

Foro Público “Micro y Pequeña Empresa: Régimen Laboral y Generación de Empleo”

16.05.07

Martín Carrillo

Abogado

Muchas gracias. Buenas noches. Yo quiero hacer una presentación que traiga a colación el parámetro de evaluación de jurisprudencia del tribunal Constitucional, seguramente en los últimos años para nadie le ha sido extraño más allá de su orientación a los temas legales la importancia de la sentencia que tienen las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre diversos temas de la vida social, económica y laboral. Por lo tanto entonces quiero, como está ahí planteado en las preguntas, pues interrogar si normas diferenciadoras que finalmente es el proyecto del congresista Abugattás, que finalmente es la propuesta que del Ministerio de Trabajo está en preparación. Son normas diferenciadoras, es decir que reconocimiento una realidad particular proponen entonces no un sistema único sino legislación de dimensiones variables. Esa iniciativa más allá de su contenido, que será objeto de evaluación puntual. Esa iniciativa es constitucional es decir la actual legislación ya tiene un régimen diferenciador, que en principio se presume temporal. Digo se presume porque comenzó planteado por cinco años y al tercero de vigencia se le dio cinco más, por lo tanto la temporalidad comienza a ser desvirtuada cuando ésta se prolonga en el tiempo más allá de lo que inicialmente tenía una justificación. Una norma diferenciadora, cualquiera de la que se trate tiene referencia con el artículo 22 de la Constitución, recordemos se reconoce como derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y no cabe entonces, hay un listado de variables y no se agota ahí porque dice de cualquier otra índole. Por cualquier supuesto no se puede hacer una diferenciación frente a la ley, por lo tanto el principio es que la ley, abstracta y general, comprende a todas las relaciones sociales. Luego la Constitución reconoce que hay colectivos que tienen una situación que amerita que tienen una intervención promotora y el artículo 103 advierte que en el caso de las leyes especiales, reconoce la posibilidad de leyes especiales, éstas tienen que atender a la naturaleza de las cosas y no a la diferencia de las personas porque si no estaríamos afectando el 22 que acabamos de reconocer. Bien, qué ha hecho el Tribunal Constitucional, el TC ha reconocido la posibilidad y ha convalidado en algunas sentencias, que caben normas diferenciadoras, pero esas normas diferenciadoras tienen un criterio, es decir operan siempre y cuando reconozcan o atiendan o justifiquen cinco variables que están ahí planteadas. Esta es una resolución del año 2003, ha sido sostenida envaraos casos. Una primera es, cabe una norma diferenciadora cuando hay una situación de hecho distinta. Aquí se han reflejado las particularidades del mundo de la pequeña y micro empresa. Por lo tanto podríamos reconocer que hay un supuesto de desigualdad fáctica y que eso ameritaría una respuesta normativa distinta. Distinta no necesariamente es siempre menor. Distinta es que responda a esta diferencia. Diferencia que no es una diferencia ideológica, subjetivo, es una diferencia objetiva, verificable, medible, reconocible y que además reclame una intervención. En el mundo la diferencia es la regla pero no toda diferencia reclama una intervención. En la primera variable tienes situaciones de hecho distintas y aparentemente en el mundo de la pequeña empresa hay situaciones de hecho distintas para una intervención diferenciadora. Todavía no estamos en qué campos es esa intervención diferenciadora, puede ser financiera, tributaria, puede ser laboral pero hay una realidad distinta que ameritaría normas diferenciadoras.

El segundo requisito que el TC ha establecido como criterio general y lo ha resuelto siguiendo su criterio, por lo tanto cualquier nueva demanda que el TC reconociera se desarrollará bajo estos criterios y cualquier proyecto de ley que se elabore pues sería conveniente que los tome en cuenta con anticipación para ir resolviendo o superando cualquier inconveniente.

Finalidad específica, segundo criterio, qué pretendemos, hay una situación de hecho diferente. Vamos a regular, para qué? Para bajar derechos laborales? para aumentar productividad, para generar empleo, para incorporar a la mujer en el mercado de trabajo? Bueno una o más pero finalidades, deben ser intenciones legítimas, determinadas, concretas, específicas. Entonces la norma tiene que tener una justificación, no se puede, no alcanzaría de acuerdo al criterio constitucional una justificación universal de buenas intenciones y nobles propósitos, sino que para el caso concreto lo que viene es cómo hacer factible esa finalidad, porque no basta con declarar lo que queremos o reducir el déficit de trabajo decente. Queremos eliminar la informalidad, queremos distinguir pequeña empresa como emprendimiento válido de actividades ilícitas de plagio o lesiones de la propiedad industrial y demás. Un tercer criterio es la razonabilidad, hay algo distinto, quiero lograr un determinado objetivo social, jurídico, económico. Cómo hago entonces, en qué me baso, qué invoco, cómo fundamento estos temas. Quiero entonces, hay un problema de empleo en

la pequeña empresa. Pequeña empresa una realidad distinta, objetivo crear empleo. Qué medios razonables uso para crear empleo. Y aquí hemos escuchado por ejemplo que se ha dicho como la jornada máxima no es real, estamos pensando proponer una remuneración horaria, por tanto entonces esa jornada ya no importa que sea máxima sino que importa que

sea compensada. Bueno ese es un criterio, aquí ha sido presentado como tal pero es disponible la norma constitucional que habla de jornada máxima. El tema de la máxima duración de la jornada no está en relación a la compensación económica de esa jornada, está en relación a un tope de horas trabajadas/pagadas pero se supone que hay un máximo de horas que en condiciones laborales y de salud puede y debe cumplir una persona. Ahí habría un problema que no sólo basta con reconocer que el trabajo tiene que ser remunerado sino sería trabajo forzoso sino que hay un límite a la jornada que pues no debería ser, de hecho no lo es, una norma disponible y no podría tener excepción en un régimen promocional o en un régimen específico para la microempresa. No sería entonces ese un instrumento razonable para efectos del Perú.

El cuarto criterio es la proporcionalidad, la diferenciación debe ser válida. Tanto que demuestre su correspondencia con la situación de hecho y la finalidad prometida. Es decir, hoy tenemos, queremos generar empleo en la micro empresa y por lo tanto el legislador actual, la norma vigente dice en el régimen común la indemnización por despido injustificado es 45 días de salario por año, el legislador en el 2003 ha entendido que para promover empleo en las microempresas, ese dato legal tiene que ser reducido a la tercera parte. Y dice si el despido injustificado se da en una empresa que no es micro, la indemnización es de 45, si se da en una empresa que es micro la compensación es de 15. Ese es el instrumento que se usa. Ese instrumento es proporcional? Ese instrumento para crear empleo, yo tengo que reducir los niveles de protección? La lógica pequeña empresa pequeños derechos es una lógica que se puede entender en todo caso o habría que evaluar en qué extremos esa ecuación es posible y dónde hay intangibles. Partimos que el Tribunal no ha olvidado que sí caben normas diferenciadoras pero el Tribunal no está aceptando cualquier diferencia ni está aceptando cualquier justificación. Por lo tanto habrá que hacer la justificación del caso, la identificación de una realidad distinta, la proporcionalidad entre lo que se está dejando, la reducción en la protección. Cuál es el efecto en el ámbito. Yo quiero acá, aumentar cobertura, quiero que haya más gente protegida, más gente en a formalidad. Se habla ahora del acceso progresivo, el acceso progresivo pues parece una noción sensata en cuanto al objetivo final que es ampliar la cobertura. No podemos ser una sociedad de excluidos, políticas inclusivas pero acá hay otro extremo, otra propuesta que seguramente tiene que ser revisada. Cuando se plantea que en las microempresas no habrá salario mínimo sino habrá negociación. Así como hay jornada máxima, hay remuneración mínima. La Constitución habla de remuneraciones mínimas, por lo tanto puede haber más de un módulo pero tiene que haber un piso fijado por el Estado con participación de trabajadores y empleadores. No puede haber. Puede haber un rango de negociación, puede

aproximarse a realidades pero en ningún caso el Estado porque ahí ya no disponerse de normas cuya naturaleza no lo permite, aún en clave promocional. En ningún caso podríamos simplemente que la remuneración mínima sea un dato referencial, un consejo, un objetivo a lograr y no una norma porque las realidades que se han señalado que por cierto habrá que hacer el esfuerzo para sumar el criterio, pues que no cumpla la función de piso que tiene en materia salarial el salario mínimo y la función de techo que tiene en materia horaria la función de la remuneración mínima. Y finalmente la racionalidad. Es esta formula entonces. Cómo se logra una conexión, un vinculo eficaz, cómo logramos que efectivamente porque de repente bajar dos puntos el IGV tiene sobre el empleo, crea 10mil puestos de trabajo en vez de reducir a 15 días las vacaciones.

No lo sé. Habría que hacer el estudio y para eso están las instancias correspondientes y para eso los debates deberían ser con participación de trabajadores, empleadores, cuanto más abierto sea para decir efectivamente, si quiero crear empleo por qué sólo por la vía de la reducción de derechos y no por la vía de pues tasas de interés, facilidades administrativas. Si justamente la posibilidad de buscar la mejor vía, no encontremos la vía más corta por la lógica de reducir derechos a quienes poco ya les queda. Si el Estado tiene que disponer que disponga de su patrimonio antes que del patrimonio de derechos de terceros. El patrimonio del Estado es un patrimonio administrativo, es un patrimonio fiscal, es el patrimonio de las facilidades registrales antes que derechos de terceros y especialmente derechos de trabajadores. La última referencia, pues el Tribunal no sólo completó luego esta posición de los cinco criterios para normas diferenciadoras con lo que ha llamado siguiendo la doctrina alemana el Test de Igualdad. El Tribunal lo ha aplicado ya en varios casos hace algunos años que toda norma, toda norma que establece un trato desigual, un trato diferente, tiene que tener una justificación objetiva y razonable y eso sólo se logra estudiando su idoneidad. Si es que la medida es idónea para el objetivo. No basta decir este es el objetivo crear empleo, reducir la informalidad, pues todos estamos de acuerdo.

Cuál es el medio efectivo que logra, atiende esa necesidad y sobre todo cómo podemos medir. La referencia temporal tiene ese sentido. Yo digo, cumplo este propósito, me pongo una línea de tiempo, hago una justificación e identifico instrumentos y al vencimiento del plazo yo tengo que haber podido justificar mi resultado, el objetivo que sustentaba la medida, porque para que insistir en medidas que no logran el efecto o satisfecho plenamente el objetivo pues la temporalidad obligaría a que ya no hay justificación para la diferencia porque justamente las normas diferentes buscan temporalmente la diferencia pero buscándola con dignidad en el sentido de alcanzar derechos para todos, beneficios para más. Temporalmente podemos establecer algunas formulas de compensación, las podemos pero cuánto aporta al empleo que la sobre tasa de horas extras de trabajo nocturno no se pague en la pequeña empresa, ese es un instrumento valido, es un instrumento idóneo para el objetivo? Cuánto aporta a la creación de empleo tenga 15 días. En vacaciones, en sobre tasa de horas extras, esos son los instrumentos? O el riesgo es y aquí se ha dicho de dar un signo de culpabilizar al derecho del trabajo, que no se crea empleo porque los beneficios son demasiado altos y por lo tanto esa es la forma de crear o incentivar la creación de empleo bajo normas de descuento. A menos derecho más empleo, esa es una fórmula que habrá que no sólo discutirla conceptualmente sino que quienes alientan esa fórmula pues tendrán ya que demostrar resultados objetivos de los resultados alcanzados. Gracias.