

¹⁴ De acuerdo con el Artículo 12 del Decreto Supremo N° 713, para efectos del récord vacacional se consideran días efectivos de trabajo (...) i) Los días de huelga, salvo que haya sido declarada improcedente o ilegal.

¹⁵ De conformidad con lo establecido en el Decreto Supremo N° 005-2002-TR, solo se consideran como días efectivamente laborados: El descanso vacacional, licencia con goce de remuneraciones, descanso o

las utilidades¹⁶ (Feliciano Nishikawa & Díaz Quintanilla, 2011, pp. 87-88); entonces imaginemos cuán perjudicial sería ello para un trabajador del régimen especial, que además de llevar consigo la carga de recibir beneficios laborales limitados y en el peor de los casos inexistente, resulten vedados los pocos beneficios económicos que se les brinda.

2.4 Tratamiento del Régimen Laboral Especial Mype en el Derecho Nacional

Antes de enfocarnos en el tratamiento del régimen laboral especial Mype en el ámbito nacional, debe tenerse en cuenta la actividad empresarial y libertad de empresa en nuestro país, que se materializa al constituir una empresa, donde uno de los actores de la relación laboral (empleador), está obligado al cumplimiento de los derechos laborales específicos de los trabajadores.

En nuestro país, para constituir una empresa, deben cumplirse las formalidades que exige la Ley General de Sociedades, regulada por el Decreto Legislativo N° 26887, además de la Ley N° 21621 que regula a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y modificatorias; en tanto que la constitución de las Mype, también se rige por las normas antes descritas, pudiendo adoptar cualquier forma de organización empresarial y que una vez constituida la empresa debe cumplir con requisitos adicionales de carácter administrativo para su funcionamiento.

Por otro lado, uno de los principios del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, que señala el artículo 58° de la Constitución, que se condice con

licencias, etc. No regulándose a la huelga como parte de estos supuestos, por tanto, si ella no es declarada ilegal o improcedente, los días de inasistencia respecto de esta medida no se cuentan para el cálculo de las gratificaciones legales.

¹⁶ El Decreto supremo N° 812, establece que, para efecto del pago de las utilidades de la empresa, solo se tomarán los días efectivamente laborados, no haciendo ninguna excepción a la regla.

lo establecido en el inciso 17, artículo 2° del mismo texto; se instituye el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea de forma individual o colectiva, en la vida económica de la Nación.

El Tribunal Constitucional ha determinado que “... toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener beneficio o ganancia material” (Exp. N° 008-2013-AI).

No obstante, debemos señalar que la libertad que se atribuye en lo mencionado anteriormente no es absoluta. Por ello el TC recuerda que “...las empresas gozan de un ámbito de libertad para actuar en el mercado - recuérdese que conforme al artículo 58° de la Constitución la iniciativa privada es libre. Sin embargo, ello no quiere decir que dicha libertad sea absoluta, pues también existe la certeza de que debe existir un Estado que mantiene una función supervisora y correctiva o reguladora”. (Exp. N° 7320-2005-AA).

2.4.1 Definición de las Mype

Entendemos por micro y pequeña empresa a la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene por objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios. Así, pueden ser considerados como microempresas: las empresas constituidas bajo la Ley de sociedades, las empresas individuales de responsabilidad limitada, las personas naturales con negocio, etc.

2.4.2 Características de las Mype

Respecto a las características de las Mypes, cabe precisar, que éstas han sufrido modificaciones desde la dación de la Ley N° 28015 que entró en vigor el 3 de julio de 2003 hasta la actualidad con la promulgación de la Ley N° 30056 y el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, cuyas características en la actualidad son las siguientes:

- **Microempresas:** Ventas anuales hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
- **Pequeña empresa:** Ventas anuales superiores a 150 UIT y hasta un monto máximo de 1700 Unidades Impositivas tributarias (UIT).
- **Mediana empresa:** Ventas anuales superiores a 1700 UIT y hasta un monto máximo de 2300 Unidades Impositivas tributarias (UIT). Tales características resultan relevantes a fin de acogerse o en su defecto mantenerse en los referidos regímenes, siendo objeto del estudio de investigación las dos primeras.

2.4.3 Forma de Cálculo – Nivel de ventas anuales

A efectos de determinar el nivel de ventas, deberá tenerse en cuenta las siguientes pautas:

- i. Los ingresos netos anuales gravados con el impuesto a la renta que resulten de la sumatoria de los montos de tales ingresos consignados en las declaraciones juradas mensuales de los pagos a cuenta del Impuesto a la Renta, tratándose de contribuyentes comprendidos en el Régimen General del Impuesto a la Renta.
- ii. Los ingresos netos anuales gravados con el impuesto a la renta que resulten de la sumatoria de los montos de tales ingresos consignados

en las declaraciones juradas mensuales del Régimen Especial del Impuesto a la Renta.

- iii. Los ingresos netos anuales gravados con el impuesto a la renta que resulten de la sumatoria de los montos de tales ingresos consignados en las declaraciones juradas mensuales del nuevo RUS tratándose de contribuyentes de este régimen.

2.4.4 Derechos Laborales de los Trabajadores de las Mypes

La nueva Ley Mype, regulada por el D.S. N° 013-2013-PRODUCE, mantiene los derechos laborales de los trabajadores y conductores de microempresas y pequeñas empresas que establece la Ley N° 28015 y el D. Leg. N° 1086.

Así tenemos:

DERECHOS LABORALES DE TRABAJADORES SEGÚN LEY MYPE		
Beneficios	Microempresa	Pequeña empresa
Remuneración	RMV	RMV
Jornada – Horario	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales
Descanso semanal	24 horas	24 horas
Vacaciones	15 días al año	15 días al año
CTS	No, aplica	½ sueldo por año
Gratificaciones	No, aplica	2 gratificaciones de ½ sueldo cada una (julio y diciembre)
Utilidades	No, aplica	Sí aplica, según D.L. 892
Asignación familiar	No, aplica	No, aplica
Despido arbitrario o injustificado	10 remuneraciones diarias por año. Tope 90 remuneraciones	20 remuneraciones diarias por año. Tope 120 remuneraciones
Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo	No, aplica	Aplica, siempre y cuando desarrolle actividades de riesgo.

Fuente: Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE

Autoría: Elaboración propia

2.4.5 Aplicabilidad del régimen de Mype

La nueva normativa del régimen laboral especial Mype ha establecido que los contratos laborales de los trabajadores celebrados con anterioridad a su vigencia continuarán rigiéndose bajo las mismas condiciones.

También, la nueva Ley señala que no serán aplicables los beneficios laborales a los trabajadores que cesen con posterioridad a su vigencia y vuelvan a ser contratados inmediatamente por el mismo empleador, bajo cualquier modalidad, salvo que haya transcurrido un (1) año desde el cese.

2.4.6 Indemnización especial

En caso de que un trabajador que goza de los derechos del régimen laboral común o general sea despedido con la finalidad de ser reemplazado por otro dentro del régimen especial, tendrá derecho al pago de una indemnización especial equivalente a dos (2) remuneraciones mensuales por cada año laborado, las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Esta causal especial y la indemnización que se genere dejan a salvo las demás causales previstas en el régimen laboral común o general, así como su indemnización correspondiente.

Al respecto, debemos señalar que resulta ser bastante subjetiva la causal especial establecida, por cuanto será necesaria la intervención de SUNAFIL o los Gobiernos Regionales, según corresponda para que a través del procedimiento de fiscalización se verifique si el reemplazo fue dado por el empleador con la intención de querer beneficiarse del nuevo régimen laboral especial Mype, correspondiéndole la carga de la prueba al trabajador en un plazo de treinta (30) días de producido el despido.

2.4.7 Permanencia en el régimen laboral especial

El nuevo régimen laboral de la Mype es de naturaleza permanente. No obstante, la microempresa que durante dos (2) años calendarios consecutivos supere el nivel de ventas anuales establecido en la Ley, podrá conservar por un (1) año calendario adicional el mismo régimen laboral. En el caso de pequeñas empresas, de superar durante dos (2) años consecutivos, el nivel de ventas anual establecido en la Ley, podrán conservar durante tres (3) años adicionales el mismo régimen laboral.

Luego de los periodos antes descritos, la empresa pasará al régimen laboral que le corresponda.

2.4.8 Fiscalización de las Mype

La SUNAFIL y los Gobiernos Regionales son las entidades encargadas de velar por el cumplimiento de la normativa sociolaboral prevista para el régimen de la Mype, aplicando las disposiciones contenidas en la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, así como en el Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo y modificatorias.

Así, se establece que la Autoridad Administrativa de Trabajo fijará metas de Inspección no menores del veinte por ciento (20%) de microempresas.

De esta forma SUNAFIL y los Gobiernos Regionales verificarán cada año que el monto de ventas anuales reportados por las Mype, no superen los límites establecidos, a cuyo efecto recibirá de SUNAT la información que acredite la permanencia de una Mype dentro de dichos límites, sin vulnerar con ello la reserva tributaria.

Asimismo, las inspecciones de trabajo recaerán en las micro y pequeñas empresas no formalizadas, a fin de orientar, informar y difundir los derechos y obligaciones. Actualmente la fiscalización de microempresas es competencia exclusiva de los Gobiernos Regionales, cuyo listado de microempresas se establece a través de Resolución Ministerial que emite año a año el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, según lo establecido en el Decreto Supremo N° 015-2013-TR.

2.5 Regulación del Test de Igualdad y el Principio de Progresividad Laboral con relación al Régimen Laboral Especial Mype.

2.5.1 El Test de Igualdad según el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional peruano en diversas sentencias de procesos de inconstitucionalidad ha realizado un análisis para verificar si la norma objeto de control constituye una infracción de la igualdad.

Siendo así, resulta importante realizar un **test de igualdad** respecto a la disposición legal en estudio. En tal sentido el Tribunal constitucional ha sostenido:

[...] **en el plano de la igualdad en la ley, cabe aplicar el respectivo test de igualdad sobre la actuación del legislador que requiere de la verificación de su legitimidad.** Toda vez que, si bien el legislador puede, en base a sus atribuciones constitucionales, establecer un trato diferente ante situaciones que sean diferentes, debe también tomar en consideración si la medida dictada resulta razonable y proporcional con el fin que se pretende obtener¹⁷ (énfasis agregado).

¹⁷ Fundamento jurídico 71 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC.

En este orden de ideas, respecto al test de igualdad, el Tribunal Constitucional ha señalado que contiene los siguientes pasos:

1. Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención de la prohibición en la discriminación.
2. Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad
3. Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin)
4. Examen de idoneidad
5. Examen de necesidad
6. Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación¹⁸

En consecuencia, corresponde revisar con detenimiento cada uno de los pasos establecidos por el Tribunal Constitucional, a efectos de analizar una presunta infracción a la igualdad en la regulación del régimen laboral especial Mype:

A. La intervención en la igualdad

El Tribunal Constitucional ha señalado que la intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin.¹⁹

Posteriormente precisó que este tratamiento diferenciado constituye el medio por el cual el legislador pretende alcanzar una finalidad, lo cual implica determinar por separado dos aspectos: *los destinatarios de la norma y el tratamiento diferente*²⁰.

¹⁸ Fundamento jurídico 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004-PI/TC. En la misma línea, encontramos el F.J. 323 de la sentencia emitida en el Expediente N° 0003-2005-PI/TC.

¹⁹ Fundamento jurídico 2.3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0045-2004-PI/TC.

²⁰ Fundamento jurídico 66 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en los Expedientes acumulados números 0025 y 0026-2005-PI/TC.

En cuanto al primer paso, también se ha señalado que “el juicio de igualdad se identifica con la necesidad de determinar la semejanza o diferencia entre las situaciones jurídicas que se comparan²¹”.

A mayor abundamiento el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0045-2004-PI/TC, ha establecido lo siguiente:

La intervención consiste en una restricción de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio de que aquel se sirve para la obtención de un fin. La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, prima facie, aparece como contraria a la prohibición de discriminación²².

Una vez identificada la introducción del trato diferenciado o intervención en la igualdad, es necesario medir la intensidad de ésta, que analizaremos a continuación.

B. Intensidad de la intervención

Este paso en el test de igualdad es de suma importancia y será un aspecto a tener en consideración al momento de efectuar los exámenes de necesidad y proporcionalidad.

Al respecto el Tribunal Constitucional en la citada sentencia recaída en el Expediente N° 045-2004-PI/TC ha establecido lo siguiente:

²¹ Fundamento jurídico 130 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0004-2006-PI/TC.

²² Fundamento jurídico 34 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004-PI/TC y publicada el 14 de abril de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del principio de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las necesidades de intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional²³.

Ahora bien, que diferentes niveles de intensidad pueden registrar la intervención en la igualdad según el Tribunal Constitucional. Al respecto el citado órgano colegiado señala lo siguiente:

La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles:

1. Intensidad grave
2. Intensidad media
3. Intensidad leve²⁴.

En este orden de ideas, la intervención de intensidad grave se presenta “(...) cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos

²³ Fundamento jurídico 36 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004-PI/TC y publicada el 14 de abril de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

²⁴ Fundamento jurídico 33 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004-PI/TC y publicada el 14 de abril de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza,²⁵ sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional²⁶”.

De otro lado, se configura una intervención de intensidad media “(...) cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo²⁷”.

Finalmente se configura una intervención de intensidad leve “(...) cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo²⁸”.

Habiendo identificado el tratamiento diferente y la intensidad de éste, corresponde determinar si este tratamiento conserva una finalidad legítima constitucionalmente, que analizaremos seguidamente.

C. Finalidad del tratamiento diferente

Con relación a este paso del test, debemos tener presente que “la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio del

²⁵ Fundamento jurídico 35 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004-PI/TC y publicada el 14 de abril de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

²⁶ Fundamento jurídico 35 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004-PI/TC y publicada el 14 de abril de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

²⁷ *Ibidem*

²⁸ *Ibidem*

que aquél se sirve para la obtención de un fin²⁹”. Sobre el particular el Tribunal Constitucional sostiene lo siguiente:

La finalidad del tratamiento diferente. El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin. El objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La finalidad o fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado³⁰.

D. Examen de idoneidad

En esta oportunidad, “el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo será inconstitucional³¹”.

A mayor abundamiento, señala el Tribunal Constitucional que “la idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una *relación medio-fin*. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin

²⁹ Fundamento jurídico 2.3 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004- PI/TC.

³⁰ Fundamento jurídico 2.6 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004- PI/TC. En el mismo sentido encontramos las sentencias emitidas en los Expedientes números 0003-2005-PI/TC (F.J. 327) y los acumulados 0025 y 0026-PI/TC (F.J. 74).

³¹ Fundamento jurídico 2.7 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004- PI/TC. En el mismo sentido encontramos el F.J. 334 de la sentencia emitida en el Expediente N° 0003-2005-PI/TC.

constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en igualdad – medio – y objetivo, y (2) el de la relación entre el *objetivo y la finalidad* de la intervención³²”.

No obstante, no solo resultará suficiente que la medida adoptada por la norma resulte idónea para la consecución de la finalidad del tratamiento diferente, **sino que además deberá resultar ser menos gravosa con relación al derecho a la igualdad**, lo que se conoce como el examen de necesidad.

E. Examen de necesidad

Respecto a este examen, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

En el examen de necesidad se compara dos medios idóneos. El optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y el o los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar³³ (énfasis agregado).

Bajo este test se analiza si existen medios alternativos al optado que sean menos gravosos en comparación con la medida o lo que es mejor que no los sean. En este sentido, este examen implica una comparación entre medios: el establecido por el legislador con relación a uno o varios medios hipotéticos que hubiera podido adoptar para lograr la misma finalidad

³² Fundamento jurídico 38 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004- PI/TC y publicada el 14 de abril de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

³³ Fundamento jurídico 2.8 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004- PI/TC.

constitucional. Ello implica que los medios hipotéticos alternativos sean igualmente idóneos.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional sostiene lo siguiente:

(...) el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que, si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios. En el examen de necesidad se compara dos medios idóneos: el optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y el o los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar³⁴.

Ahora bien, los aspectos que se analizan en el examen de necesidad, conforme al criterio del referido órgano colegiado se resuelven de la siguiente manera:

El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios -idóneos- *no intervienen en la prohibición de discriminación*, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste *menor intensidad*. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al *objetivo* del trato diferenciado, no con respecto a su finalidad. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado³⁵.

³⁴ Fundamento jurídico 39 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0045-2004- PI/TC y publicada el 14 de abril de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

³⁵ *Ibidem*

En consecuencia, si del análisis resulta que (1) existe un medio hipotético igualmente idóneo que (2.1) no interviene en la prohibición de discriminación o que (2.2), interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces la ley habrá infringido el principio-derecho de igualdad y será inconstitucional.

Una vez superado el examen de necesidad por parte de la medida adoptada por el legislador, corresponderá determinar si dicho tratamiento resulta proporcional de acuerdo con el siguiente paso del test que detallamos a continuación.

F. Examen de proporcionalidad

En este paso del test “la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional³⁶”. En cuanto al examen de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional ha explicado lo siguiente:

Proporcionalidad en sentido estricto. La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis de trato diferenciado, consistirá en una **comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad**. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación (ALEXY).

Conforme a ésta:

‘Cuando mayor es el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro’. (...)

³⁶ Fundamento jurídico 2.5 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0045-2004- PI/TC. En el mismo sentido encontramos. El fundamento jurídico 143 en la sentencia emitida en el Expediente N° 0004-2006-PI/TC.

Proyectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, la ley de ponderación sería enunciada en los siguientes términos:

‘Cuando mayor es el grado de afectación -intervención- al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional’.

Se establece aquí una relación directamente proporcional según la cual: **cuanto mayor es la intensidad de intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional.** Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en la igualdad habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional³⁷” (énfasis agregado).

En este sentido, los elementos que se tienen en cuenta en el examen de proporcionalidad en el sentido estricto son dos: i) la afectación –o no realización- de un principio y ii) la satisfacción –o realización- del otro. Por tanto, si un tratamiento diferente o intervención en la igualdad supera cada uno de estos pasos del test de igualdad, se habrá comprobado la legitimidad constitucional de la medida adoptada por el legislador.

³⁷ Fundamento jurídico 2.9 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004- PI/TC.

2.5.2 El Principio de Progresividad Laboral

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) consagra la progresividad de los derechos económicos y sociales en el artículo 2.1, además del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto el artículo 2.1 del PIDESC, establece que:

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 2°.-

1. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. (énfasis agregado).

Al analizar esta norma, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas señala en su Observación General N° 3 que la progresividad debe interpretarse en el sentido de que el Estado tiene claras obligaciones de brindar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales:

(...) el concepto de progresividad efectiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, [progresividad] debe interpretarse a la luz del objetivo general (...) que es establecer claras obligaciones para los Estados Parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de

*que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*³⁸. (énfasis agregado).

Sin embargo, la progresividad no es una obligación absoluta ya que dependerá de la capacidad económica del Estado. Al respecto, bien señala el Tribunal Constitucional que:

*(...) no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos [económicos y] sociales, en la medida que ello quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan*³⁹. (énfasis agregado).

Por su parte, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que:

*“Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr **progresivamente** la plena efectividad de los*

³⁸ Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. En: “La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párrafo 1 del Art. 2° del Pacto”. 5to. Período de Sesiones, 14/1290.

³⁹ Fundamento jurídico 55 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2004-AI/TC y acumulados.

derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. (énfasis agregado).

De las normas internacionales antes citadas se puede colegir que, en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante DESC, existe la obligación de los Estados parte de garantizar la *progresividad* de los mismos de lo que se desprende como consecuencia la *prohibición de regresividad* de ellos.

En función a lo regulado por los instrumentos internacionales antes descritos se ha llegado a considerar que el principio de progresividad de los DESC contiene una doble dimensión: la primera a la que podemos denominar *positiva*, lo cual “está expresado a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales”⁴⁰ y la otra a la que podemos denominar *negativa* que se “cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad”⁴¹

Siguiendo a Barbagelata (2008), en lo que se refiere a la dimensión que hemos denominado positiva la progresividad de las normas sobre derechos humanos puede ser interpretada en dos sentidos: “En un *primer sentido* la expresión se refiere al gradualismo admitido por varios instrumentos

⁴⁰Equipo Federal de Trabajo. Bs. As. Edición N° 37. Recuperado en http://www.newsmatic.epol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=30931&eid=37&NombreSeccion=Notas%20de%20C3%83%C2%A1tedra%20universitaria&Accion.

⁴¹ ídem

internacionales y textos constitucionales para la puesta en aplicación de las medidas adecuadas, como admitía el artículo 427 del Tratado de Versalles... y ...en un *segundo sentido* la progresividad puede ser entendida como una característica de los derechos humanos fundamentales, perfectamente aplicable a los laborales. Se sostiene a ese respecto, que el orden público internacional tiene una vocación de desarrollo progresivo en el sentido de mayor extensión y protección de los derechos sociales” (Mohamed Bedjanui “Por una carta mundial de trabajo humano y de la justicia social, BIT, 75° Univ. Ginebra, 1994, p.28)” (p. 63).

Por otro lado, el Profesor y Juez Argentino Dr. Zás, en un fallo citado por Barbagelata, ha señalado que este principio de progresividad se integra con el principio de primacía de disposición más favorable a la persona humana o cláusula de individuo más favorecido (En Rev. Der.LAb., t. XLI, pp. 843 y ss.).

Igualmente siguiendo a Barbagelata “Un complemento del principio de progresividad es la irreversibilidad, o sea, la imposibilidad de que se reduzca la protección ya acordada, lo cual está reconocido para todos los derechos humanos en el PIDCP y en el PIDESC (art. 4 de ambos). Este principio vendría ser, además, una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para el trabajador, el cual puede reputarse un principio o regla general en el ámbito del derecho del trabajo, desde que ha sido consagrado en el inciso 8° del art. 19 de la Constitución de la OIT, y aceptado universalmente.”⁴²

⁴² ídem

De esta forma constituiría afectación de este principio la expedición de alguna medida legislativa tendiente a retrotraer o menoscabar un derecho ya reconocido o desmejorar una situación jurídica favorable al trabajador pues se estaría afectando derechos fundamentales ya que, como el profesor citado sentencia “la aplicación de este principio en el ámbito del derecho laboral resulta indiscutible pues los derechos laborales constituyen derechos fundamentales”⁴³

La Constitución Política del Perú hace referencia a la progresividad de los derechos sociales en su artículo 10 cuando establece que “*El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida*”, lo cual esencialmente implica que en el ámbito de la seguridad social se debe avanzar gradualmente hacia mejores condiciones con el objeto de lograr la elevación de la calidad de vida de las personas. Sin embargo, y más allá de esta referencia este principio resulta de plena aplicación en nuestro medio por la previsión contemplada en el Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Carta Política según la cual las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

De otro lado, teniendo en cuenta que el principio de *progresividad* y *no regresividad* de los derechos laborales tiene su base y sustento en el ***principio protector*** creemos pertinente citar el primer párrafo del artículo 23 de la

⁴³ ídem

misma Constitución que establece que *el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan y especialmente el tercer párrafo que sentencia que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.*

Teniendo en cuenta a lo previsto en la Constitución Política del Estado, el Tribunal Constitucional del Perú ha efectuado pronunciamientos en determinados casos precisamente haciendo referencia al *principio de progresividad y no regresividad*, los mismos que se plasman en el EXP. N.º 03477-2007-PA/TC (FUNDAMENTOS 17 y 20, Lima 14 de setiembre de 2009) y EXP. N.º 0029-2004-AI/TC.

De los dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano comprendidos en los Expedientes antes descritos, se puede concluir que en tanto que para amparar una pretensión se invoca el artículo 2.1 del PIDESC, para desestimar otra se efectúa una interpretación del Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en función a la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, creado por el Consejo Económico y Social de la Naciones Unidas.⁴⁴

⁴⁴ Respecto al citado artículo 26 de la Convención Americana, Julieta Rossi y Víctor Abramovich en un destacable trabajo señalan que “en la lectura del artículo 26 hemos oscilado entre aquellas posiciones que históricamente han considerado a esta norma como no operativa, limitándola a una simple expresión de objetivos programáticos, pero no obligaciones vinculantes, ni derechos justiciables, a nuevas posiciones doctrinarias, que, a partir de un uso extensivo del principio pro homine y una inferencia rápida de derechos en el texto de la Carta de la OEA, pretenden convertirla en una varilla mágica para abrir abruptamente la Convención a una suerte de justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales” En “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Estud. Socio-Jurid., Bogotá (Colombia), 9 (Número especial): 34-53, abril de 2007.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos precisamente en el caso denominado “Cinco Pensionistas” Vs. Perú en la sentencia de 28 de febrero de 2003 ha efectuado una interpretación del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Consideramos que el principio de *progresividad y no regresividad* en materia laboral constituye un planteamiento fundamental en la defensa de los derechos laborales de cara a los nuevos escenarios en los que se desenvuelve la relación de trabajo y los retos a los que se enfrenta el derecho del trabajo. El derecho del trabajo tiene como reto actual la consagración de una disciplina que parte de la consideración de que los derechos laborales constituyen derechos humanos, cuya tutela no se restringe al ámbito del derecho nacional sino a lo que se ha denominado el *bloque de constitucionalidad*.

2.6 Glosario de términos.

Entre los términos básicos utilizados en el estudio de investigación, destacan:

- **Régimen laboral especial Mype**, se refiere al régimen laboral que contempla la Ley Mype y modificatorias que limitan o vulneran los derechos laborales específicos de los trabajadores del sector privado.
- **Nomenclatura Mype**, se refiere a la microempresa y pequeña empresa.
- **Nomenclatura Remype**, se refiere al Registro Nacional de Micro y Pequeña Empresa.
- **Derechos laborales específicos**, son los que tienen su origen en las relaciones laborales, su ejercicio no es posible fuera de ellas.

CAPITULO III

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

El propósito fundamental de la investigación fue determinar los efectos jurídicos que origina el régimen laboral especial Mype en la persona del trabajador del sector privado como parte de una relación jurídica, llegando a demostrar que dicho régimen limita o vulnera el ejercicio de los derechos laborales específicos, contraviene los principios de igualdad y progresividad laboral, generando un trato discriminatorio entre trabajadores del sector privado.

La investigación se ha desarrollado bajo los lineamientos del Diseño No Experimental; por lo que, atendiendo al fin que persigue, es de **tipo básica o teórica** y, según el nivel alcanzado, ésta es **explicativa y propositiva**.

En la contrastación de la hipótesis planteada, se exploró el ámbito teórico, conceptual, doctrinario, jurisprudencial y normativo, vinculado con la problemática descrita, recurriendo a la técnica del Análisis Documental, así como a la Argumentación y al Test de Igualdad, las mismas que han permitido determinar que la política de Estado orientada a fomentar la formalización de las micro y pequeñas empresas y promocionar el disfrute efectivo de los derechos laborales de los trabajadores comprendidos en el régimen laboral especial Mype, no logró su cometido, por cuanto el grueso de las Mype, no obstante haber sacrificado los derechos laborales de los trabajadores, optaron por no formalizarse, afirmando que nuestra argumentación ha seguido una lógica racional que justifica la elaboración de un discurso jurídico coherente entre la planteamiento metodológico y los resultados obtenidos.

El diseño de la investigación, se formuló con la interrogante: ¿Cuáles son los efectos jurídicos que genera el régimen laboral especial Mype en la persona del trabajador que

forma parte de una relación jurídica en el sector privado?, frente a ello se planteó la hipótesis: Los efectos jurídicos del régimen laboral especial Mype en la persona del trabajador que forma parte de una relación jurídica son: a) la limitación o vulneración en los derechos laborales específicos; b) la afectación de los principios de igualdad y progresividad laboral; y, c) la discriminación entre trabajadores del sector privado.

En el desarrollo de la investigación se ha tomado como guía los objetivos específicos propuestos, cuyo desarrollado está en función a los datos obtenidos, como resultado de la comprensión e interpretación de la normativa sobre el régimen laboral especial Mype, el análisis de la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional relacionada con el régimen objeto de estudio en la presente investigación a fin de determinar los efectos jurídicos en la persona del trabajador que forma parte de una relación jurídica en el sector privado.

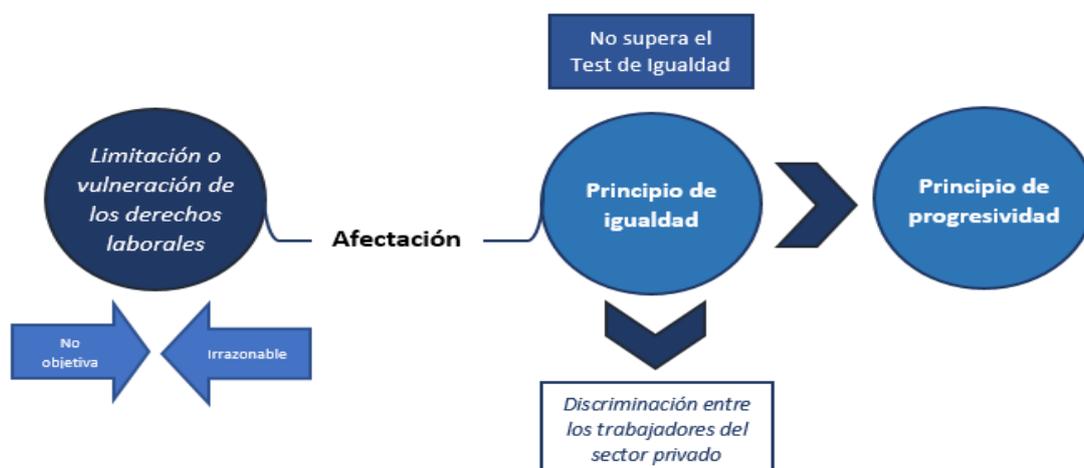
Teniendo en cuenta el análisis realizado en capítulos anteriores, que nos ha permitido tener argumentos jurídicos sólidos para sustentar la hipótesis planteada, procederemos a verificar la misma:

Los efectos jurídicos del régimen laboral especial Mype en la persona del trabajador que forma parte de una relación jurídica en el sector privado son: a) Limitación o vulneración de los derechos laborales específicos; b) Afectación de los principios de igualdad y progresividad laboral; y, c) Discriminación entre trabajadores del sector privado.

De lo investigado hemos comprobado que tales efectos se han verificado, a través del razonamiento causa - efecto, que esbozamos en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 01

EFFECTOS JURÍDICOS DEL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL MYPE



Autoría: Elaboración propia

Es decir que, al haber determinado que el régimen laboral especial Mype, limita o vulnera el ejercicio de los derechos laborales específicos de los trabajadores del sector privado, fue posible comprobar la afectación a los principios de igualdad y progresividad laboral, ante ello, habiendo logrado demostrar la transgresión del principio de igualdad, a través del **Test de Igualdad**, estamos en capacidad de cuestionar el sustento constitucional de dicho régimen.

Una vez hecha esta aclaración, procedemos a analizar cada uno de los efectos jurídicos del régimen laboral especial Mype en la persona del trabajador, así tenemos:

3.1 El régimen laboral especial Mype, limita o vulnera el ejercicio de derechos laborales específicos de los trabajadores del sector privado, al pretender respetar lo mínimamente establecido por la Constitución, cuya eficacia resulta incipiente, al menos en gran parte de ellos, en comparación con el régimen laboral común o general.

Con lo cual buscamos juzgar si una política pública de fomento de formalización de empleo afecta de manera desproporcionada o irrazonable a un conjunto de derechos laborales específicos individuales y colectivos de los trabajadores del sector privado.

Este hecho se evidencia a través del cuadro comparativo que ofrecemos a continuación:

ANÁLISIS COMPARATIVO DEL RÉGIMEN LABORAL GENERAL Y EL RÉGIMEN LABORAL MYPE

Derechos laborales	Régimen laboral común	Régimen laboral especial: MYPE	
		Microempresa	Pequeña empresa
Remuneración	RMV	RMV: Con acuerdo del CNT, podrá establecerse una remuneración menor	RMV
Asignación familiar	10% de la RMV por carga familiar (hijos).	No aplica	No aplica
CTS	-Equivalente a una remuneración mensual por cada año (depósitos semestrales). -No tiene tope. -Fracciones se pagan en dozavos y treintavos	No aplica	- Equivale a 15 remuneraciones diarias por cada año o ½ sueldo por año. - Tope de 90 remuneraciones diarias.
Gratificaciones	1 remuneración mensual en julio y diciembre de cada año	No aplica	1/2 remuneración mensual en julio y diciembre c/año
Despido arbitrario o injustificado	-1 ½ remuneración mensual por año. -Tope de 12 remuneraciones	- 10 remuneraciones diarias por año, con un máximo de 90 remuneraciones diarias. -Fracciones en dozavos.	-20 remuneraciones diarias por año, con un máximo de 120 remuneraciones diarias. -Fracciones en dozavos.

Sobre tasa nocturna	RMV + 35%	No aplica, en jornada nocturna habitual	RMV + 35%
Vacaciones	30 días	15 días por cada año completo de servicios. Puede reducirse a 7 días, conforme a Ley	15 días por cada año completo de servicios. Puede reducirse a 7 días, conforme a Ley
Seguridad social en Salud	ESSALUD: Afiliación obligatoria. Aporte 9% a cargo del Empleador	SIS: conductor y trabajador son afiliados al componente semi subsidiado. ESSALUD: Acceden como asegurados regulares sin subsidio estatal.	Conductor y trabajador son asegurados regulares de ESSALUD
Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo	Aplica el SCTR de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 26790.	No, aplica	Si aplica el SCTR de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 26790.
Seguridad social en Pensiones	Afiliación obligatoria al Sistema Privado de Pensiones (SPP) o al Sistema Nacional de Pensiones (SNP): Aporte a cargo del trabajador.	-Afiliación opcional del conductor y trabajador hasta antes de la vigencia del D. Leg. 1086. -Afiliación obligatoria del conductor y trabajador al sistema público o privado desde el 28.JUN.2008 (D. Leg. 1086)	Conductor y trabajador se afilian al SPP o SNP. La afiliación del trabajador es obligatoria
Utilidades	Si, de acuerdo con lo dispuesto en el D. Leg. N° 892	No aplica	Si, de acuerdo con lo dispuesto en el D. Leg. N° 892
Jornadas de trabajo	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales	8 horas diarias o 48 horas semanales

Fuente: Ley N° 30056 y Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE

Según lo descrito en el cuadro anterior, podemos inferir claramente que el régimen laboral especial Mype, tiene incidencia directa en un conjunto de derechos laborales y de protección social de los trabajadores del sector privado, cuya afectación limita o vulnera su ejercicio. Siendo ello así, analizaremos aquellos que evidencian tal situación:

3.1.1 Derechos laborales individuales

- Asignación familiar.

En relación a la Asignación familiar, cabe preguntar ¿por qué para los trabajadores de las micro y pequeñas empresas este beneficio se encuentra suprimido?, pues a nuestro parecer tal eventualidad no responde a ninguna justificación razonable, ya que la condición de los trabajadores del régimen laboral especial Mype - atendiendo al libre desarrollo de su personalidad - también están en la posibilidad de tener hijos y proporcionarles a estos un nivel educativo acorde a las exigencias de un mundo globalizado y el hecho de negarles tal oportunidad constituye un circunstancia eminentemente discriminatoria.

Bajo estas circunstancias, podemos inferir que la protección de los derechos laborales sobrepasa los intereses propios del trabajador, pues este presta servicios a cambio de conceptos remunerativos destinados a otorgarle a su familia una adecuada calidad de vida.

Así pues, el texto constitucional nos proporciona indicios que indican la estrecha vinculación que existe entre el trabajador y la familia, es por ello que De Lama Laura (2012), refiere lo siguiente:

Ya desde la Constitución se relacionan ambos campos. No en vano el artículo 23 de la misma refiere que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre y al menor. Por su parte, el artículo 24 de la misma señala que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procura para él y su familia, el bienestar familiar y espiritual (p.61).

En efecto, la madre y el menor de edad son a su vez integrantes de una familia y de su especial tutela que hay que brindarles, dependerá en buena cuenta la interacción armoniosa entre su trabajo y su familia. Más aún estos casos, dado que la situación especial que estos colectivos ocupan en la sociedad, y particularmente en el mercado laboral, históricamente ha servido para discriminarlos sin razón objetiva de por medio basándose simplemente en su sola condición de madre y menor.

Ante ello, es factible afirmar, además, que esta disposición vulnera, también el derecho a la educación⁴⁵ y transgrede el Interés Superior del Niño y el Adolescente⁴⁶.

- **Gratificaciones legales**

Se sabe que las gratificaciones se otorgan para satisfacer las necesidades que pueda tener el trabajador en determinados momentos cíclicos que

⁴⁵*Fundamentos jurídicos: 15, 42-46 de la Sentencia N.º 04646-2007-PA/TC del Tribunal Constitucional Fundamento jurídico 13 de la Sentencia EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC del Tribunal Constitucional.*

⁴⁶*Fundamento jurídico 13 de la Sentencia EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC del Tribunal Constitucional.*

demandan mayores gastos con ocasión de las actividades festivas, celebradas en julio y diciembre en nuestro país.

Entonces, bajo el mismo razonamiento del aparatado anterior, podemos establecer que el hecho de pertenecer a un régimen laboral diferente al general, no significa por sí mismo que los gastos en estas festividades sean menores en comparación con los trabajadores del régimen laboral especial Mype, por tanto, no encontramos elementos objetivos ni razonables que justifiquen la supresión o limitación de tal derecho.

Asimismo, es conveniente citar a Toyama Miyagusuku (2005, p. 339) quien dice: “Nótese que no se exige un requisito adicional a ser trabajador de la empresa a tal punto que no importa la nacionalidad (Fiestas patrias) o la religión que profese (Navidad) para que proceda la entrega de estas gratificaciones”.

En atención a tal razonamiento, encontramos un argumento más para ratificar que lo previsto para los trabajadores de este régimen es atentatorio al derecho a la igualdad, pues incluso al existir razones objetivas de justificación: como el ser de otro país o profesar una religión diferente, no constituye óbice para ser entregado⁴⁷.

- **Descanso vacacional.**

Si bien el descanso vacacional tiene sustento legal, constitucional y supra constitucional que hemos desarrollado en el capítulo II (apartado 2.3.2.1:C), el derecho al descanso es producto de la concepción del tipo de Estado que establece las políticas en nuestro país. Por tanto, al

⁴⁷ Pues al coexistir tales circunstancias puede que los gastos que pretende cubrir este beneficio no sean de la magnitud que los que pueda realizar un peruano o un católico profeso.

ostentar un Estado social y democrático de Derecho, que busca el bienestar social desde la perspectiva laboral, traducido en empleos productivos y trabajo digno; **reducir el descanso vacacional de treinta (30) a quince (15) días a través del régimen laboral especial Mype**, resulta desproporcional e irrazonable, considerando que en el Perú los trabajadores laboran más de lo legalmente permitido y por tanto al encontrarse vulnerado el factor higiénico social -al que hacíamos referencia en capítulos anteriores- el bienestar social deviene en ineficaz, lo cual devasta los cimientos que se intentan forjar a partir del Estado social y democrático de Derecho.

Sobre el particular, en el estudio realizado por la OIT denominado «*Working Time Around the World: Trends in working hours, laws and policies in a global comparative perspective*» se señala que:

En lo que se refiere a los países donde se registra la mayor incidencia de jornadas laborales extensas en 2004-2005 (con más de 48 horas a la semana), Perú encabezó la lista con 50,9 por ciento de los trabajadores (...), seguido por la República de Corea con 49,5 por ciento, Tailandia con 46,7 por ciento (...) y Pakistán con 44,4 por ciento. En los países desarrollados, donde las jornadas laborales suelen durar menos, esta proporción fue de 25,7 por ciento en Reino Unido, 25,5 por ciento en Israel, 20,4 por ciento en Australia, 19,2 por ciento en Suiza y 18,1 por ciento en Estados Unidos (Sánchez).

En el mismo sentido, según la base de datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), “Encuesta Nacional de Hogares sobre condiciones de vida y pobreza, continua 2004-2009”) los asalariados

privados con jornadas superiores a 48 horas semanales alcanzaban el 45,9% en el año 2009, en términos absolutos un total de 2,2 millones declararon laborar jornadas superiores a la máxima (Sánchez).

Sobre el asunto el Tribunal Constitucional⁴⁸ ha vertido opinión:

Es evidente que el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable. Entonces, la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable. Es válido por ello concluir, también, en que las jornadas atípicas deberán ser razonables y proporcionadas según el tipo de actividad laboral, a fin de que el derecho al descanso vacacional se haga efectivo.

- **Compensación por Tiempo de Servicios (CTS)**

Así también, bajo la perspectiva del sobre esfuerzo laboral que se esboza preliminarmente, tampoco es justificable la supresión de la CTS en las microempresas.

Por otro lado, es indispensable recurrir a la doctrina para que nos ilustre sobre el carácter bidimensional de este beneficio social, al señalar su rol preventivo y promocional (Navarrete Maldonado, 2014, pág. 35):

- **Dimensión preventiva:** la CTS es entendida como una especie de ahorro forzoso que protege al trabajador frente a las eventualidades perjudiciales que pudieran derivarse de la extinción del vínculo laboral.

⁴⁸ *Fundamento jurídico 20 del Exp. N.º 4635-2004-AA/TC*

- **Dimensión promocional:** la CTS se presenta como un instrumento de desarrollo del trabajador y su familia, pues ante la extinción de un contrato de trabajo, la CTS no solo puede ser utilizada para evitar el desmedro del *estatus de vida*, sino que incluso se presenta como una medida de inversión ante la posibilidad de nuevos negocios o la adquisición de bienes.

En función a tal lineamiento, podemos prever las consecuencias de eliminar este beneficio para las microempresas y de limitarlo para las pequeñas empresas, pues con ello incentivamos la desprotección del trabajador y de su familia, pues de extinguirse el vínculo laboral, el nivel de vida hasta entonces alcanzado se destruiría repentinamente, soslayando la dignidad de la unidad esencial del Estado, como es la familia.

Por tanto, consideramos, además, que la medida adoptada por el régimen especial en función a este beneficio es eminentemente discriminatoria, pues del análisis realizado hasta aquí, concluimos que no existen elementos objetivos y razonables que la justifiquen.

- **Seguridad social: Salud y Pensiones, Seguro complementario de trabajo de riesgo (SCTR)**

Del cuadro podemos observar que a la microempresa se le atribuye el denominado Régimen Subsidiario del Sistema Integral de Salud (SIS), despojando a los trabajadores de la microempresa del ámbito del seguro regular de salud (ESSALUD) que rige para los demás trabajadores dependientes y que está regulado por la Ley 26790, Ley de

Modernización de la Seguridad Social en Salud y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 009-97-SA.

Establecido ello así, además no se ha reglamentado una norma del citado decreto que incluya a los trabajadores de la microempresa en la cobertura del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), quedando excluidos de este beneficio.

De esta forma, se reitera el trato discriminatorio, no solo entre el régimen laboral especial Mype y el régimen general, sino dentro del mismo régimen Mype, pues a diferencia de las microempresas, los trabajadores de las pequeñas empresas sí gozan de tal beneficio. Por tanto, este trato ostenta una diferenciación irrazonable y desproporcionada, pues nada obsta que la actividad empresarial de las microempresas corresponda a actividades de alto riesgo.

Asimismo, esta eventualidad eminentemente disímil a la igualdad vulnera el principio de universalidad⁴⁹ y contraviene el artículo 31 de convenio 102 de la OIT⁵⁰.

Por otro lado, en cuanto a la protección social en pensiones debemos señalar que el artículo 65° del TUO de la Ley (D.S.N° 013-2013-PRODUCE), establece que los trabajadores y conductores de la microempresa comprendidos en dicha norma podrán afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales contemplados en el decreto

⁴⁹ Se define este principio de la siguiente manera: “UNIVERSALIDAD: en sus dos vertientes (la objetiva y la subjetiva). La objetiva significa que la seguridad social debe cubrir todas las contingencias (riesgos) a las que está expuesto el hombre que vive en sociedad. La subjetiva, que todas las personas deben estar amparadas por la seguridad social. Este principio deriva de su naturaleza de Derecho Humano Fundamental” (Murr o Oberlin, 2004, pág. 24)

⁵⁰ Convenio 102 de la OIT: «Artículo 31: “Todo Miembro para el que esté en vigor esta parte del convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional; de conformidad con los artículos siguientes de esta parte”.

Ley 19990, Ley que crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, y en el Decreto Supremo 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Los trabajadores y conductores de la microempresa a que hace referencia el artículo en mención que no se encuentren afiliados o sean beneficiarios de algún régimen previsional podrán optar por el **Sistema de Pensiones Sociales** que contempla en el título VIII, capítulo II sobre el Sistema de Pensiones Sociales del Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial. Ello se aplica, asimismo, para los conductores de la microempresa, no obstante que el sistema de pensiones sociales no ha sido implementado hasta la fecha.

Ahora, es evidente el problema de constitucionalidad encontrado, pues para los trabajadores de la microempresa, la afiliación a un régimen de pensiones fue opcional hasta antes de la vigencia del D. Leg. 1086, resultando contrario a la afiliación obligatoria que otorga cobertura universal a los trabajadores dependientes del régimen general e inclusive del régimen laboral de pequeña empresa.

Es previsible, entonces, que a partir de un análisis costo - beneficio se pierda de vista la importancia de una cobertura previsional futura para las contingencias por pérdida de empleo, los trabajadores de la microempresa podían decidir no afiliarse a ningún sistema previsional para mantener su poder adquisitivo y percibir el íntegro de su salario sin sufrir un descuento con fines previsionales, opción facultativa de afiliación al sistema pensionario que estuvo vigente por cinco (5) años,

aproximadamente y, que actualmente las micro empresas continúan aplicándola, por la ambigüedad de la norma que establece el acogimiento al sistema pensionario en forma condicional: **“podrán”**.

Este trato diferenciado **vulnera el principio-derecho de igualdad** al no encontrar suficientes fundamentos objetivos que lo sustenten. Por tanto, se crean dos segmentos de trabajadores en el mismo régimen laboral Mype: uno del régimen de pequeña empresa, cubierto de manera obligatoria por la seguridad social en pensiones, y otro del régimen de microempresa que tuvo cobertura opcional y, por tanto, contingente. Esta disposición también afecta el principio de universalidad de la seguridad social ya mencionado.

- **Participación en las utilidades de la empresa.**

Para explicar este concepto laboral, es necesario entender cómo se define genérica y jurídicamente a una empresa, más allá de la definición que se le pretenda dar, y para tal fin acudimos a al profesor Cabanellas (1993), quien, en su diccionario jurídico, establece lo siguiente:

(Empresa) **es una organización lucrativa** de personal (empresario o dirección, socios industriales o trabajadores), capital (dinero, propiedad, máquinas y herramientas, etc.) y trabajo (actividad organizadora, directiva, investigadora, publicitaria, técnica y de ejecución material), con una unidad de nombre, permanencia en actividad y finalidad definida (énfasis agregado).

De la definición esbozada, podemos establecer que uno de los elementos que define a una unidad organizativa bajo la denominación de empresa es su generación de rentas o ganancias para sí, sin excepción alguna.

Asimismo, son los trabajadores quienes ejecutan las actividades propias de las empresas, por tanto, llevarán a cumplir con fin del negocio. Es bajo esta justificación de contribución por parte de los trabajadores que se ha reconocido expresamente en el artículo 29 de la Constitución, su derecho a participar de las utilidades de la empresa, esto es, de las rentas anuales.

En tal sentido, aun cuando las empresas del régimen Mype (**microempresas**), pertenezcan a una categoría diferente a la genérica, no pierde su condición de tal, por tanto, es la organización lucrativa una de las características intrínsecas a ellas; y tal como sucede en cualquier otra, son los trabajadores el medio para lograr ganancias cuantitativas identificables en dinero. Por tanto, restringir la participación de las utilidades, le resta importancia a la mano de obra, que en sí constituye el verdadero espíritu de cualquier negocio.

3.1.2 Derechos laborales colectivos

Una vez más reafirmar, que el régimen laboral especial Mype transgrede los derechos laborales específicos de los trabajadores del sector privado que derivan de los derechos colectivos que consagra el artículo 28 de la Constitución Política del Perú, cuyos ejes medulares: Libertad sindical, Negociación colectiva y Huelga, no se materializan con eficacia plena en dicho régimen, tal como se evidencia en el desarrollo que contempla el Capítulo II (apartado 2.3.2.2:A,B,C), en relación a los derechos laborales colectivos.

3.2 El régimen laboral Mype analizado según el Test de Igualdad, busca derrotar

la tesis que establece que la existencia de un régimen laboral especial Mype constituye un trato diferenciado, constitucionalmente admitido.

Para tal fin, es necesario realizar este examen de ponderación bajo los lineamientos instaurados por el Supremo Intérprete de la Constitución, previamente desarrollado en el capítulo II (apartado 2.5.1) que antecede:

3.2.1 La intervención en el principio de igualdad.

El inconveniente que aquí subyace es determinar si el tratamiento desigual establecido por una política pública de formalización de empleo, regulado por la Ley Mype, se considera o no como **una intervención en el derecho a la igualdad**, esto es, como una intervención legislativa en la prohibición de discriminación.

La Ley que pretendemos impugnar, limita o vulnera el ejercicio de derechos laborales específicos para todos sus asalariados. Siendo ello así, concluimos que tal disposición tiene como **destinatarios directos** a los trabajadores que laboran en⁵¹:

- **Microempresas**, es decir, en negocios y empresas, cuyas ventas anuales alcanzan un monto máximo de 150 UIT, y en;
- **Pequeñas empresas**, es decir, en negocios y empresas, cuyas ventas anuales son superiores a 150 UIT y hasta un monto máximo de 1700 UIT.

A este grupo de trabajadores, cuyos derechos laborales se ven vulnerados o restringidos, se les asignará la denominación de **GRUPO A**.

⁵¹ Artículo 11 de la Ley 30056 y Artículo 5 del D.S 013-2013-PRODUCE

En consecuencia, existe un segundo grupo, cuyos derechos laborales se mantienen intangibles, estos son los trabajadores que prestan servicios en⁵²:

- **Mediana empresa**, es decir, en negocios y empresas cuyas ventas anuales son mayores a 1700 UIT, hasta un máximo de 2300 UIT.
- **Gran empresa**, es decir, negocios y empresas cuyas ventas anuales superan las 2300 UIT.

A estos últimos se les asignará la denominación de **GRUPO B**.

Así pues, como ya habíamos advertido, **la importancia de este primer paso en el test, radica en identificar los grupos concretos de destinatarios de la disposición diferenciadora para, así, precisar en qué consiste la diferencia en cada uno de ellos**. Es por eso que aquí surge la inevitable interrogante:

¿Es discriminatoria la medida optada por el legislador que limita o vulnera el ejercicio de derechos laborales específicos de los trabajadores que laboran en una micro o pequeña empresa (Régimen Mype), no siendo ello así para aquellos que prestan servicios en medianas o grandes empresas (Régimen Laboral Común o General)?

Ahora bien, bajo estos términos, podemos afirmar que en el caso que estamos abordando, la intervención en el principio-derecho de igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado en los destinatarios de la norma (**Entre el GRUPO A y EL GRUPO B**). Tal tratamiento, no se da en función al trabajo desempeñado, ni siquiera a las capacidades del

⁵² Artículo 11 de la Ley 30056 y Artículo 5 del D.S 013-2013-PRODUCE

asalariado⁵³, **sino que responde a las características (ventas anuales) de la empresa en la que se desempeña.**

De esta manera, nos encontramos ya en posibilidad de prescribir las consecuencias del trato diferenciado, al que hemos hecho alusión en párrafos anteriores: *En términos generales, se está restando la calidad de vida - y en consecuencia se rebaja la dignidad - de los trabajadores (también a los familiares, que dependen directamente de él) que prestan servicios en empresas pertenecientes al régimen laboral especial Mype, en comparación con aquellos que no lo están, aun cuando las condiciones de trabajo fueran las mismas.*

3.2.2 Intensidad de la intervención.

De los grados de intensidad que el Tribunal Constitucional prescribe, estamos convencidos que se trata de una **intervención de intensidad grave** en el derecho de estas personas, pues la discriminación que aquí subyace se determina en función al tipo de empresa⁵⁴ en la que un trabajador labora y trae como consecuencia el impedimento del ejercicio pleno de sus derechos laborales, en el caso de pequeña empresa y vulneración de estos, con relación a la microempresa.

⁵³ Esta explicación atañe a que, en el régimen laboral común, a los trabajadores se les da un trato diferenciado en cuanto a sus beneficios, sin que ello constituya una infracción laboral, siempre que existan causas objetivas, propias de la persona, que justifiquen tal situación. Este es el caso de la remuneración, por ejemplo. Esa así que, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) ha establecido lineamientos frente a ello: *“ Toda diferencia remunerativa entre trabajadores que ocupen el mismo cargo y las mismas funciones no constituye una discriminación salarial per se. Sin embargo, deberá existir una causa objetiva y razonable que justifique tal distinción, como excepción al principio de igualdad salarial. Esto último, precisamente, podrá entenderse por la experiencia profesional previa, las condiciones del servicio, entre otros”* **RS N° 110-2015-SUNAFIL/ILM.**

⁵⁴ Una circunstancia totalmente ajena a las condiciones que él pudiese evitar, y la única manera de hacerlo es buscar laborar en una empresa del régimen común, contraria al objetivo principal de esta Ley, que es la promoción - socio laboral.

3.2.3 El fin del tratamiento diferente.

Una vez analizada la intervención en la igualdad que se produce en el caso, importa determinar qué finalidad se desea alcanzar con el tratamiento diferenciado. Por tanto, el dilema en este apartado será dilucidar si la configuración normativa, aparentemente discriminatoria, respecto a los dos grupos ya descritos, cumple un **objetivo y un fin** constitucional.

- El objetivo del trato diferenciado a los trabajadores bajo el Régimen Mype.

Para fijar la meta propuesta en esta parte, es conveniente introducirnos a dilucidar **la ratio de la norma**, es decir, intentar determinar por qué el legislador tomó como medio el hecho de vulnerar o limitar los derechos laborales de los trabajadores que laboran en el régimen laboral especial Mype, constituyendo así un trato eminentemente diferenciado con los del régimen general.

Ahora bien, para tal solución debemos remitirnos a la Ley primigenia del Régimen Mype, Ley N° 28015⁵⁵, hasta la promulgación de la Ley N° 30056 y del Decreto Supremo N°013-2013-PRODUCE⁵⁶.

Todas estas normas, coinciden en establecer que este régimen laboral nació como una medida para incentivar la formalización de las micro y pequeño empresas.

⁵⁵ Artículo 1.- “La presente Ley tiene por objeto la **promoción de la competitividad, formalización y desarrollo** de las micro y pequeñas empresas para **incrementar el empleo sostenible, su productividad y rentabilidad**, su contribución al Producto Bruto Interno, la ampliación del mercado interno y las exportaciones, y su contribución a la recaudación tributaria” (*énfasis nuestro*).

⁵⁶ Artículo 1.- “La presente ley tiene por objeto establecer el marco legal para la **promoción de la competitividad, formalización y el desarrollo** de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPyME), estableciendo políticas de alcance general y la creación de instrumentos de **apoyo y promoción; incentivando la inversión privada, la producción, el acceso a los mercados internos y externos** y otras políticas que impulsen el emprendimiento y permitan la mejora de la organización empresarial junto con el crecimiento sostenido de estas unidades económicas” (*énfasis nuestro*).

Por lo tanto, si el legislador restringió o vulneró los derechos laborales, fue con la intención de impulsar la formalización de las micro y pequeño empresas.

- **El fin del trato diferenciado a los trabajadores bajo el Régimen Mype.**

Para tal tarea debemos orientar esfuerzos en identificar las normas constitucionales que fundamentan al régimen especial Mype.

En tal sentido Navarrete Maldonado (2014, pág. 19), conduce nuestro objetivo con la siguiente descripción:

El trato diferenciado (del régimen Mype) es permisible en virtud del **artículo 103 de la Constitución**⁵⁷, por justificarse en la Naturaleza especial de las cosas, que, en este caso, implica la sustentación de un régimen especial en observancia de la microempresa presente en las Mype, y el alto índice de desempleo producto de la informalidad, basándose en un rol promotor (**artículo 23 de la Constitución**), y en la economía social de mercado (**artículo 58 de la Constitución**)” (énfasis agregado).

Bajo estas circunstancias, podemos inferir que en el Perú se admite un trato diferenciado como parte de una política de promoción socio laboral y el ascenso económico social (ello justificado por el ejercicio de la libre iniciativa privada, dentro del marco de una economía social de mercado)⁵⁸.

⁵⁷ “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”.

⁵⁸ El TC ha señalado que: “(...) la economía social de mercado (...) trata de un modelo de economía de mercado que pone atención y preocupación en la corrección de desigualdades y en promover el desarrollo económico en un marco de justicia social (...)», añadiendo que «(...) la economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de Derecho. (...) debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada (...) por los tres elementos siguientes: a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso. (...) b) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares,

En este supuesto, el estado de cosas pretendido, en cuanto objetivo del trato diferenciado, es la configuración de la formalización de las micro y pequeño empresas, **lo cual estaría justificado** por ser esta una política de promoción socio laboral y el ascenso económico social.

3.2.4 Examen de idoneidad del trato diferenciado a los trabajadores.

Una vez subsanados los requisitos previos del test, debemos examinar la idoneidad de la Ley (Mype) en cuestión. Para ello, debemos analizar el vínculo de causalidad en dos fases:

- Relación entre la intervención en la igualdad (medio) y el objeto.

Corresponde ahora indagar si la restricción o vulneración de los derechos laborales de los trabajadores del régimen laboral especial Mype, en relación a los asalariados del régimen común o general; ha fomentado la formalización de las micro y pequeñas empresas y el ascenso económico social.

Para dar respuestas a esta premisa debemos considera que:

Según el estudio denominado Global Entrepreneurship Monitor (GEM), liderado por el Babson College (Estados Unidos) y la London Business School (Reino Unido) con el apoyo de ESAN en el Perú, nuestro país se ubica en el primer lugar de los países más emprendedores. De cada cien peruanos, 40,3% son emprendedores, mientras que el promedio mundial es de 9%, y en Latinoamérica (la región más emprendedora según el mismo

complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social” Fundamento jurídico 13(a) de la Sentencia N.º 00008-2003-AI/TC del Tribunal Constitucional.

estudio) el promedio es 16%⁵⁹. No obstante, no todos los emprendedores son formales.

Desde la vigencia del Decreto Legislativo N° 1086 (2008), las empresas inscritas en el Registro Nacional de Micro y Pequeña Empresa (Remype) aumentó. **Hasta mayo del año 2010, estaban registradas 86 423 empresas**, de las cuales 72 676 eran microempresas y 13 747 eran pequeñas empresas, y hasta mayo de 2011, esta cifra se incrementó a un total de 113 485 empresas registradas, de las cuales 101 718 son microempresas y 11 767 pequeñas empresas. **Sin embargo, cifras estimadas hasta el año 2004 señalan que las microempresas informales son 1'855,705 y las pequeñas empresas informales son 15,395, lo cual suma 1'870,470 de Mypes informales.** Y en agosto del (...) (2010) el entonces presidente de la Comisión de Producción del Congreso de la República, (...), declaró que **“existen 100 000 MYPE inscritas en el REMYPE, pero operan 2.5 millones”**⁶⁰ (Énfasis agregado) (Sandoval Castillo, Posso Rivera, & Quispe Gutiérrez, 2012).

Asimismo, encontramos un dato más reciente respecto a estos índices alarmantes, lo cual indica que esta situación no se ha revertido “En el Perú existen más de 3,5 millones de micro o pequeña empresa (Mype) de las cuales el 84,7% produce dentro de la informalidad” (América Economía, 2015).

⁵⁹ <http://www.proinversion.gob.pe/0/0/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=98>

⁶⁰ Diario El Comercio. Publicación del 17 de agosto de 2011.

Por estas consideraciones podemos concluir que el Régimen Mype no es eficaz, debido a que las estadísticas reflejan un porcentaje mínimo de acogimiento (4%) de Mypes ante el Registro Nacional de Micro y Pequeña Empresa (Remype) en un periodo de más de siete (7) años de vigencia, respecto al año 2010.

Siendo ello así, es acertado afirmar, sin lugar a duda que, el legislador al sacrificar los derechos labores de los trabajadores del régimen Mype, no logró incrementar la formalización de las micro y pequeñas empresas.

- **Relación entre el objeto y la finalidad.**

Ahora bien, para concluir el análisis del examen de idoneidad, debemos escudriñar a cerca del nexos causal entre el objetivo de formalización de las micro y pequeñas empresas y la finalidad de promoción socio laboral y el ascenso económico social.

En tal sentido, debemos considerar que la formalización de cualquiera empresa tiene como consecuencia dos hechos indudables:

- δ El incremento de plazas laborales también formales, es decir, que el empresario se encuentra obligado a proporcionar a sus los trabajadores las condiciones adecuadas para el goce pleno de sus derechos socio laborales, ello debido a que con la formalización declara su existencia legal ante el Estado y por tanto la empresa se encuentra sujeta a mayor fiscalización.
- δ El crecimiento socio económico de todo el país, pues las actividades informales utilizan y congestionan la infraestructura pública, a cambio de contribuir con ingresos tributarios al fisco, lo

cual implica un crecimiento preponderante, cuyo impacto no solo se circunscribe en el Estado, sino también en la economía familiar y personal de cada individuo.

Haciendo un razonamiento en contrario, si el proceso de formalización empresarial no ha obtenido eficacia plena, entonces no podemos afirmar que el régimen especial es una política adecuada de promoción socio laboral y ascenso económico social.

El trato diferenciado que aquí subyace no incentivó a que el empresario opte por la formalización y por tanto la creación de este régimen especial no responde a un fin constitucional, es decir no constituye una política eficaz de promoción socio laboral y ascenso económico social. Por ello, es que ratificamos que el trato diferenciado no es idóneo y carece de sustento constitucional.

3.2.5 Examen de necesidad del trato diferenciado de los trabajadores.

Al no haberse superado durante el análisis del test de proporcionalidad el subprincipio de idoneidad, no correspondería pasar a realizar el examen de necesidad, pues a través del subprincipio de idoneidad logramos demostrar la inconstitucionalidad de la materia en cuestión. Más aún deberíamos prescindir de este análisis, ya que, al realizar un razonamiento entre medios es necesario acreditar la idoneidad de la intervención legislativa, la cual ha sido vedada en el apartado anterior.

Sin embargo, para ratificar que la inconstitucionalidad de este régimen puede comprobarse a cualquier nivel del test, procederemos con el análisis del subprincipio de necesidad. Para ello debemos trabajar bajo la hipótesis

de idoneidad de la intervención legislativa, es decir haremos un **esfuerzo mental** en suponer la siguiente premisa:

“Que el trato diferenciado que aquí subyace incentivó a que el empresario opte por la formalización y por tanto la creación de este régimen especial responde a un fin constitucional, es decir constituye una política eficaz de promoción socio laboral y ascenso económico social. Por ello, es que este trato diferenciado es idóneo”

Ahora bien, para buscar una alternativa igualmente idónea, debemos puntualizar el motivo por el que el legislador creyó que restringiendo o vulnerando los derechos laborales podría incrementar la formalización empresarial⁶¹. Pues está claro que se optó por ello ya que se pensó que la reducción de costos laborales sería un incentivo para el empresario emprendedor, que le permitiría contar con mayores medios económicos para afianzar su rentabilidad. Ahora corresponde analizar:

- **La existencia de al menos un medio hipotético igualmente idóneo.**

Debemos buscar opciones que permitan proporcionar rentabilidad al empleador, sin que ello signifique sacrificar los beneficios de los trabajadores. Y para lograr esta meta, es necesario la intervención del Estado, quien debe maquinar pericias, que les permitan a las micro y pequeño empresas, ostentar un crecimiento sostenible a través de la **Investigación de nuevos productos y procesos productivos, fortalecimiento de capacidades económicas y la promoción de una economía asociativa.**

- **La no intervención en la prohibición de la discriminación.**

⁶¹ La idoneidad de la alternativa es trabajada en función al objeto de normativa MYPE (formalización empresarial) y no respecto a su finalidad, siguiendo los lineamientos establecidos por el Tribunal constitucional en el *expediente N.º 045-2004-PI/TC, fundamento jurídico 39.*

Esta medida permitiría mantener e incluso incrementar (si las políticas previstas son materializadas eficazmente) las ganancias de la empresa que se habían logrado con la reducción de costos laborales, lo que constituiría un aliciente aún más tentador para el empresario que aún no se decide a formalizar. Además de ello, se lograría que los asalariados ejerciten sus derechos laborales al igual que los trabajadores del Régimen común, desapareciendo así el trato discriminatorio entre estos dos grupos.

Por estas consideraciones es que decimos, una vez más que la intervención es inconstitucional, pues la normativa Mype no es necesaria al existir una alternativa igualmente idónea (bajo el supuesto que lo es) y que además destierra las desigualdades aquí tratadas.

3.2.6 Examen de ponderación del trato diferenciado a los trabajadores.

Para fortalecer la tesis de inconstitucionalidad, del mismo modo realizaremos el examen de ponderación, aun cuando ya no es necesario, pues en el anterior subprincipio la intención legislativa también resultó ser inconstitucional.

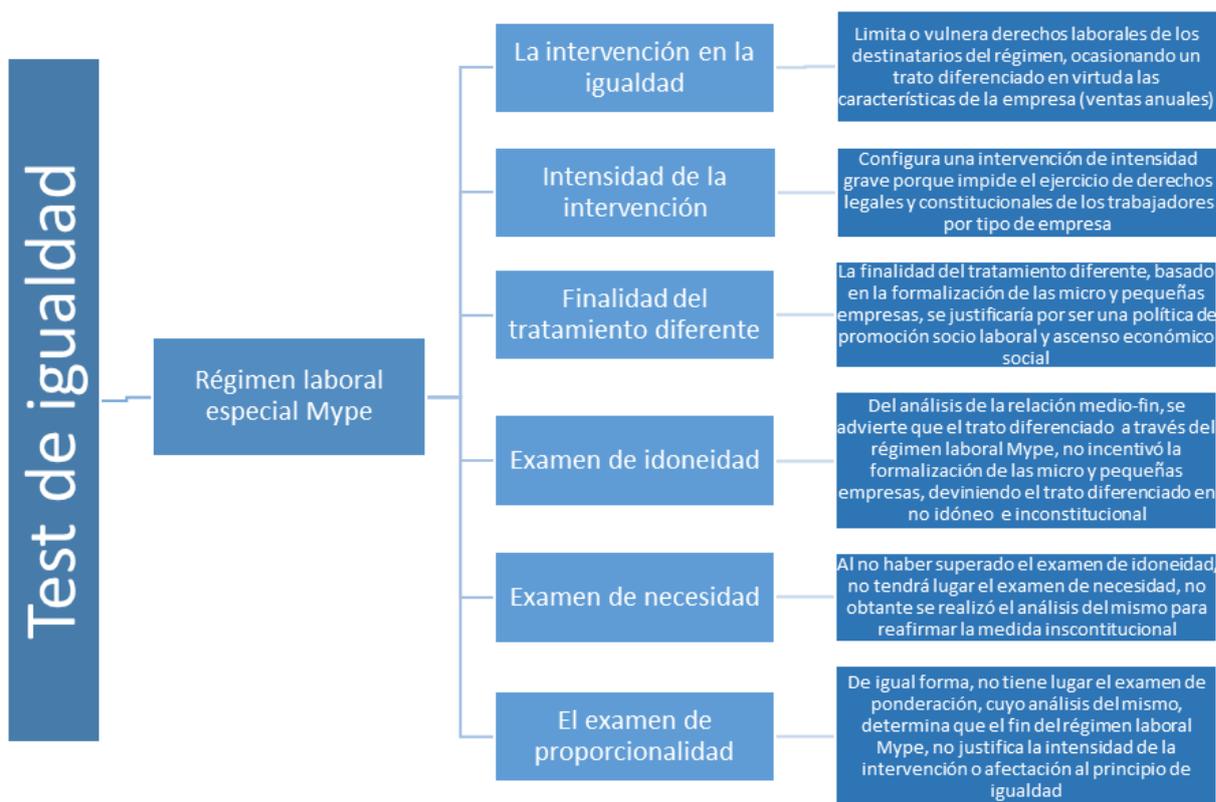
Aquí debemos establecer si el grado del trato diferente de los colaboradores en función a la restricción o vulneración de sus derechos laborales, es proporcional al grado de optimización de la promoción socio laboral y el ascenso socio económico, que se supone se ha logrado con la normativa Mype.

Habiendo deducido que el grado de intervención es de naturaleza muy grave (en párrafos precedentes), por encontrarse restringiendo los derechos laborales del trabajador, es difícil que la realización del fin constitucional pueda justificar ello, más aún, si ya hemos dilucidado en páginas anteriores

que este últimos no se cumple, por devenir la intervención legislativa en deficiente como política de promoción de puestos de empleo y desarrollo económico, cuya aplicación del test, se resume en el siguiente Gráfico:

Gráfico N° 02

APLICACIÓN DEL TEST DE IGUALDAD AL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL MYPE



Fuente: Tribunal Constitucional - Expediente N° 045-2004-PI/TC y otros

Autoría: Elaboración propia

3.3 Afectación al principio de Igualdad

Por tanto, después de haber realizado un análisis de los derechos laborales específicos y habiendo concluido que su limitación o vulneración resulta injustificada e irrazonable, **se advierte una afectación directa al principio de igualdad**, pudiendo mantenerse intangible, solo si existe una diferenciación

admisible, es decir que, mediante juicios de valor generalmente aceptados, podamos prever tal diferenciación.

Además, con el fin de ratificar la vulneración de este principio, y siendo la determinación de juicios objetivos y razonables, el punto neurálgico para ello, procedimos a realizar el **Test de Igualdad**, llegando a dilucidar la dubitativa idea primigenia del trato eminentemente inconstitucional.

Así pues, centramos esfuerzos en explicar, por qué el régimen Mype, así concebido (reduciendo costos laborales), no era un medio idóneo al no constituir un incentivo adecuado para que el empresario opte por la formalización. En consecuencia, la regulación del régimen laboral especial Mype, no fue eficaz, debido a que las estadísticas reflejan un porcentaje mínimo de acogimiento (4%) de Mypes ante el Registro Nacional de Micro y Pequeña Empresa (Remype) en un periodo de más de siete (7) años de vigencia, respecto al año 2010.

Estando, así las cosas, pudimos dar por agotado el examen de constitucionalidad, cuyo resultado fue evidentemente negativo, sin embargo, en nuestro afán de fortalecer la teoría esbozada decidimos realizar también, el examen del subprincipio de necesidad. Pero como era obvio, trabajamos este análisis en función a **supuestos**, pues sería contradictorio tratar de esbozar un medio alternativo igualmente idóneo, si la intervención legislativa no lo era.

De esta manera pudimos identificar una alternativa que se adecuara al fin constitucional, pero que, además, no conduzca a la disminución de costos laborales, dejando de lado la discriminación respecto a los trabajadores del sector privado. De hecho, el medio opcional que empleamos es una política que, de ser eficaz, tendría que darse de manera progresiva, así tenemos que es necesario la intervención del Estado, quien debe maquinar pericias, que les

permitan a las micro y pequeño empresas, ostentar un crecimiento sostenible a través de la investigación de nuevos productos y procesos productivos, fortalecimiento de capacidades económicas y la promoción de una economía asociativa.

Por último, realizamos la prueba de ponderación, aun cuando el examen anterior tampoco tuvo resultados satisfactorios en pro de la constitucionalidad, así pues, la misma suerte corrió el ensayo de ponderación, debido a que el grado de intervención es de naturaleza muy grave, por encontrarse restringiendo o vulnerando los derechos laborales específicos del trabajador, entonces es difícil que el fin constitucional pueda justificar ello, más aún, si habiendo dilucidado en páginas anteriores que dicho fin no se cumple, siendo la intervención legislativa deficiente como política de promoción de puestos de empleo y desarrollo económico.

3.4 Afectación al principio de Progresividad Laboral

Asimismo, es bien sabido, que el trabajo, como derecho fundamental posee un bloque de constitucionalidad, conformado a partir de un conjunto de normas nacionales e internacionales.

De esta manera, el legislador ha de respetar dicho bloque, pues si encontramos una medida normativa tendiente a limitar o vulnerar un derecho ya reconocido, o desmejorar una situación jurídica favorable para el trabajador; es entonces donde encontramos una evidente vulneración al **principio de progresividad laboral**.

Así pues, luego de comprobar la limitación o vulneración de los derechos laborales específicos, en comparación con los que ostentan los del régimen laboral común o general, que forman parte del bloque de constitucionalidad del

trabajo; podemos concluir fehacientemente que la regulación del régimen Mype, afecta a este principio.

Siendo ello así, y tratándose de derechos en el ámbito laboral, se debió tener en cuenta, además, al principio protector⁶², directriz intrínseca de esta rama del derecho; pues entre muchas alternativas para aumentar la rentabilidad de estas empresas, se eligió la reducción de los costos laborales, lo cual aparte de ser una medida reprochada socialmente, no constituye la intención más favorable al trabajador.

Por otro lado, respecto a la seguridad social, de cuya trasgresión ya hemos hablado, la Constitución reconoce su progresividad (en el artículo 10) y, de hecho, después del análisis propuesto, no hay lugar a dudas para decir que esta regla programática, viene irradiando medidas contrarias a su disposición normativa, como es el régimen Mype.

3.5 Complementariedad entre la igualdad y discriminación según el TC

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el Tribunal Constitucional, ha previsto la complementariedad de los conceptos de igualdad y discriminación; considerando que el reconocimiento del primero es el fundamento para que no haya un trato discriminatorio, razón por la cual el principio de igualdad incluye al principio de no discriminación, prohibiendo que se establezcan diferencias entre las personas que no se puedan justificar con criterio razonables y objetivos⁶³.

Por estas consideraciones, no necesitamos mayor esfuerzo en este apartado para deducir la discriminación en el régimen Mype, pues ya comprobamos

⁶² Hacemos mención del principio, pues se sostuvo en el capítulo anterior, que este constituye la base y el sustento del principio de progresividad.

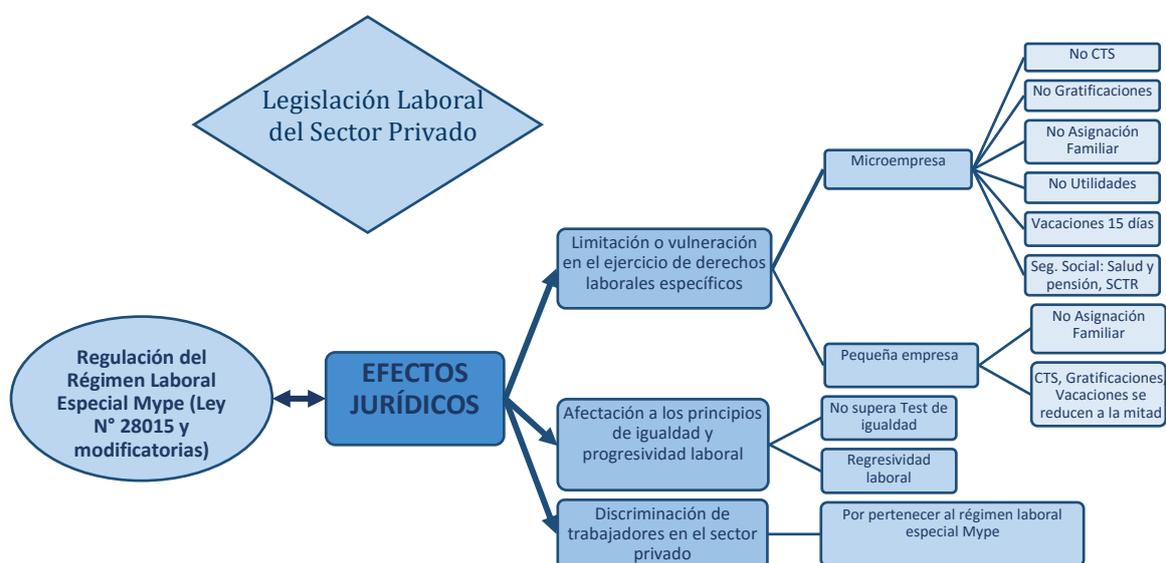
⁶³ Fundamento jurídico 18, del Exp. N° 05652-2007-PA-TC

fehacientemente la trasgresión al principio de igualdad, entonces implícitamente podemos afirmar la discriminación existente entre los trabajadores de este sector, respecto a los del régimen general, inclusive tal discriminación se presenta entre los trabajadores que laboran bajo el régimen Mype.

Tales afirmaciones que sustentan nuestra hipótesis, las podemos resumir en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 03

EFFECTOS JURÍDICOS DEL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL MYPE EN LA PERSONA DEL TRABAJADOR



Fuente: Ley N° 28015, D. Leg. 1086, Ley N° 30056 y Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE

Autoría: Elaboración propia

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

**PROYECTO DE LEY QUE
MODIFICA LOS ARTÍCULOS 50, 55,
56, 63, 64 Y 65 DEL DECRETO
SUPREMO N° 013-2013-PRODUCE,
TUO DE LA LEY DE IMPULSO AL
DESARROLLO PRODUCTIVO Y AL
CRECIMIENTO EMPRESARIAL**

A iniciativa del Congresista que suscribe, ejerciendo el derecho que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política, y de conformidad con lo establecido en el artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente:

4.1 PROYECTO DE LEY

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

HA DADO LA SIGUIENTE LEY:

**LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 50, 55, 56, 63, 64 Y 65 DEL DECRETO
SUPREMO N° 013-2013-PRODUCE, TUO DE LA LEY DE IMPULSO AL
DESARROLLO PRODUCTIVO Y AL CERCIMIENTO EMPRESARIAL**

Artículo 1. Modificación de los artículos 50, 55, 56, 63, 64 y 65 del Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial.

Artículo 50.- Objeto

Créase el Régimen Laboral Especial 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.

El Régimen Laboral Especial comprende: remuneración, jornada de trabajo de ocho (8) horas, horario de trabajo y trabajo en sobre tiempo, descanso semanal, descanso vacacional, descanso por días feriados, protección contra el despido injustificado.

Los trabajadores de la Pequeña Empresa tienen derecho a un Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo a cargo de su empleador, cuando corresponda, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, modificatorias y normas reglamentarias; y a un seguro de vida a cargo de su empleador, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales, y modificatorias.

Para la Pequeña Empresa, los derechos colectivos continuarán regulándose por las normas del Régimen General de la actividad privada.

Asimismo, el derecho a participar en las utilidades, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 892 y su Reglamento, sólo corresponde a los trabajadores de la pequeña empresa.

Los trabajadores de la pequeña empresa tendrán derecho, además, a la compensación por tiempo de servicios, con arreglo a las normas del régimen común, computada a razón de quince (15) remuneraciones diarias por año completo de servicios, hasta alcanzar un máximo de noventa (90) remuneraciones diarias.

Adicionalmente, los trabajadores de la pequeña empresa tendrán derecho a percibir dos gratificaciones en el año con ocasión de las Fiestas Patrias y la Navidad, siempre que cumplan con lo dispuesto en la normativa correspondiente, en lo que les sea aplicable.

El monto de las gratificaciones es equivalente a media remuneración cada una.

Los trabajadores y la Micro y Pequeña Empresa comprendidas en el Régimen Laboral Especial podrán pactar mejores condiciones laborales, respetando los derechos reconocidos en el presente artículo.

(Artículo 43° de la Ley N° 28015, sustituido por el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1086).

A efectos de restituir los derechos laborales y de seguridad social que limita o vulnera el artículo 9 de la Ley Mype, debe tenerse en cuenta que el grueso de Mypes optó por no formalizarse, no obstante haberse sacrificado un conjunto de derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores de la actividad privada que prestan servicios bajo el régimen laboral especial Mype.

Artículo 55.- El descanso vacacional

El trabajador de la Micro y Pequeña Empresa que cumpla el récord establecido en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 713, Ley de Consolidación de Descansos Remunerados de los Trabajadores sujetos al Régimen Laboral de la Actividad Privada, tendrá derecho como mínimo, a quince (15) días calendario de descanso por cada año completo de servicios. En ambos casos rige lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 713 en lo que le sea aplicable.

(Artículo 48° de la Ley N° 28015, sustituido por el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1086).

A efectos de restituir el descanso vacacional de treinta (30) días a los trabajadores de las Mype, debe tenerse en cuenta las jornadas laborales extensas que realizan dichos trabajadores en nuestro país, según estudios realizados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).

Artículo 56.- El despido injustificado

El importe de la indemnización por despido injustificado para el trabajador de la microempresa es equivalente a diez (10) remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de noventa (90) remuneraciones diarias. En el caso del trabajador de la pequeña empresa, la indemnización por despido injustificado es equivalente a veinte (20) remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de ciento veinte (120) remuneraciones diarias. En ambos casos, las fracciones de año se abonan por dozavos.

(Artículo 49° de la Ley N° 28015, sustituido por el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1086).

A efectos de garantizar la estabilidad de salida en los trabajadores de las Mype y una adecuada protección contra el despido arbitrario, debe aplicarse en última ratio la indemnización tasada prevista para régimen laboral común o general prevista en los artículos 38 y 76 del D.S.N° 003-97-TR, en caso de despido arbitrario de trabajadores que laboran bajo el régimen laboral especial Mype.

Artículo 63.- Seguridad Social en Salud

Los trabajadores de la Microempresa comprendidos en la presente Ley serán afiliados al régimen semicontributivo (*) del Seguro Integral de Salud, de acuerdo con lo previsto en la presente ley. Ello se aplica, asimismo, para los conductores de la Microempresa.

Los trabajadores de la Pequeña empresa serán asegurados regulares de ESSALUD y el empleador aportará la tasa correspondiente de acuerdo a lo dispuesto al artículo 6° de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, y modificatorias.

(Artículo 50° de la Ley N° 28015, sustituido por el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1086).

(*) Conforme a lo previsto en el numeral 1 del artículo 81° del Decreto Supremo N° 008-2010-SA, los trabajadores y conductores de la microempresa pasan del régimen subsidiado al semicontributivo.

Artículo 64.- Régimen especial de salud para la microempresa

64.1 La afiliación de los trabajadores y conductores de la Microempresa al régimen semicontributivo (*) del Seguro Integral de Salud comprenderá a sus derechohabientes.

Su costo será parcialmente subsidiado por el Estado condicionado a la presentación anual del certificado de inscripción o reinscripción vigente del Registro Nacional de Micro y Pequeña Empresa de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (**), y a la relación de trabajadores, conductores y sus derechohabientes. El procedimiento de afiliación será establecido en el Reglamento de la Ley.

64.2 El empleador deberá efectuar un aporte mensual por cada trabajador afiliado, equivalente a la mitad del aporte mensual total del régimen semicontributivo del Seguro Integral de Salud, el que será complementado por un monto igual por parte del Estado, a fin de que el trabajador y sus derechohabientes accedan al Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS) (***)).

Esta disposición se aplica, asimismo, en el caso de los conductores de la Microempresa.

Este beneficio no se extiende a los trabajadores independientes que se afilien voluntariamente al régimen semicontributivo del Seguro Integral de Salud, quienes,

para lograr su afiliación, deberán acreditar la evaluación socioeconómica del Sistema Focalización de Hogares (SISFOH).

(Artículo 9º del Decreto Legislativo N° 1086)

(*) Conforme a lo previsto en el numeral 1 del artículo 81º del Decreto Supremo N° 008-2010-SA, los trabajadores y conductores de la microempresa pasan del régimen subsidiado al semicontributivo.

(**) De acuerdo con la Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30056, la administración del REMYPE será asumida por la SUNAT.

(***) De acuerdo con la Novena Disposición Complementaria Final Decreto Supremo N° 007-2012-SA, se autorizó al Seguro Integral de Salud la sustitución del Listado Priorizado de Intervenciones Sanitarias (LPIS) por el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS).

Apelando a los principios de universalidad, solidaridad y progresividad que rigen la seguridad social de salud en nuestro país, debe restituirse el Seguro Regular de Salud a los trabajadores de microempresas, toda vez que el Seguro Integral de Salud (SIS), se limita a la cobertura de atenciones en capa simple y no en capa compleja.

Artículo 65.- Régimen de Pensiones

Los trabajadores y conductores de la Microempresa comprendidos en la presente Ley podrán afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales contemplados en el Decreto Ley N° 19990, Ley que crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, y en el Decreto Supremo N° 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Los trabajadores y conductores de la Microempresa comprendidos en la presente Ley, que no se encuentren afiliados o sean beneficiarios de algún régimen previsional, podrán optar por el Sistema de Pensiones Sociales contemplado en el Título VIII sobre Aseguramiento

en Salud y Sistema de Pensiones Sociales de la presente ley. Ello se aplica, asimismo, para los conductores de la Microempresa.

Los trabajadores de la Pequeña Empresa deberán obligatoriamente afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales contemplados en el Decreto Ley N° 19990, Ley que crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, y en el Decreto Supremo N° 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones.

(Artículo 51° de la Ley N° 28015, sustituido por el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1086)

De igual forma, apelando a los principios de universalidad y progresividad que rigen la seguridad social nuestro país, debe implementarse el Sistema de Pensiones Sociales en el sistema pensionario de nuestro país, que al ser semi subsidiado por el Estado, incentive la formalización laboral.

4.2 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Como es evidente, el régimen laboral especial Mype limita y vulnera derechos laborales y de seguridad social de carácter legal (asignación familiar, gratificaciones, compensación por tiempo de servicios), sino también, de carácter constitucional (vacaciones, utilidades, salud, pensiones, SCTR y derechos colectivos), previstos en los artículos 10, 25, 28 y 29 de la Constitución Política, lo cual es atentatorio contra el

principio-derecho de igualdad, generando discriminación entre los trabajadores del sector privado, inclusive entre los trabajadores del régimen laboral especial Mype.

Entonces, estamos en condiciones de afirmar que la Política Pública de formalización de las Mype y el disfrute efectivo de derechos de carácter laboral de los trabajadores, no fue eficaz, toda vez que hasta el año 2010 solo se formalizó el 4% de las Mype y la inscripción ante el Remype, no garantiza necesariamente la formalización laboral de los trabajadores.

Así tenemos, en relación a la asignación familiar regulada por la Ley N° 25129 y su Reglamento, el D.S.N° 035-90-TR, no obstante ser de naturaleza y carácter remunerativo, fue excluido para los trabajadores de las micro y pequeñas empresas, sin ninguna razón objetiva, es decir sin tener en cuenta que atendiendo al libre desarrollo de su personalidad, los trabajadores de las Mype constituyen familias y por tanto cuentan con carga familiar, cuyos hijos deben ser atendidos en su educación acorde a las exigencias del mundo globalizado, hecho que sobrepasa los intereses propios del trabajador y que negarles tal oportunidad, constituye una circunstancia eminentemente discriminatoria.

En relación a las Gratificaciones legales que regula la Ley N° 27735 que reemplazó a la Ley N° 25139, que implica incrementar el valor del trabajo en dos remuneraciones mensuales adicionales por año en los meses de julio y diciembre, que debe contemplar todo empleador en forma anual y no mensual con la finalidad de determinar el monto a pagar por cada trabajador, no encontrando justificación de que el solo hecho de prestar servicios en las Mype, exonere a los trabajadores de este beneficio sin tomar en cuenta que también tienen que satisfacer necesidades con ocasión de las actividades festivas, celebradas en julio y diciembre en nuestro país. Tal es el caso que la doctrina ha

establecido, que aún existiendo razones objetivas de justificación: como el ser de otro país (Fiestas patrias) o profesar una religión diferente (Navidad), no es impedimento para hacer efectivo este beneficio, no encontrando elementos objetivos y razonables que justifique la eliminación de dicho beneficio para trabajadores de micro empresas y recorte de tal beneficio a trabajadores de la pequeña empresa.

En cuanto a la Compensación por tiempo de servicios (CTS), considerando los periodos laborados que realizan los trabajadores de las Mype y el carácter bidimensional de este beneficio social, cuya **dimensión preventiva** permite un ahorro forzoso que protege al trabajador frente a eventualidades que ocasiona la extinción del vínculo laboral y la **dimensión promocional**, constituye un instrumento de desarrollo del trabajador y su familia, toda vez que ante la extinción del vínculo laboral, la CTS, no solo puede ser utilizada para evitar el desmedro del *status de vida*, sino también como una alternativa de inversión ante la posibilidad de nuevos negocios o la adquisición de bienes. Por lo cual, eliminar este beneficio para las microempresas y limitarlo para las pequeñas empresas, se incentiva la desprotección del trabajador y su familia, pues de extinguirse el vínculo laboral, el nivel de vida hasta entonces alcanzado se destruiría repentinamente, soslayando la dignidad de la unidad esencial del Estado, como es la familia, no entendiendo el contrasentido que establece el régimen laboral especial Mype por carecer de sustento objetivo y razonable.

En tanto que, el descanso vacacional tiene sustento legal (Decreto Legislativo N° 713), constitucional (Carta Magna) y supra constitucional (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), cuya concepción depende del tipo de Estado que establece las políticas públicas en el país. En nuestro país que

ostenta un Estado Social y Democrático de Derecho, en busca del bienestar social desde la perspectiva laboral, traducidos en empleos productivos y trabajo digno; reducir el descanso vacacional de treinta (30) a quince (15) días a través del régimen laboral especial Mype, resulta desproporcional e irrazonable, considerando que en el Perú los trabajadores laboran más de lo legalmente permitido y al encontrarse vulnerado el factor higiénico social, el bienestar social en materia laboral deviene en ineficaz, lo cual debasta los cimientos que se intenta forjar a partir del Estado Social y Democrático de Derecho.

Ciertamente podemos afirmar que en nuestro país existe una alta rotación de trabajadores en sus empleos, producto de no garantizar la estabilidad de entrada y salida en sus puestos de trabajo, donde la regla general de contratación prevista en la Ley se ha invertido, es decir que prima la contratación a plazo fijo y la excepción es la contratación a plazo indeterminado, regla que también alcanza a los trabajadores del régimen laboral especial, no obstante que el artículo 27 de la Constitución Política del Perú, ha regulado la adecuada protección contra el despido arbitrario, cuyo desarrollo recoge el artículo 38 del D.S.N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728.

Tal hecho evidencia mayor vulneración en la estabilidad de los trabajadores de las Mype, no solo por carecer de una norma que regule la contratación de dicho régimen, sino también por haber abaratado el costo de indemnización por despido arbitrario y haber eliminado el requisito de número de trabajadores, que en la práctica implica exposición de mayor número de trabajadores al despido arbitrario, lo cual resulta irrazonable y desproporcional.

En materia de seguridad social en salud, importa señalar que a las microempresas se les atribuye el régimen subsidiario del SIS, despojando a los trabajadores del ámbito del

seguro regular de salud (EsSalud), que rige para los demás trabajadores dependientes regulado por la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-97-SA, que cubre capa simple y compleja.

Además, los trabajadores de las microempresas han sido excluidos del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), sin tener en cuenta que también pueden realizar trabajos de alto riesgo, reiterando un trato discriminatorio, no solo con los trabajadores del régimen laboral común o general, sino dentro del mismo régimen Mype, tal eventualidad eminentemente disímil a la igualdad vulnera los principios de universalidad, solidaridad y progresividad y contraviene el artículo 31 del Convenio 102 de la OIT.

Si bien el Sistema de Pensiones Sociales fue creado a través del Decreto Legislativo N° 1086, vigente desde el 29 de junio de 2008, a la fecha ha pasado más de una década y no se ha implementado, hecho que no incentivó la formalización laboral de las Mype, que no obstante haberse inscrito ante el Remype, optaron por no incluir en planilla a sus trabajadores, aduciendo resistencia de estos por el descuento pensionario.

El artículo 65 del D.S.N° 013-2013-PRODUCE, Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, establece que los trabajadores y conductores de la microempresa comprendidos en dicha norma podrán afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales que contempla el Decreto Ley 19990, que crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social y el Decreto Supremo N° 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Los trabajadores y conductores a que hace referencia el artículo en mención, que no se encuentren afiliados o sean beneficiarios de algún régimen previsional, podrán optar por el **Sistema de Pensiones Sociales** que contempla el título VIII, capítulo II del mismo cuerpo normativo; no obstante que el Sistema de Pensiones Sociales, no ha sido implementado hasta la fecha.

Ahora, es evidente el problema de constitucionalidad generado, toda vez que para los trabajadores de la microempresa, la afiliación al régimen pensionario fue opcional hasta antes de la vigencia del D.Leg. 1086, resultando contrario a la afiliación obligatoria que otorga cobertura universal a los trabajadores dependientes del régimen laboral común o general, inclusive del régimen laboral de la pequeña empresa. Este trato diferenciado vulnera el principio-derecho de igualdad al no encontrar suficientes fundamentos objetivos que lo sustenten, vulnerando los principios de universalidad y de progresividad de la seguridad social.

4.3 ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Es preciso analizar si la medida que proponemos, resulta eficiente desde un enfoque socio - económico, lo que en esencia, significa verificar si permite mayor bienestar social.

En los trabajadores, esto resulta ser más evidente, puesto que reconocer los derechos laborales específicos en su totalidad, incrementa los ingresos de dichos trabajadores y genera mayor acceso al empleo. Si nos referimos a los empresarios, es preciso señalar que un aumento de ingresos reales eleva el consumo, lo cual a su vez eleva la producción. El resultado es un círculo virtuoso saludable, puesto que los niveles de producción son directamente proporcionales a la inversión.

Asimismo, el Estado también resulta beneficiado, pues el aumento de la producción (PBI), genera mayores ingresos fiscales, que deben ser utilizados en las actividades que le corresponde realizar, como es la inversión pública en salud, educación, infraestructura, etc., contando para ello con la participación del sector privado.

4.4 EFECTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta Legislativa propone modificar los artículos 50, 55, 56, 63, 64 y 65 del Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, con la finalidad de restituir los derechos laborales específicos de los trabajadores de las Mype, sin lugar a limitación o vulneración alguna, lo cual permitirá legitimar su ejercicio efectivo, en los mismos términos que los trabajadores del régimen laboral común o general.

CONCLUSIONES

1. La creación del régimen laboral Mype limita o vulnera el ejercicio de un conjunto de derechos laborales y de protección social, respecto a los trabajadores del sector privado que laboran para personas naturales o jurídicas inscritas y acreditadas en el Remype como microempresa o pequeña empresa, cuyo único requisito se rige por el nivel de ventas anuales, cuyos derechos se detallan en el Gráfico N° 03 (Pág. 92).
2. El régimen laboral especial Mype al no superar el Test de Igualdad analizado por el Tribunal Constitucional, limita o vulnera el ejercicio de derechos laborales específicos de los trabajadores del sector privado, contraviniendo el principio de igualdad y no discriminación, es decir, que no responde a un fin constitucional que promueva una política eficaz de promoción sociolaboral y ascenso económico social.
3. Crear un régimen laboral especial de inferior nivel, propicia o empuja a las empresas a fraccionarse para aprovechar las ventajas comparativas de los menores costos del nivel inferior, las empresas grandes devendrían en medianas y éstas en pequeñas o microempresas con el resultado de una atomización en la que los grandes perdedores serían los trabajadores, hecho que vulnera el principio de igualdad y no discriminación.
4. Los derechos laborales son derechos progresivos y como tales el Estado tiene la responsabilidad de brindarles, dentro de sus posibilidades económicas, plena efectividad, es decir, procurar que cumplan con sus fines de bienestar del trabajador y de su familia, advirtiéndose que el régimen laboral especial Mype, afecta el principio de progresividad laboral al agravar la situación jurídica del trabajador, en relación con los trabajadores del régimen laboral común o general.

5. Del estudio realizado se concluye que los regímenes especiales se justifican si y solo si la naturaleza de la prestación y la correlativa contraprestación son intrínsecamente diferentes a las regulaciones del derecho común, cuando la legislación general no puede tratar adecuada o racionalmente las situaciones diferenciadas, cuando el principio de causalidad lo justifica.
6. Asimismo, el régimen laboral especial Mype objeto de estudio, permitió el uso indebido de la seguridad social en salud (EsSalud) por personas naturales o jurídicas que fueron observadas por SUNAT en el año 2014 (**19,596 personas naturales y jurídicas**)⁶⁴, en aplicación de la Ley N° 30056 (Sétima Disposición Complementaria Final), desatacando entre las observaciones: **a) Empresa con baja de la inscripción en el RUC, b) No presenta información de ventas y c) Tipo de persona o entidad no puede realizar actividad empresarial;** es decir, que el régimen laboral especial Mype no sólo limita o vulnera los derechos laborales específicos de los trabajadores del sector privado, sino que además, afectó al sistema en seguridad social de salud, permitiendo la atención de personas, que no necesariamente tenían la “condición de trabajador”, causando perjuicio económico al sistema en seguridad social de EsSalud, lo cual refuerza lo planteado en nuestra hipótesis.

⁶⁴ link: blogs.deperu.com/legal-y-tributario/listado-de-empresas-que-no-cumplen-remype-2014

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que las políticas públicas de Estado orientadas a fomentar el desarrollo y formalización de las Mype y el disfrute efectivo de los derechos laborales de los trabajadores tengan sustento constitucional, evitando limitar o vulnerar los derechos laborales específicos de los trabajadores del sector privado y un trato discriminatorio entre ellos.
2. Se sugiere al legislador establecer mecanismos de detección de empresas que configuran grupo o vinculación económicos, a efectos de no limitar o vulnerar los derechos laborales específicos de los trabajadores del sector privado, evitando crear trabajadores de primera y segunda categoría que atenta contra el principio de igualdad y no discriminación.
3. Se recomienda al legislador que, al formular un régimen laboral especial, no transgreda derechos laborales específicos reconocidos a los trabajadores del sector privado, que afecte su situación jurídica favorable; vulnerando el principio de progresividad que forma parte del bloque de constitucionalidad.
4. Se recomienda al legislador proscribir en nuestro país la tesis del mal denominado “régimen especial”, toda vez que la Ley Mype hace mención impropia a un supuesto **régimen laboral especial temporal**, que luego se convierte en permanente y cambia los parámetros de acogimiento, afectando los derechos laborales específicos a mayor número de trabajadores del sector privado y generando discriminación entre ellos.
5. Se sugiere a que SUNAT en coordinación con EsSalud, cumpla con administrar el Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa (Remype) que le confiere la Ley N° 30056 (Sétima Disposición Complementaria Final), evitando de esta forma el uso

indebido en seguridad social de salud que hasta la fecha vienen realizando las personas naturales y jurídicas, tomando en cuenta las observaciones detectadas por dicha entidad en el año 2014, fueron 19,596 casos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TEXTOS

- ABAD, S. (1992). *Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar*. Revista Thémis. No. 21, pp. 7, 14.
- ALEXY, R. (2010). *La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica. Teoría de la Argumentación Jurídica*. (p. 349). Lima: Palestra Editores.
- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC.
- ATEINZA, M. (2004). *Las Razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- BERLIN, I. (1974). *Libertad y necesidad en la historia*. Madrid: Revista de Occidente.
- BERNUY, O. (2003). *Regímenes Especiales Laborales*. Tomo II. Lima: Editores e Impresores Surco S.A.
- BILBAO, J (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: BOE.
- BLANCAS, C. (2007). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- BLANCAS, C. (1991). *Estado social, Constitución y derechos fundamentales*. Lima.
- BOBBIO, N. (1993). *Libertad e igualdad*. Barcelona: Ed. Paidós.
- BOZA, G. (2004). *Informalidad y Relaciones Laborales*. Trujillo.
- BOZA, G. (1994). *Los principios del Derecho de Trabajo en la nueva Constitución*. Revista Asesoría Laboral. No. 37. Lima.
- BUSTAMANTE, R. (2004). *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara Edit.
- CABANELLAS, G. (S.F.). *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta SRL. Primera edición, 1979. Undécima edición, 1993.

- CASAS, M. (s.f.). *La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe*. Revista Relaciones Laborales. No. 12. Madrid.
- CASTILLO, L. (2005). “*Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho del trabajo*”. En Revista Diálogo con la Jurisprudencia N° 89. Lima.
- CONDE, E. (2007). *La buena fe en el contrato de trabajo*. Madrid: Ed. La Ley.
- CORTÉS, J. (2004). *Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional*. Lima. En: AA.VV. Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional. Academia de la Magistratura. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- DE LAURA LAMA, M., CHAVEZ, F., CURAY, F. (2012). *Derecho Laboral*. Editorial: Gaceta Jurídica S.A. Publicado: 2012-01-15.
- DÍAZ, E. (1981). *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid.
- FELICIANO NISHIKAWA, M. y DÍAZ QUINTANILLA, R. (2011). *Supuestos de suspensión del vínculo laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.
- FREIXES, T. (1986). *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*. Madrid: MTSS.
- GARCÍA, C. (2003). *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia: Universidad de Murcia.
- GARCÍA, E. (1984). *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC.
- GONZALEZ, O. (2007). *Clasificación de los Regímenes y Contratos Especiales de Trabajo*. La Libertad: Universidad Nacional de Trujillo.

- HABERLE, P. (1997). *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- HELLER, H. (1985). *Escritos políticos*. Madrid.
- I Congreso Nacional de la SPDTSS. (2004). *Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú*. Trujillo: Impresión Arte Gráfico Publicaciones SRL.
- INDACOCHEA, Ú. (2008). *El principio de proporcionalidad como criterio metodológico para evaluar las limitaciones al contenido de los derechos fundamentales*. Revista Gaceta Constitucional. No. 02. Lima.
- INDACOCHEA, Ú. (2008). *¿Razonabilidad, proporcionalidad, o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación*". Revista Thémis. No. 55. Lima.
- JORDANO, J. (1997). *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons.
- LANDA, C. (1995). *Teoría del Derecho Constitucional*. Madrid: Ed. Palestra.
- MARTÍN, L. & OTTO, I. (2003). *Derechos fundamentales y constitución*. Lima: Ed. Civitas.
- MARCIANI, B. (2004). *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Lima: Ed. Palestra.
- MONEREO, J. L. (1996). *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas.
- MONEREO, J. L. (2009). *La teoría política de Hermann Heller: La defensa del Estado social de derecho*. Barcelona: El Viejo Topo.

- MORALES, P. (2004). *Régimen Laboral de las Microempresas y el Proyecto de Ley General del Trabajo. Viabilidad de la Formalización Laboral*. Lima: Arte Gráfico Publicaciones SRL.
- NAVARRETE, A. (2014). *Régimen normativo Mype y sus recientes modificatorias*. Gaceta Jurídica 2014.
- NINO, C. (1992). *La autonomía constitucional*. Madrid: CEC.
- PALOMEQUE, M. & ALVAREZ, M. (2001). *Derecho del Trabajo*. Edición Cuera. Madrid. p.147.
- PAREJO, L (1981). *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981*. REDC. No. 03. Madrid, pp. 186-187.
- PECES, G. (1991). *Curso de derechos fundamentales (I)*. Madrid.
- PEREZ, A. (1991). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Ed. Tecnos.
- PRIETO, L. (2002). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Ed. Palestra.
- QUINTANILLA, P. (1974). *El problema metafísico de la libertad*. Ius Et Veritas. (pp. 15, 343).
- QUIROZ, W. (1998). *La Investigación Jurídica*. Lima, p. 118.
- RODRIGUEZ, A. (1986). *El Derecho Laboral y la protección de la intimidad del trabajador*. Revista Derecho Laboral. Montevideo. No. 144.
- RODRIGUEZ, J. (1992). *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. Madrid: Ed. Astrea.
- RUBIO, M. (2005). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima Fondo Editorial de la PUCP.

- SOCIEDAD CIVIL. (2008). *La renovación del nuevo derecho*. Revista Derecho & Sociedad (30), 63.
- SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. (2006). *II Congreso Nacional de la SPDTSS*. Arequipa: Impreso Gráfica S.A.
- SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. (2004). *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Arte Gráfico Publicaciones SRL.
- SOSA, J. (2006). *Técnicas utilizadas por el Tribunal Constitucional para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Actualidad Jurídica. No. 146. Lima, pp. 135-136.
- TORRES, K. (2019). *El Estado social y democrático del Derecho*. Recuperado de <http://elestadosocial.blogspot.com>
- TOYAMA, J. (2009). *Derechos Laborales ante Empleadores Ideológicos. Derechos Fundamentales e ideario empresarial*. Lima: Fondo Editorial PUCP1.
- TOYAMA, J. (2012). *La Indemnización por falta de vacaciones: ¿Cuándo se genera el derecho?* Lima: PUCP.
- TOYAMA, J. (s.f.). *La Constitución: fuente del Derecho Laboral*.
- VALDÉS, F. (2004). *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*. Buenos Aires.
- VALDÉS, F. (2003). *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*. Montevideo.
- VERDÚ, P. (1955). *Estado Liberal de derecho y Estado social de derecho*. Salamanca.

WITKER, J. y LARIOS, R. (1997). *Metodología Jurídica*. Montevideo: Editorial McGRAW-HILL.

ZELARAYÁN, M. (2002). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas.

ZIPPELIUS, R. (1987). *Teoría general del Estado*. México.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC emitida en el Exp. N° 008-1996-I/TC
- STC emitida en el Exp. N° 0006-2001-IA/TC
- STC emitida en el Exp. N° 976-2001-AA/TC
- STC emitida en el Exp. N° 1797-2002-HD/TC
- STC emitida en el Exp. N° 2186-2002-AA/TC
- STC emitida en el Exp. N° 0029-2004-AI/TC
- STC emitida en el Exp. N° 0045-2004-PI/TC
- STC emitida en el Exp. N° 0023-2005-PI/TC
- STC emitida en el Exp. N° 7320-2005-AA/TC
- STC emitida en el Exp. N° 10063-2006-PA/TC
- STC emitida en el Exp. N° 1767-2007-PA/TC
- STC emitida en el Exp. N° 03477-2007-PA/TC
- STC emitida en el Exp. N° 01761-2008-AA/TC
- STC emitida en el Exp. N° 0008-2013-IA/TC