



**UNIVERSIDAD NACIONAL
TORIBIO RODRÍGUEZ DE MENDOZA DE AMAZONAS**

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

**“PROTECCIÓN LEGISLATIVA DE LA MATERNIDAD
EN EL RÉGIMEN LABORAL DE LA
MICROEMPRESA”**

Autor: Bach. Eduardo Miguel Tarrillo Muñoz

Asesor: Mg. Wilmer Irigoín Apaéstegui

Coasesor: Mg. Pilar Mercedes Cayllahua Dioses

Registro: (...)

CHACHAPOYAS – PERÚ

2020

DEDICATORIA

A mis padres (mis maestros de la vida) por su apoyo incondicional, gran esfuerzo y motivación para que mi persona siga hacia delante. Por haberme inculcado siempre el valor de la humildad, por enseñarme que en la vida es primero la responsabilidad y el respeto; y, pues por saber mantener la FAMILIA UNIDA tanto en las derrotas como en las victorias. Gracias papá – gracias mamá.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza, por acogerme en sus ambientes y de esa manera permitirme las oportunidades de desarrollarme como profesional.

A todos los docentes de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Chachapoyas, porque con sus enseñanzas contribuyeron en mi formación académica y profesional.

Al Dr. Wilmer Irigoin Apaestegui y a la Dra. Pilar Mercedes Cayllahua Dioses, asesor y coasesor de tesis respectivamente; por su incondicional respaldo, apoyo y conocimientos brindados para la elaboración de la tesis.

A todas aquellas personas que de una u otra manera colaboraron en el desarrollo de esta investigación.

**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL TORIBIO RODRÍGUEZ DE
MENDOZA DE AMAZONAS**

Dr. Policarpio Chauca Valqui

RECTOR

Dr. Miguel Ángel Barrena Gurbillón

VICERRECTOR ACADÉMICO

Dra. Flor Teresa García Huamán

VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN

Dr. Barton Gervasi Sajami Luna

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

VISTO BUENO DEL ASESOR

Yo, Mag. Wilmer Irigoín Apaestegui, identificado con DNI N° 26732867 Abogado de profesión, actualmente docente adscrito de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza; y,

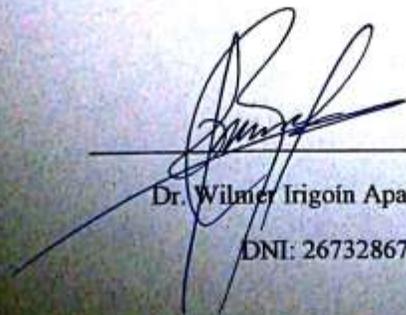
Yo, Mag. Pilar Mercedes Cayllahua Dioses, identificado con DNI N° 41053346 Abogado de profesión, actualmente docente adscrito de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza,

DAMOS VISTO BUENO, a la tesis titulada, **“PROTECCIÓN LEGISLATIVA DE LA MATERNIDAD EN EL RÉGIMEN LABORAL DE LA MICROEMPRESA”**, que es ejecutada por el tesista Eduardo Miguel Tarrillo Muñoz, estudiante de la Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza.

POR LO TANTO

Firmamos la presente corroborando lo acotado.

Chachapoyas, 25 de marzo del 2019



Dr. Wilmer Irigoín Apaestegui

DNI: 26732867



Dr. Pilar Mercedes Cayllahua Dioses

DNI: 41053346

JURADO EVALUADOR



Mg. Edwin Manuel Aguilar Torres
Docente UNTRM

Mg. Edwin Aguilar Torres

PRESIDENTE



Mg. GERMAN AURIS EVANGELISTA
DOCENTE FADCI
Código de Escalafón N° 0523

Mg. German Auris Evangelista

SECRETARIO



Mg. José Luis Rodríguez Medina

VOCAL



ANEXO 3-K

**DECLARACIÓN JURADA DE NO PLAGIO DE TESIS
PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL**

Yo TARRILLO MUÑOZ EDUARDO MIGUEL
identificado con DNI N° 71592718 Estudiante()/Egresado (X) de la Escuela Profesional de
DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS de la Facultad de:
DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas.

DECLARO BAJO JURAMENTO QUE:

1. Soy autor de la Tesis titulada: "PROTECCIÓN LEGISLATIVA DE LA
MATERNIDAD EN EL RÉGIMEN LABORAL DE LA MICROEMPRESA"

que presento para
obtener el Título Profesional de: ABOGADO



- 2. La Tesis no ha sido plagiada ni total ni parcialmente, y para su realización se han respetado las normas internacionales de citas y referencias para las fuentes consultadas.
- 3. La Tesis presentada no atenta contra derechos de terceros.
- 4. La Tesis presentada no ha sido publicada ni presentada anteriormente para obtener algún grado académico previo o título profesional.
- 5. La información presentada es real y no ha sido falsificada, ni duplicada, ni copiada.

Por lo expuesto, mediante la presente asumo toda responsabilidad que pudiera derivarse por la autoría, originalidad y veracidad del contenido de la Tesis para obtener el Título Profesional, así como por los derechos sobre la obra y/o invención presentada. Asimismo; por la presente me comprometo a asumir además todas las cargas pecuniarias que pudieran derivarse para la UNTRM en favor de terceros por motivo de acciones, reclamaciones o conflictos derivados del incumplimiento de lo declarado o las que encontraren causa en el contenido de la Tesis.

De identificarse fraude, piratería, plagio, falsificación o que la Tesis para obtener el Título Profesional haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones civiles y penales que de mi acción se deriven.

Chachapoyas, 02 de Julio de 2020

[Firma manuscrita]
Firma del(a) tesista



ANEXO 3-N

**ACTA DE EVALUACIÓN DE SUSTENTACIÓN DE TESIS
PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL**

En la ciudad de Chachapoyas, el día diez de Julio del año 2020 siendo las 18 horas, el aspirante Bach. Eduardo Miguel Terrillo Muñoz defiende en sesión pública la Tesis titulada:

"Protección legislativa de la maternidad en el régimen laboral de la microempresa"

para obtener el Título Profesional de Abogado a ser otorgado por la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas, ante el Jurado Evaluador, constituido por:

Presidente: Mg. Edwin Manuel Aguilar Torres

Secretario: Mg. German Auris Evangelista

Vocal: Mg. José Luis Rodríguez Medina



Procedió el aspirante a hacer la exposición de la Introducción, Material y método, Resultados, Discusión y Conclusiones, haciendo especial mención de sus aportaciones originales. Terminada la defensa de la Tesis presentada, los miembros del Jurado Evaluador pasaron a exponer su opinión sobre la misma, formulando cuantas cuestiones y objeciones consideraran oportunas, las cuales fueron contestadas por el aspirante.

Tras la intervención de los miembros del Jurado Evaluador y las oportunas respuestas del aspirante, el Presidente abre un turno de intervenciones para los presentes en el acto, a fin de que formulen las cuestiones u objeciones que consideren pertinentes.

Seguidamente, a puerta cerrada, el Jurado Evaluador determinó la calificación global concedida la Tesis para obtener el Título Profesional, en términos de:

Aprobado () Desaprobado ()

Otorgada la calificación, el Secretario del Jurado Evaluador lee la presente Acta en sesión pública. A continuación se levanta la sesión.

Siendo las 18:55 horas del mismo día y fecha, el Jurado Evaluador concluye el acto de sustentación de la Tesis para obtener el Título Profesional.

SECRETARIO

VOCAL

PRESIDENTE

OBSERVACIONES:

ÍNDICE CONTENIDO

	Página
DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
AUTORIDADES UNIVERSITARIAS.....	iv
VISTO BUENO DEL ASESOR.....	v
JURADO EVALUADOR.....	vi
DECLARACIÓN JURADA DE NO PLAGIO.....	vii
ACTA DE EVALUACIÓN Y SUSTENTACIÓN DE TESIS	viii
ÍNDICE DE CONTENIDO	ix
RESUMEN.....	xi
ABSTRAC.....	xii
I. INTRODUCCIÓN.....	13
II. MATERIALES Y MÉTODOS.....	19
2.1. Analítico sintético.....	19
2.2. Dogmático jurídico.....	20
2.3. Hermenéutico jurídico.....	20
2.4. Deductivo.....	20
2.5. Histórico.....	20
2.6. Doctrinario.....	21
2.7. Interpretativo.....	21
III. RESULTADOS.....	22
3.1. Protección legislativa en cuanto a los Derechos Fundamentales	22
3.2. Protección legislativa respecto a mujeres trabajadoras en la Microempresa.....	24
3.3. Protección legislativa en cuanto al subsidio por maternidad.....	27
3.4. Protección legislativa con relación a normas y leyes que regulan la relación entre maternidad y seguridad social.....	28

3.5. Protección legislativa respecto al Convenio 102 de la OIT.....	32
IV. DISCUSIÓN.....	34
4.1. Protección legislativa en cuanto a Derechos Fundamentales.....	34
4.2. Protección legislativa con respecto al Convenio 102 de la OIT.....	36
4.3. Protección legislativa en relación a líneas de acción para armonizar la seguridad social y la ley de la microempresa.....	38
4.4. Protección legislativa con respecto a los derechos laborales.....	39
4.5. Protección legislativa en cuanto a igualdad de oportunidades.....	40
4.6. Protección legislativa en cuanto a la seguridad social.....	41
4.7. Protección legislativa en cuanto a la maternidad y embarazo.....	42
V. CONCLUSIONES.....	45
VI. RECOMENDACIONES.....	45
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46

RESUMEN

El presente estudio tiene como propósito determinar cómo se manifiesta la protección legislativa de la maternidad en el régimen laboral de la microempresa en nuestro país, tomando como base los derechos fundamentales de las personas humanas.

En ese sentido la intención de este estudio se basa no tanto en mostrar un análisis completo y detallado de la regulación para la Mype, sino en expresar las deficiencias del Régimen Laboral Especial de la Microempresa dentro del marco de la seguridad social. Para tal propósito se ha realizado un enfoque de estudio cualitativo, de tipo analítico deductivo y de diseño no experimental, realizado a través del análisis y estudio de doctrina, leyes nacionales e internacionales, fuentes bibliográficas, estadísticos, entre otros.

Como resultado del presente estudio se determina que, si bien el Estado está facultado para promover las políticas de crecimiento y desarrollo del país, pero debe hacerlo respetando los Derechos Fundamentales de las personas, puesto que se ha evidenciado que las trabajadoras afiliadas al régimen de la microempresa tienen un trato desigual frente a trabajadoras de otros regímenes, ya que no gozan del subsidio por maternidad, tal como sí lo gozan las trabajadoras que pertenecen a otros regímenes y que están afiliadas a EsSalud.

Palabras clave: Derechos fundamentales, Vulneración de derechos laborales, subsidio por maternidad, régimen de la microempresa

ABSTRACT

The purpose of this study is to determine how the legislative protection of motherhood manifests itself in the labor regime of microenterprises in our country, based on the fundamental rights of human persons.

In this sense, the intention of this study is not so much to show a complete and detailed analysis of the regulation for the Mype, but to express the deficiencies of the Special Labor Regime of the Microenterprise within the framework of social security. For this purpose, a qualitative study approach has been carried out, of a deductive analytical type and of a non-experimental design, carried out through the analysis and study of doctrine, national and international laws, bibliographical sources, statistics, among others.

As a result of the present study, it is determined that, although the State is empowered to promote the country's growth and development policies, it must do so respecting the Fundamental Rights of the people, since it has been demonstrated that the workers affiliated to the regime of the microenterprises are treated unequally vis-à-vis women workers from other schemes, since they do not enjoy maternity allowance, as is the case of workers who belong to other schemes and who are affiliated with EsSalud.

Key words: Fundamental rights, Violation of labor rights, maternity allowance,
micro-enterprise regime

I. INTRODUCCIÓN

La problemática existente sobre la Seguridad Social y el régimen de la microempresa, a partir de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1086 (28.06.2008) – 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, ha generado cierta intranquilidad en trabajadores que pertenecen a este régimen, sobre todo a las trabajadoras gestantes.

Nuestra Constitución Política en su artículo 10° nos señala 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, asimismo en su artículo 58° reconoce la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado y que en dicha economía el Estado orienta el desarrollo económico del país. Entonces; primero tenemos la seguridad social, que hoy en día no solamente debemos concebirla como un derecho de la persona humana, sino como un deber primordial del Estado con la persona y con la sociedad, frente a cualquier riesgo social y a las contingencias humanas como son las enfermedades, la invalidez, la vejez, los accidentes, el desempleo, la muerte, etc., aspectos que juegan un papel importante en cualquier sistema social o político de nuestro país; y segundo tenemos la microempresa, que también cumple un rol fundamental en el desarrollo social y económico de nuestro país, al ser una fuente que genera empleo.

Dentro del marco protector que brinda el Seguro Social tenemos las prestaciones económicas que son un conjunto de medidas que pone en funcionamiento la Seguridad Social para prever determinadas necesidades en situaciones de infortunio, como el subsidio: por lactancia, por maternidad, por sepelio y por incapacidad temporal. En esta investigación se abordará exclusivamente al subsidio por maternidad, ya que las trabajadoras gestantes que pertenecen al régimen de la microempresa no reciben este subsidio, porque no están afiliadas a EsSalud, sino al Sistema Integral de Salud (SIS), tal como lo establece el art. 39° del Decreto Supremo N° 008-2008-TR, “Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la

Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente - Reglamento de la Ley MYPE ”. Este régimen se creó para que esa pequeña empresa ascendente pueda “despegar” y cumplir con las normas laborales y tributarias y no recurrir a la informalidad que deja fuera de la protección de la seguridad social a muchos trabajadores actualmente. En ese escenario es que aparece la microempresa como un instrumento legal que pueden usar los empresarios emergentes para iniciar nuevos negocios sin tener que soportar los altos costos laborales (solo soportables por la "gran empresa") ni los problemas que trae la informalidad (procesos judiciales, desprotección de los trabajadores, multas, etc.)

Dentro de la teoría de los derechos fundamentales tenemos como un derecho general al de la igualdad Alexy (1993), es decir la igualdad ante la ley, lo cual supone la aplicación de la fórmula clásica “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”. Esta premisa no se está cumpliendo cuando hacemos referencia a las trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen de la microempresa que están afiliadas al Sistema Integral de Salud (SIS) quienes no gozan del subsidio por maternidad, a diferencia de las trabajadoras gestantes afiliadas al Seguro Social de Salud (EsSalud) notándose aquí una clara desigualdad. Es decir, la vulneración de un derecho laboral fundamental que es la protección a la maternidad, más todavía si tomamos en cuenta que el artículo 23° de nuestra Carta Magna, señala 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.

En ese sentido, actualmente es importante reflexionar sobre el crecimiento y desarrollo sostenible de la economía, en ese sentido no puede dejarse de lado el tema de las MYPE como impulsadoras del crecimiento y desarrollo económico de un país. En ese escenario es que aparece la microempresa como un instrumento jurídico que pueden usar los empresarios ascendientes para iniciar nuevos negocios sin tener que soportar los elevados costos laborales (solo soportables por la "gran empresa") ni los problemas que trae la informalidad (procesos legales, desprotección de trabajadores, multas, etc.).

Asimismo se puede observar que pese a los esfuerzos en el progreso para la regulación relacionada con crear programas que fomenten su desarrollo, otorgarle facilidades en relación al aspecto tributario, etc., no consideran a la regulación laboral y de seguridad social como un elemento importante a la hora de evaluar su viabilidad y sostenibilidad.

Este trabajo analiza la incompatibilidad que existe entre la regulación de las MYPE y el cumplimiento de las regulaciones laborales y de seguridad social dentro del marco de nuestra Constitución Política y del Convenio 102 de la OIT, asimismo busca analizar la importancia de una adecuada regulación laboral y de seguridad social contribuyendo a hacer más equitativos los procedimientos legales que, por una parte, beneficien al trabajador en el reconocimiento y protección de sus derechos laborales y, por otra, beneficien a las MYPE para su preservación como fuentes de empleo decente y estable.

Al respecto Lora (2008) En su artículo denominado “El nuevo régimen laboral de la micro y pequeña empresa” llega a la conclusión que los trabajadores afiliados a este régimen tiene un trato desigual frente a trabajadores de otros regímenes. Asimismo manifiesta que el problema de este régimen laboral especial es su carácter permanente y no por un periodo determinado.

Chacaltana (2008) En su trabajo denominado “Una evaluación del régimen laboral especial para la microempresa en Perú, al cuarto año de vigencia” nos indica que debe recordarse siempre que la formalización no es el objetivo de las políticas laborales, sino la mejora de las condiciones de trabajo y la inclusión de los trabajadores en los regímenes de protección social. Reducir los requisitos de la formalidad, pueden en el extremo generar empleos formales pero precarios. El objetivo de la política pública en materia de Mype, por la cantidad de trabajadores involucrados, debe en todo momento pensar en las condiciones de trabajo de quienes laboran en ellas, y para eso, las políticas de apoyo a su competitividad son una necesidad impostergable.

Sánchez (2012) En “Una visión ponderada de la legislación laboral” nos dice que El régimen MYPE tiene carácter permanente, pues la pertenencia al régimen laboral especial dependerá del control por parte del empleador de las

características que determinan si una empresa es micro o pequeña. Razón por la cual, este régimen, al no tener carácter temporal, constituye una medida discriminatoria y, por ende, inconstitucional.

El presente trabajo es una investigación contextual, en donde se utilizará el método analítico deductivo de la normatividad jurídica vigente en la materia que nos ocupa. Es decir, se enmarca dentro de las investigaciones socio jurídicas, las cuales consideran que el derecho es un medio para el ejercicio de las libertades y dignidad del hombre y no un obstáculo para su conculcación. En ese sentido la investigación es de tipo dogmático jurídico o denominadas también teóricas o formales, pues apuntan al análisis sobre la Protección legislativa de la maternidad en el régimen laboral de la microempresa en el Perú, a la luz del respeto de los derechos humanos y seguridad social.

De igual forma esta investigación también es de tipo explicativa, pues explica los fundamentos que justifican la incompatibilidad entre el régimen laboral de la microempresa y la seguridad social en nuestro país, referido al subsidio por maternidad, desde un punto de vista humanista, a fin de que con ello no se vulnere los derechos de las trabajadoras gestantes pertenecientes a este régimen laboral.

El presente trabajo es de diseño no experimental, de corte transversal o transeccional. Es no experimental, debido a que se realiza sin manipular deliberadamente las variables, se basa en variables que ya ocurrieron o se dieron en la realidad sin la intervención del investigador.

Es de corte transversal o transeccional, porque recolecta datos en un momento único; siendo su propósito describir eventos y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado, en la medida en que para el estudio, las leyes son analizadas en un momento dado sin tomar en consideración el año en el que éstas fueron emitidas y no se está analizando la evolución de las mismas en el tiempo.

La presente investigación tiene como unidad de análisis las bases filosóficas de los derechos fundamentales de la persona humana, la normatividad referida a la microempresa, la normatividad sobre la Seguridad Social, normatividad sobre protección a la madre gestante, y datos estadísticos sobre la materia.

Castillo (2010) nos dice que una consecuencia de la concepción de la persona humana y de su dignidad como fundamento y fin de toda realidad estatal y jurídica viene a ser la llamada dimensión objetiva de los derechos fundamentales, por la que los derechos no solo constituyen facultades y atribuciones del titular del derecho –persona humana-, “sino que precisamente por su especial significación jurídico-política, se entiende que los derechos generan especiales deberes por parte del poder político hacia la consolidación de una plena vigencia de los mencionados derechos”. En ese sentido cabe hacerse la siguiente pregunta ¿Qué vida digna puede tener una trabajadora gestante, si no recibe un apoyo económico del Estado ni de su empleador en la etapa de gestación que servirán para cubrir las contingencias propias de su estado de embarazo?

Concluyendo podemos afirmar que los efectos jurídicos son la vulneración al principio de dignidad y de derechos fundamentales en razón de lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos humanos considerando que la libertad, la justicia y la paz tienen por base “el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; el artículo 1º consagra que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. De la misma manera en razón de los fundamentos filosóficos mencionados por Kant (1980) que desarrolla en mayor profundidad este principio y escribe “La humanidad misma es una dignidad”, expresa que ningún hombre puede tratar a otro hombre como un objeto, herramienta o instrumento, sino como un fin y en ello reside su dignidad, la que tiene por sustento el ejercicio de su libertad.

Del análisis estadístico también se llega a concluir que poco ha servido recortar los derechos laborales de los trabajadores del régimen de la microempresa, para lograr que estas empresas se formalicen, puesto que hasta la actualidad han transcurrido más de diez años desde que se promulgó el 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, y no se ha logrado reducir la informalidad de las microempresas, tal como se evidencia de los datos estadísticos.

También se puede decir que las trabajadoras afiliadas al régimen de la microempresa tienen un trato desigual frente a trabajadores de otros regímenes, puesto que no gozan del subsidio por maternidad, tal como sí lo gozan las trabajadoras que pertenecen a otros regímenes y que están afiliadas a EsSalud.

II. MATERIALES Y MÉTODOS

El presente trabajo es de diseño no experimental, de corte transversal o transeccional.

Es no experimental, debido a que se realiza sin manipular deliberadamente las variables, se basa en variables que ya ocurrieron o se dieron en la realidad sin la intervención del investigador.

Es de corte transversal o transeccional, porque recolecta datos en un momento único; siendo su propósito describir eventos y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado. Asimismo en la medida en que para el estudio, las leyes son analizadas en un momento dado sin tomar en consideración el año en el que éstas fueron emitidas y no se está analizando la evolución de las mismas en el tiempo.

El alcance es explicativo debido a que se dirige a responder y explicar las causas de los eventos o sucesos bajo análisis. Para la investigación que nos ocupa, nos aproximamos a situar los motivos por los cuales existe incompatibilidad entre el régimen laboral de la microempresa y la seguridad social, en nuestro país, vulnerando con esto el derecho a la igualdad en cuanto al subsidio por maternidad en el régimen laboral de la microempresa.

Se recurrirá a los siguientes métodos:

2.1. Analítico sintético

Que permitió establecer las causas y efectos de nuestro problema de investigación, para ir en el proceso de conocimiento, del establecimiento de las causas a los efectos que ellas originan en el tema que nos ocupó investigar. Significó categorizar, ordenar, manipular y resumir los datos de una investigación para contestar las preguntas formuladas.

En el presente trabajo fue fundamental en la elaboración de la dispersión del marco teórico, pues se ha hecho un análisis desde el punto de vista humanístico para determinar la vulneración al derecho de igualdad en cuanto al subsidio por maternidad en el régimen laboral de la microempresa en nuestro país.

2.2. Dogmático jurídico

Para el estudio de la norma en concreto dentro del sistema jurídico, es decir de la Ley MYPE. La dogmática es el método constructivo del sistema de interpretación jurídica que procede por pasos. Se encaminó al estudio e investigación de la doctrina y el derecho con la finalidad de realizar abstracciones relacionadas a la inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, ponderación y comparación.

2.3. Hermenéutico jurídico

El método hermenéutico se utilizó para explicar las relaciones existentes entre un hecho y el contexto en el cual acontece. De ahí que sirvió cuando se analizó y estudió la normatividad relacionada con nuestro tema de investigación, a fin de desentrañar el origen de la misma, por lo tanto este método fue de vital importancia pues a partir de la interpretación de los textos y doctrina se pudo conocer y valorar el fundamento de la problemática planteada.

2.4. Deductivo

Al ser la deducción uno de los principales métodos de razonamiento o conclusión, en el presente estudio se utilizó el método deductivo con el objeto de partir de aspectos generales de la investigación para llegar a situaciones particulares. El método deductivo lo hemos aplicado al tema de nuestro trabajo a partir de los aportes doctrinarios para arribar a conclusiones que tengan que ver con los criterios jurídicos humanísticos, para determinar que existe una incompatibilidad entre el régimen laboral de la microempresa y la seguridad social, referido al subsidio por maternidad en nuestro país.

2.5. Histórico

El método histórico está vinculado evidentemente al conocimiento de la materia, su naturaleza, su base legal, en el presente caso la seguridad social en el régimen laboral de la microempresa, específicamente en cuanto se refiere subsidio por maternidad.

Este método ha permitido tener una visión amplia de la regulación de la Ley de la microempresa a través del tiempo, asimismo una concepción general

de la evolución de la seguridad social, tomando como punto principal el subsidio por maternidad, considerando el respeto a los Derechos Fundamentales.

2.6. Doctrinario

Utilizada para seleccionar información con bases doctrinarias, extrayendo las distintas posturas del tema a investigar sobre la seguridad social referida al subsidio por maternidad en el régimen laboral de la microempresa, las que fueron plasmadas en la introducción del presente trabajo.

2.7. Interpretativo

Empleado esencialmente para lograr procesar la información, delimitar conceptos y obtener soluciones, de acuerdo a lo planteado en los objetivos en nuestra investigación. Siendo así, la interpretación del derecho, como objeto de la investigación jurídica, en ningún caso puede ser resultado de la fantasía libre del estudioso, sino la conclusión razonada de principios y normas de derecho aplicables al caso.

III. RESULTADOS

La presente investigación tiene como unidad de análisis las bases filosóficas de los derechos fundamentales de la persona humana, la normatividad referida a la microempresa, la normatividad sobre la Seguridad Social, normatividad sobre protección a la madre gestante, y datos estadísticos sobre la materia.

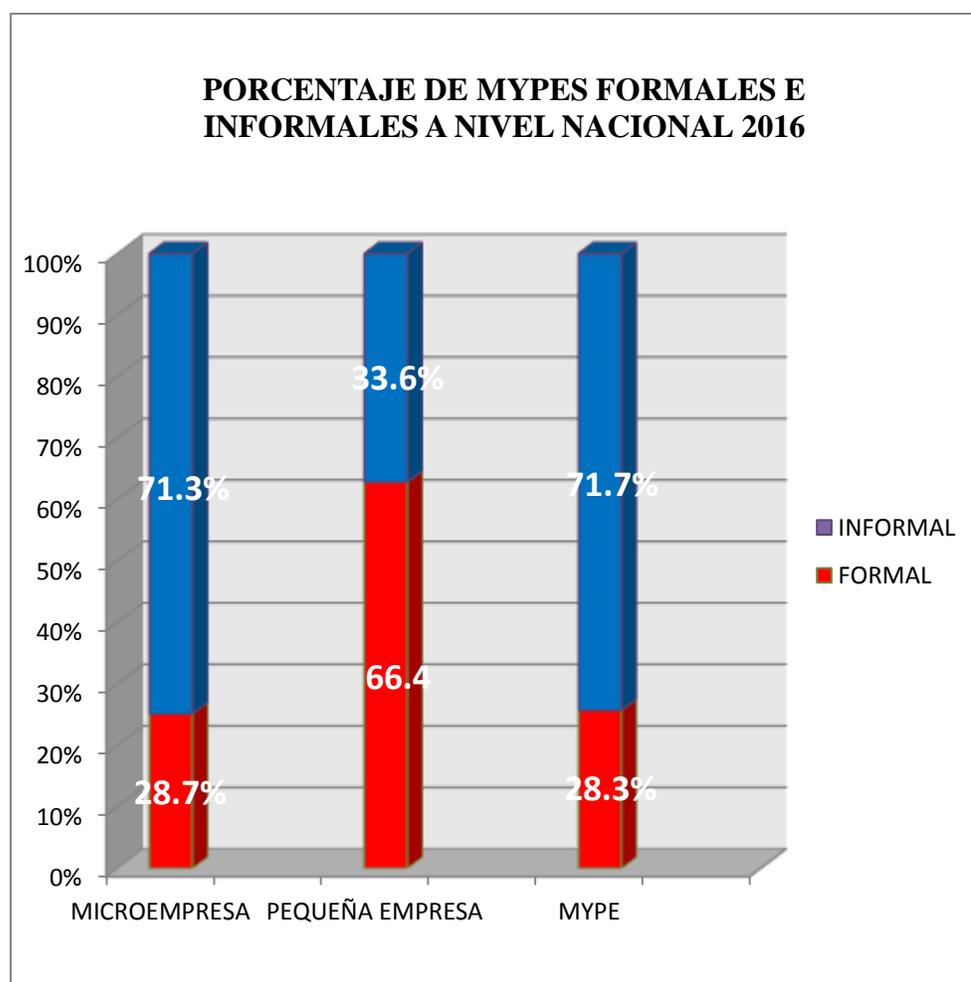
3.1. Protección legislativa en cuanto a los Derechos Fundamentales

Al estar considerados los Derechos Fundamentales como aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de status de personas Cassese (1993), nuestra Constitución Política del año 1993 en concordancia con lo señalado, establece en su primer artículo “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; estableciendo a la persona humana y su dignidad como máximo valor del ordenamiento jurídico; en igual forma la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 1° prescribe “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

En el año 2008, el Estado emitió el 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, con la finalidad de promover la formalización de las medianas, pequeñas y micro empresas.

Que, si bien el Estado peruano está facultado para promover las políticas de crecimiento y desarrollo del país, pero debe hacerlo respetando los Derechos Fundamentales de las personas, puesto que con la vigencia de la Ley de la microempresa se está dando prioridad al aspecto privado más que al interés general, además debe tomarse en cuenta que el objetivo de las políticas laborales es mejorar las condiciones de trabajo y la inclusión de los trabajadores en los regímenes de protección social, más no la formalización de las empresas.

Evidenciamos que la política empleada por el Estado, vulnerando los Derechos Fundamentales de las personas humanas, para lograr que las medianas, pequeñas y micro empresas se formalicen, reduciendo sus costos laborales, no ha dado resultado, tal como se evidencia en el siguiente cuadro, en donde se estima que hasta el año 2016, solamente el 28.7% de las microempresas estaban formalizadas, y el 71.3% de las microempresas a nivel nacional eran informales.



Fuente: SUNAT 2015, INEI 2014.

En ese sentido de acuerdo al análisis realizado podemos decir que la política empleada por el Estado con una abierta transgresión a los Derechos Fundamentales, recortando los derechos laborales de los trabajadores del

régimen de la microempresa, para lograr que estas empresas se formalicen, no ha servido de nada, puesto que hasta la actualidad han transcurrido más de diez años desde que se promulgó el 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, y no se ha logrado reducir la informalidad de las microempresas, tal como se evidencia del estadístico en mención.

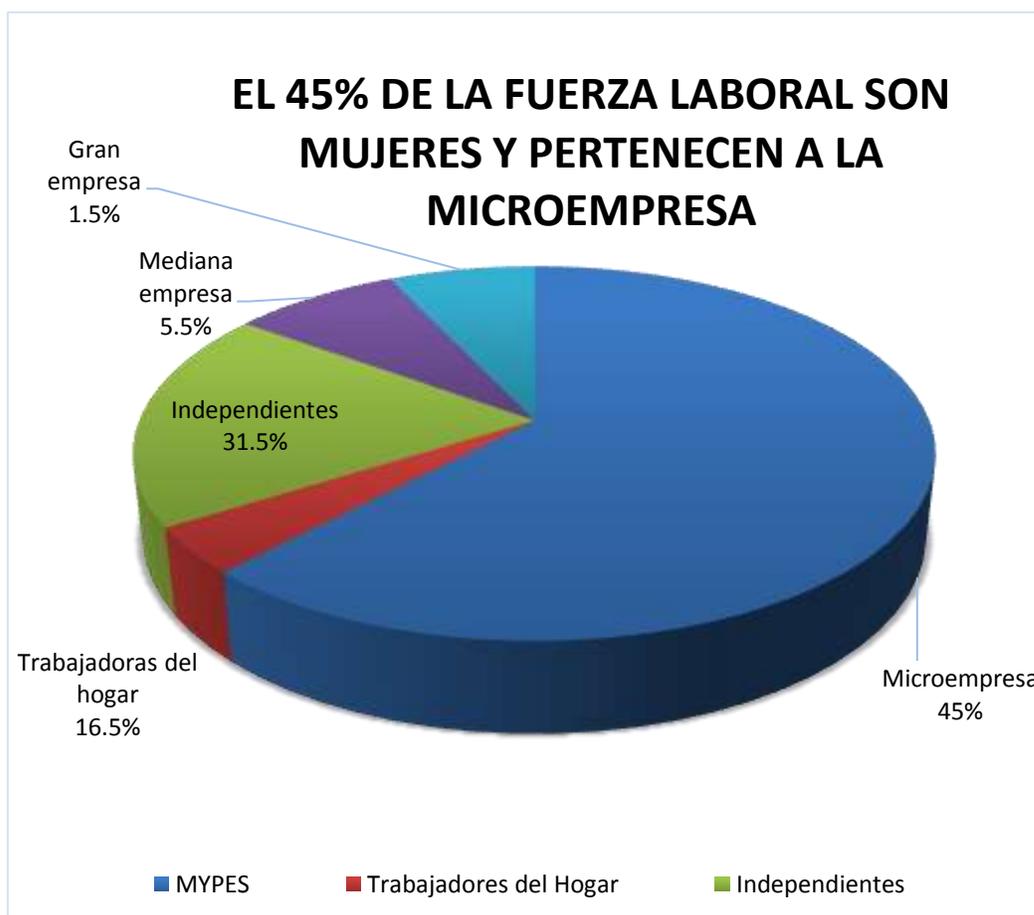
Asimismo se concluye que las trabajadoras gestantes que pertenecen al régimen laboral de la microempresa no están afiliadas a EsSalud sino al SIS. Por lo tanto este subsidio les es negado, quedando desprotegidas en esta etapa de gestación, lo cual estaría vulnerando sus derechos constitucionales de protección a la persona. Asimismo ya no solo se estaría dejando en desprotección a la madre sino también al menor que está por nacer, evidenciándose no sólo una vulneración al derecho de igualdad, sino también una vulneración al principio de dignidad humana como principio rector del derecho constitucional y base de todos los tratados internacionales sobre derechos humanos.

3.2. Protección legislativa respecto a mujeres trabajadoras en la microempresa

Si bien es cierto que en la actualidad no existe un completo régimen laboral especial para las mujeres, sí tenemos dispositivos que conceden derechos específicos a las trabajadoras que tienen la condición de madres. El fundamento de estas normas, es principalmente el artículo 23° de la Constitución de 1993, el cual señala que "El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a las madres, al menor de edad y al impedido que trabajan."

Asimismo de los datos estadístico podemos concluir que el número de trabajadores en general que pertenecen a la microempresa es considerable, más aún si tomamos en cuenta que el 88.70% de la fuerza laboral del país se

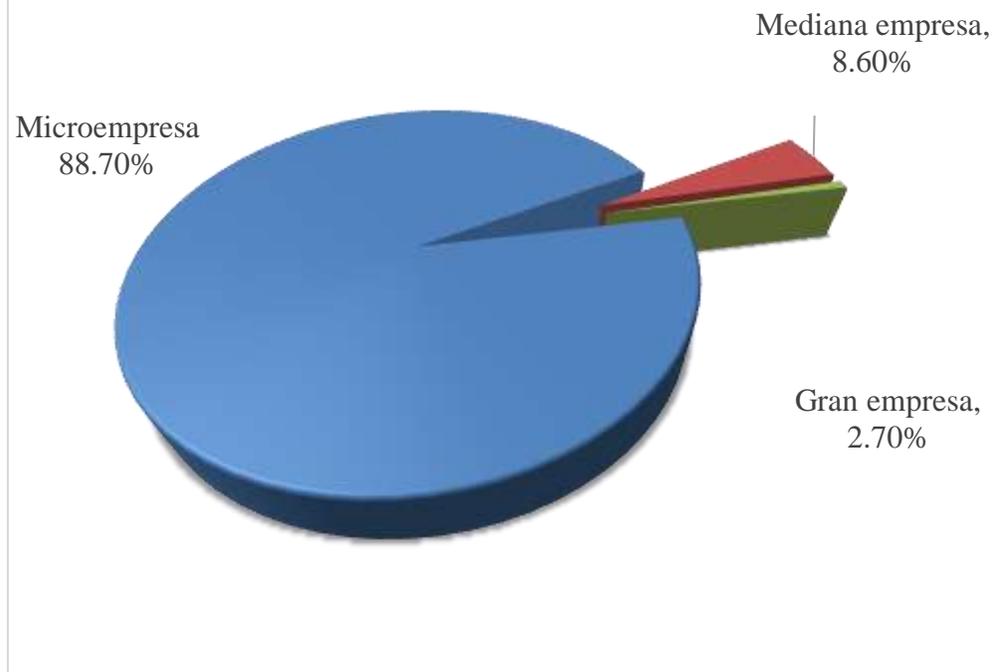
emplea en las microempresas, tal como se demuestra en el siguiente cuadro estadístico realizado por el Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo en el año 2014, y la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria SUNAT en el año 2015.



Fuente. MTPE 2014, SUNAT 2015.

Asimismo de los estadísticos del año 2014, realizado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se puede concluir que del 100% de trabajadores que pertenecen a la microempresa, el 45% son mujeres, tal como se evidencia del estadístico siguiente:

EL 88.7% DE LA FUERZA LABORAL DEL PAÍS SE EMPLEA EN LA MICROEMPRESA



Fuente: MTPE 2014

En ese sentido, de acuerdo al análisis realizado, nos damos cuenta que existe una cantidad considerable de mujeres que trabajan en la microempresa.

Si bien es cierto, no se ha logrado encontrar datos estadísticos del porcentaje de trabajadoras gestantes que trabajen en la microempresa, sin embargo sea cual fuese el porcentaje, es evidente que dichas trabajadoras gestantes que pertenecen al régimen laboral de la microempresa no reciben el subsidio por maternidad, considerando que no existe un sustento objetivo que valide la introducción del régimen propuesto y sus tratos diferenciados a nuestro

sistema jurídico, motivo por el cual este resulta inconstitucional, puesto que no se respetó los Derechos Fundamentales de las personas.

3.3. Protección legislativa en cuanto al subsidio por maternidad

El artículo 23° de la Constitución de 1993, el cual señala que "El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a las madres, al menor de edad y al impedido que trabajan."

Pese a las disposición constitucional antes señalada, es poco lo que se ha avanzado con relación a una legislación más equitativa y protectora a la madre gestante que labora en la microempresa, que fomente la igualdad y que en los hechos, goce de los mismos derechos que las trabajadoras que se encuentran en otros regímenes, pues tal como se ha mencionado en el marco teórico, a pesar que contamos con una serie de normas de protección y algunas de promoción de la madre trabajadora, tales derechos no se cumplen en el ámbito de la microempresa.

En nuestro país tenemos diversos regímenes laborales, dentro de los cuales tenemos el régimen laboral especial de la microempresa, en donde se evidencia una clara desigualdad de derechos, sobre todo en lo referente al subsidio por maternidad, puesto que la trabajadora gestante que pertenezca a este régimen laboral no tiene acceso a este subsidio, como sí lo tienen las trabajadoras que pertenecen al régimen del Decreto Legislativo 728, o las que pertenecen al régimen del Decreto Legislativo 276, incluso las que pertenecen al régimen CAS.

Sabemos que actualmente se entrega un monto de dinero a las trabajadoras afiliadas al Seguro Social de Salud, con ocasión de su alumbramiento (durante un período de 98 días consecutivos que se dividen en prenatal y postnatal). El mencionado subsidio permite a las trabajadoras que se encuentren en estado de gestación, gozar de un período de descanso previo al alumbramiento a fin de no arriesgar su salud ni la del concebido por la

prestación normal de servicios a su empleador en la última etapa de su embarazo, en el cual, los riesgos de sufrir algún tipo de perjuicio se incrementan. Asimismo, les permite un período de descanso posterior al parto, en el cual puedan brindarle la atención debida al recién nacido. Todo esto sin afectar sus ingresos.

Las trabajadoras gestantes que pertenecen a la microempresa no gozan de este subsidio, puesto que dichas trabajadoras no están afiliadas a EsSalud sino al SIS. Por lo tanto este subsidio les es negado, quedando desprotegidas en esta etapa de gestación, lo cual estaría vulnerando sus derechos constitucionales de protección a la persona. Asimismo ya no solo se estaría dejando en desprotección a la madre sino también al menor que está por nacer, evidenciándose no sólo una vulneración al derecho de igualdad, sino también una vulneración al principio de dignidad humana como principio rector del derecho constitucional y base de todos los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Entonces siendo que las trabajadoras gestantes pertenecen al régimen de la microempresa son adscritas al SIS más no a EsSalud, por lo tanto no son beneficiadas con las prestaciones económicas que se detallan:

PRESTACIONES	ESSALUD	SIS
- Subsidio por lactancia.	SÍ	NO
- Subsidio por maternidad.	SÍ	NO
- Subsidio por incapacidad temporal.	SÍ	SI
- Subsidio por sepelio.	SÍ	SÍ

Fuente: Ley 26790 - Modernización de la Seguridad Social en Salud

3.4. Protección legislativa con relación a normas y leyes que regulan la relación entre maternidad y seguridad social.

La protección de la maternidad representa una de las preocupaciones iniciales del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social, lo que se explica por los bienes jurídicos involucrados, dado que al tutelarse a la madre no sólo se la cuida a ella sino que también a los niños y a toda la comunidad, Garriguez (2004).

La maternidad ha sido tradicionalmente merecedora de especial atención, tanto en un sentido genérico como específico, en atención a los distintos bienes jurídicos que en ella se incluyen (la salud y el bienestar de la mujer y del hijo, así como el establecimiento entre los progenitores y sus hijos de adecuados vínculos relacionales y afectivos), en lo que podría entenderse como una especial valoración de la institución familiar, en consecuencia al no haber ponderado la importancia que cumple la maternidad dentro del rol social, se está atentando claramente con un bien jurídico especial, al no permitirle acceder al subsidio en su estado de gravidez.

Tenemos que tomar en cuenta que el 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, buscaba impulsar y promover el acogimiento a los beneficios laborales, a la seguridad social y a la formalización tributaria de las microempresas; mientras que por otro lado respecto a las pequeñas empresas, lo que se plantea es instaurar medidas que ejerzan la fuerza suficiente para que estas fortalezcan sus índices de laboralidad. Sin embargo a pesar que entró en vigencia dicho Decreto Legislativo N° 1086, los datos demuestran que todavía hay un alto índice de informalidad de las microempresas en nuestro país.

Si bien es cierto el Estado a través del Decreto Legislativo N° 1086, trata de impulsar y promover no solo la formalización, sino también el desarrollo de las Mype, sin embargo no lo puede hacer reduciendo o recortando los derechos laborales de los trabajadores, por lo tanto no se puede sostener que la reducción de derechos va a permitir luchar contra la informalidad.

Se constata que las políticas públicas de promoción del empleo en el sector de la microempresa han tenido como eje la de reducción de costos laborales, pero no han tomado en cuenta la directa incidencia en un conjunto de derechos laborales fundamentales y de protección social, reconocidos por la Constitución.

Como ejemplo, podemos apreciar en la siguiente tabla la notable reducción de los denominados “costos laborales” que ha operado con la entrada en vigencia del régimen de la Ley Mype.

Costos laborales	Microempresa	Régimen General
Remuneración	RMV	RMV
Vacaciones	15 días	30 días
Asignación Familiar	No se aplica	10% de la RMV
CTS	No se aplica	Una remuneración mensual por año. no tiene tope.
Seguro de Salud	Semisubsidio del Estado	EsSalud, 9% a cargo del empleador
Gratificaciones	No se aplica	Una remuneración en julio y una en diciembre

Utilidades	No se aplica	5% – 10% de renta antes de impuestos.
Seguro complementario de trabajo de riesgo	No se aplica	Sí para actividades de alto riesgo
Despido injustificado	10 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios, con un máximo de 90 remuneraciones diarias.	Una remuneración y media por año o por cada mes completo que falte para culminar el contrato. tope doce remuneraciones

Fuente: Cuadro comparativo realizado por el investigador

Como se puede notar, los derechos laborales reconocidos para los trabajadores de microempresas son bastante mínimos, mientras que, en el caso del régimen general tiene más derechos. Sin duda, no resultan equiparables, tomando en cuenta la igualdad de derechos y protección de derechos fundamentales.

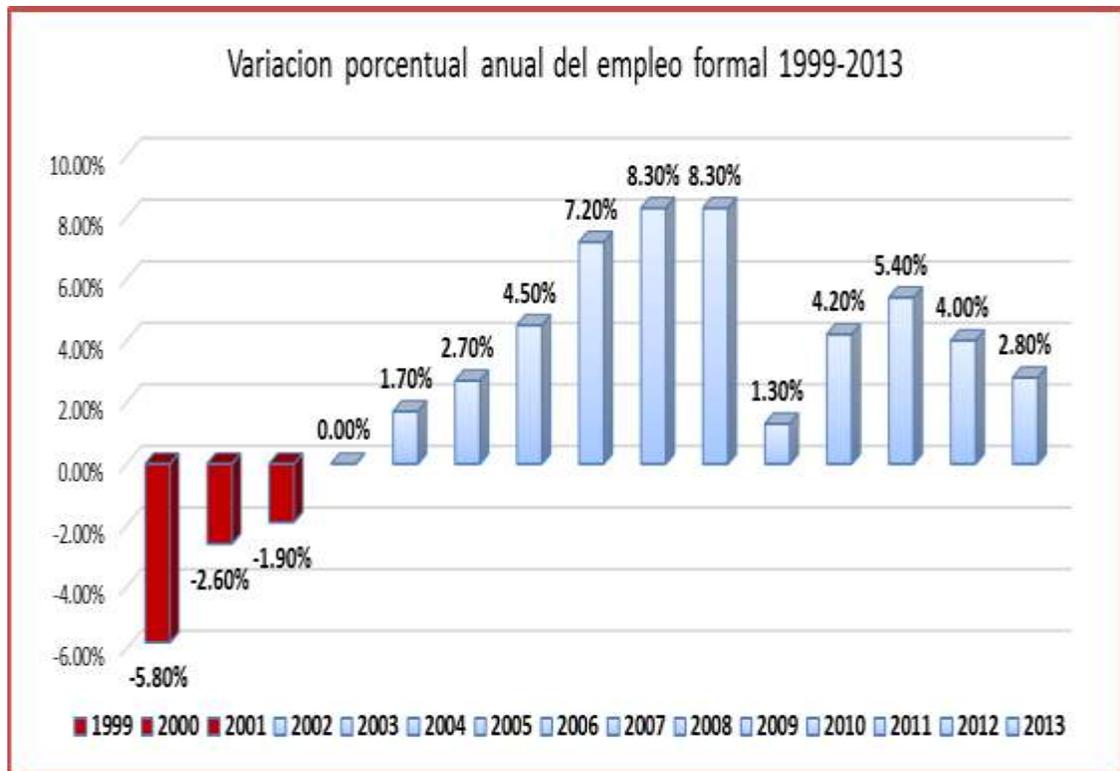
En atención a lo señalado, podemos indicar que, existían circunstancias de hecho distintas para las microempresas que impulsaban al legislador a evaluar la introducción de normativa que incentivara la formalidad, atendiendo a las condiciones especiales que se evidenciaban en la realidad del mercado laboral peruano y al mandato del artículo 23° de la Constitución.

3.5. Protección legislativa respecto al Convenio 102 de la OIT

Dicho Convenio refiere sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), es el convenio de la OIT sobre este tema, puesto que es el único instrumento internacional, basado en principios fundamentales de seguridad social, que establece normas mínimas aceptadas a nivel mundial para las nueve ramas de la seguridad, dentro de ellas las del capítulo VIII referido a las prestaciones por maternidad.

Las trabajadoras gestantes que pertenecen al régimen de la microempresa, al estar afiliadas al SIS, no gozan del subsidio por maternidad, lo cual involucra una reducción al acceso de los servicios y a la calidad de los mismo; esta exclusión genera un trato diferenciado incompatible con nuestra Constitución y las Normas Internacionales, dado que el Convenio en mención es relativo a las normas Ahora bien, sobre las posibilidades de empleo, el Régimen MYPE ha tenido dos estadios:

En un primer momento con la ley N° 28015 que rigió desde el 2003 hasta el 2008, y actualmente el Decreto Legislativo N° 1086, con vigencia desde el año 2008. Si bien los primeros años, correspondiente al primer estadio, hubo un crecimiento estable pero minúsculo, lo irónico es que con la entrada en vigor de la nueva legislación (2008), el crecimiento del empleo formal se desplomó tal como se puede observar en el gráfico siguiente:



Fuente: Dirección de Investigación Socioeconómico Laboral del MTPE 2013

En ese sentido, las estadísticas demuestran que irónicamente desde que entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1086, el crecimiento del empleo formal ha disminuido notablemente, en conclusión se puede decir que la política empleada por el Estado para la formalización de las empresas, no ha tenido resultados positivos.

IV. DISCUSIÓN

En el Perú siempre ha existido la problemática entre empleadores y trabajadores, en cuanto a la protección de derechos laborales de estos últimos, como consecuencia de esto, a través de las diversas corrientes revolucionarias es que se ha logrado incorporar derechos sociales de los trabajadores a nuestra legislación. En el presente trabajo la hipótesis es “La protección legislativa de la maternidad en el régimen laboral de la microempresa se manifiesta con desigualdad, desprotección de derechos laborales y vulneración de derechos fundamentales” La discusión se hará mediante el análisis de información documental, doctrinal, legal del tema que nos ocupa, contrastándolo con la realidad nacional; asimismo contrastándolo con la recopilación de datos estadísticos sobre la materia.

4.1. Protección legislativa en cuanto a derechos fundamentales

Si entendemos por derecho fundamental "determinadas situaciones favorables para el ser humano como tal, que se suponen derivadas de su intrínseca dignidad y necesarias para el desarrollo pleno de su personalidad, y que, por lo tanto, se reclaman como derechos fundamentales frente a todos los demás hombres y de modo especial frente al Estado y el poder" entonces razonablemente podemos enmarcar el subsidio por maternidad como un derecho fundamental puesto que dicho subsidio no solo va a servir para que la madre gestante afronte las contingencias propias del embarazo, sino también para que pueda dar los cuidados necesarios al recién nacido.

Asimismo nuestra Constitución Política del año 1993 en concordancia con lo señalado, establece en su primer artículo “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; estableciendo a la persona humana y su dignidad como máximo valor del ordenamiento jurídico.

Del análisis correspondiente se puede evidenciar que las trabajadoras gestantes pertenecientes a la microempresa no están afiliadas al Seguro Social de Salud (EsSalud) sino al Seguro Integral de Salud (SIS), lo que genera que no tengan acceso al subsidio por maternidad como sí gozan las trabajadoras gestantes que están adscritas a EsSalud. Consecuentemente las

trabajadoras gestantes que pertenecen a la microempresa al no gozar del subsidio por maternidad por estar afiliadas al Sistema Integral de Salud (SIS) están siendo privadas de un derecho fundamental como es la seguridad social, la naturaleza fundamental de este derecho se desprende del carácter indispensable de su contenido para el desarrollo pleno del ser humano, más aún si tomamos en cuenta que este derecho es garantizado con rango constitucional y que está especialmente vinculado a la dignidad de la persona humana.

A partir de lo señalado, también podemos tomar en cuenta la ponderación de derechos, en donde se puede evidenciar que la seguridad social está por encima de la Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa, eso quiere decir que pesa más el derecho a la seguridad social sin que se deje de lado el contenido a la Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa; caso contrario estaríamos hablando de vulneración a la dignidad humana. Así pues, si bien el rol estatal de promotor del empleo encuentra acogida en nuestra constitución, ello no obsta que ninguna política de fomento del empleo puede afectar derechos fundamentales de manera desproporcionada o irrazonable, precisamente por el carácter fundamental y propiamente universal de los derechos fundamentales, en este caso, de los de naturaleza laboral y de protección social.

Castillo, L.(2010) nos dice que una consecuencia de la concepción de la persona humana y de su dignidad como fundamento y fin de toda realidad estatal y jurídica viene a ser la llamada dimensión objetiva de los derechos fundamentales, por la que los derechos no solo constituyen facultades y atribuciones del titular del derecho –persona humana-, “sino que precisamente por su especial significación jurídico-política, se entiende que los derechos generan especiales deberes por parte del poder político hacia la consolidación de una plena vigencia de los mencionados derechos”. En ese sentido cabe hacerse la siguiente pregunta ¿Qué vida digna puede tener una trabajadora gestante, si no recibe un apoyo económico del Estado ni de su

empleador en la etapa de gestación que servirán para cubrir las contingencias propias de su estado de embarazo?

Concluyendo podemos afirmar que los efectos jurídicos son la vulneración al principio de dignidad y de derechos fundamentales en razón de lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos humanos considerando que la libertad, la justicia y la paz tienen por base “el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; el artículo 1° consagra que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. De la misma manera en razón de los fundamentos filosóficos mencionados por Kant (1980) que desarrolla en mayor profundidad este principio y escribe “La humanidad misma es una dignidad”, expresa que ningún hombre puede tratar a otro hombre como un objeto, herramienta o instrumento, sino como un fin y en ello reside su dignidad, la que tiene por sustento el ejercicio de su libertad.

4.2. Protección legislativa con respecto al Convenio 102 de la OIT

El sistema de protección de la salud del Perú está compuesto por los regímenes del Seguro Social de Salud (EsSalud), el Seguro Integral de Salud (que garantiza prestaciones significativamente reducidas en lo que respecta al sistema EsSalud a cargo del Ministerio de Salud) y por seguros privados (EPS).

El Convenio 102 de la OIT, Establece la norma mínima para el nivel de prestaciones de la seguridad social y las condiciones para poder acceder a las mismas. Comprende las nueve ramas principales de la seguridad social, es decir, asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, familia, maternidad, invalidez y prestaciones de sobrevivientes. En el análisis que nos atañe, que es el de maternidad, se puede observar que el Decreto Legislativo 1086, que aprueba la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente es incompatible

con el Convenio 102 de la OIT, puesto que no permite el acceso de la madres gestantes al subsidio por maternidad, generando de esta manera una clara contravención a las Normas Internacionales y que por cierto dichas Normas son Tratados Internacionales que han sido suscritos y ratificados por nuestro país.

El análisis de constitucionalidad lo hemos abordado desde la perspectiva de la igualdad. En nuestro ordenamiento, “la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos”. Así pues, la igualdad como principio funciona como una línea directriz que informa a las normas e inspira soluciones, sirviendo en diversas fases de la vida normativa, convirtiéndose en “presupuesto justificativo de la ley y en valor supremo predicable del ordenamiento jurídico en su totalidad”.

Tomando en cuenta que la seguridad social tiene como principio fundamental el de ser universal, esto no se está cumpliendo cuando hablamos de subsidio por maternidad de las trabajadoras pertenecientes al régimen laboral de la microempresa, puesto que no se está garantizando el efectivo cumplimiento al estar afiliados al Sistema Integral de Salud (SIS), a pesar que la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, faculta pero no obliga al microempresario a afiliar a sus trabajadores a al Seguro Social de Salud (EsSalud) ya que el microempresario ve como un gasto extra esta acción, por eso prefiere afiliar a su trabajadores al Sistema Integral de Salud (SIS), y así reducir sus costos laborales, dejando en estado de desprotección a la madre gestante, notándose una clara contravención a lo establecido en el Convenio 102 de la OIT

4.3. Protección legislativa en relación a líneas de acción para armonizar la seguridad social y la ley de la microempresa

El artículo 39° del D.S. N° 008-2008-TR, Reglamento del TUO de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente - Reglamento de la Ley MYPE, referido al Régimen de Salud establece que Los trabajadores de la Microempresa serán afiliados al componente Semisubsubsidado del Seguro Integral de Salud (SIS). 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. Entonces como es de verse en cuanto al sistema de salud de los trabajadores de la microempresa se refiere, el aporte es Semisubsubsidado, es decir el empleador paga el 50% (un equivalente a S/. 15.00 soles mensuales) y el Estado cubre el otro 50% (un equivalente a S/. 15.00 soles).

Como ya hemos mencionado anteriormente, las trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen laboral de la microempresa tienen el descanso cuando están en estado de gestación, sin embargo no se les aporta el subsidio para cubrir las contingencias de esos días que no laboran. Al respecto se tiene que mencionar que del análisis realizado se evidencia que se estaría afectando al principio de igualdad, en la medida que no hay coherencia entre las medidas adoptadas y el problema a solucionar. Entonces no se puede sostener que la reducción de derechos va a permitir luchar contra la informalidad.

Una solución para armonizar la seguridad social referida principalmente al subsidio por maternidad de las trabajadoras gestantes que pertenecen a este régimen especial de la microempresa sería que sea cubierto por el Estado, y así poder cubrir este subsidio que es fundamental para la madre gestante ya

que le permitiría cubrir las contingencias que se generen en el momento que no se encuentra laborando, permitiéndole así tener una vida digna.

Es importante también establecer limitaciones, actualmente una empresa puede permanecer indefinidamente bajo los beneficios del régimen siempre y cuando cumpla con el requisito de no exceder en ventas un número determinado de UITs. Este es un régimen promocional que busca que las empresas salgan adelante por lo tanto no puede permitirse que una empresa se beneficie indefinidamente, esto daría paso a muchos fraudes a la ley por lo cual se deberá establecer un plazo máximo de permanencia en el régimen, pasado ese plazo pasaría al régimen general.

4.4. Protección legislativa con respecto a los derechos laborales

La legislación peruana contempla derechos específicos para los trabajadores que están a punto de tener un hijo o que ya lo tienen cuando empiezan el vínculo laboral. Así la ley N° 26644, regula que es un derecho de la trabajadora gestante gozar de 98 días de descanso pre-natal y post-natal. Es decir, que existe en este periodo una suspensión perfecta de labores, ya que el trabajador no trabaja y la empresa no está obligada al pago del sueldo. Durante el periodo en que la trabajadora ejerce su derecho al descanso físico el Estado es el que asume ese costo, siempre que se cumplan los requisitos de ley.

Del estudio correspondiente se puede analizar que lo dicho anteriormente se aplica para las trabajadoras gestantes afiliadas a EsSalud, pero no para las trabajadoras gestantes pertenecientes a la microempresa; de lo que se puede evidenciar que estas últimas se encuentran desprotegidas de dicho derecho laboral. En todos los casos, la ley las asiste como prioridad laboral y sus derechos están plenamente identificados y tipificados en la reglamentación vigente de trabajo y seguridad social. Sin embargo el Decreto Legislativo 1086, no reconoce este derecho.

La regulación de un régimen especial laboral, el cual generalmente contempla beneficios menores a los comprendidos al régimen general se

justifica en las condiciones objetivas del mercado a regular o en el interés de promover su desarrollo en el país; pero a mi criterio, pretender que un régimen con derechos laborales reducidos sea extendido a nivel general, bajo el argumento de una formalización laboral, pues el incentivo para la formalización no pasa solamente por la reducción de beneficios laborales.

4.5. Protección legislativa en cuanto a igualdad de oportunidades

Alexy, R. (1993) en su Teoría de Derecho Fundamentales menciona el derecho a la igualdad, lo cual supone la aplicación de la fórmula clásica “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” esta premisa no se estaría aplicando cuando hacemos referencia a las trabajadoras gestantes pertenecientes al régimen de la microempresa que están afiliadas al SIS, quienes no gozan del subsidio por maternidad, a diferencia de las trabajadoras gestantes afiliadas al Seguro Social de Salud (EsSalud) notándose aquí una clara desigualdad. El derecho a la igualdad en la aplicación o interpretación de la ley implica que un mismo órgano (jurisdiccional o administrativo) no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, a menos que considere que debe apartarse de sus precedentes, para lo cual debe ofrecer una fundamentación suficiente y razonable que lo justifique.

Es justamente la realidad la que nos presenta a la discriminación como un fenómeno social por la cual se establecen distinciones sobre un individuo o sobre un grupo que no encuentren en su naturaleza motivos suficientemente objetivos y razonables que la justifiquen.

Del análisis se observa que el régimen de la microempresa afecta el principio de igualdad, en la medida en que no hay coherencia entre las medidas adoptadas y el problema a solucionar. Esta norma no pasa del test de razonabilidad que se exige a cualquier trato diferente, ya que su diseño va mucho más allá de lo que la realidad muestra. No se puede sostener que la reducción de derechos va a permitir luchar contra la informalidad.

La igualdad ante la ley está reconocida también por numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos como el artículo 7° de la Declaración

de derechos Humanos, artículo 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y artículo 24° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros; todos incorporados a nuestro derecho interno, pero parece ser que todos estos derechos reconocidos por instrumentos internacionales se dejaron de lado y se dio más prioridad a la formalización y desarrollo de la Mype.

4.6. Protección legislativa en cuanto a la seguridad social

Del análisis de la norma, se puede observar que la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley 26790, vigente en el Perú, las prestaciones económicas o subsidios son: Subsidio por incapacidad, Subsidio por maternidad, Subsidio por lactancia, Prestación por sepelio.

El subsidio por maternidad es una cantidad dineraria que se otorga a las madres que dan a luz, durante el periodo de descanso pre y post natal, con el objeto de resarcir el lucro cesante como consecuencia del alumbramiento y de las necesidades de cuidado del recién nacido. En el presente caso se puede constatar que este subsidio queda condicionado a que la madre gestante esté afiliada al Seguro Social de Salud (EsSalud) por lo mismo las trabajadoras a las que hacemos mención en el presente estudio quedan excluidas de recibir dicho subsidio puesto que al pertenecer al régimen de la microempresa, automáticamente pasarían a afiliarse al Seguro Integral de Salud (SIS) quedando desprotegidas y excluidas de recibir dicho subsidio, y contraviniendo el artículo 10° de nuestra Carta Magna.

Tenemos que tomar en cuenta que para las microempresas se da la opción de afiliarse al componente Semisubsidiado del SIS, las cuales sólo tendrán acceso al listado priorizado de intervenciones sanitarias establecido en el Decreto Supremo N° 004-2007-SA. Ahora bien si es que el microempresario desea que sus trabajadores estén afiliados a EsSalud, también es posible y esto no es una causal para que pierda la condición de microempresario (art. 39° del D.S.008-2008-TR), entonces nos damos cuenta que el microempresario sí puede afiliar a sus trabajadores a EsSalud, pero no lo

hace por dos razones, primero porque la ley no lo obliga y segundo porque le generaría un gasto que no estaría dispuesto a asumir.

Del análisis correspondiente se puede decir que la consecución del trabajo decente es aquel que se realiza en un ámbito que respeta los derechos laborales fundamentales, recibe un ingreso suficiente o digno, permite acceder a la protección social y se enmarca en un dialogo social.

4.7. Protección legislativa en cuanto a la maternidad y embarazo

En este punto se puede afirmar que queda evidenciado que 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, lejos de fomentar la formalización de las microempresas, fomenta una “desprotección de la maternidad y una discriminación de la mujer trabajadora”, más aún si tomamos en cuenta que la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25° hace mención que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Por otro lado el artículo 23° de nuestra Constitución Política del Perú 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. Demostrando mediante el análisis que el Decreto Legislativo 1086, en lo referido a la seguridad social, existe una clara muestra de vulneración a los Derechos Constitucionales.

El Régimen Laboral MYPE no presta una adecuada protección a las trabajadoras gestantes que pertenecen a dicho régimen, porque lo que hace es justamente lo contrario a lo exigido por el concepto de “trabajo decente”, ya que reduce determinados derechos laborales que son de naturaleza asistencial o de medidas de protección ante contingencia. Es decir La reducción de beneficios sociales no solo involucra una vulneración a la calidad de vida del trabajador y su familia, sino que también expone al trabajador a contingencias futuras ya que muchos de estos beneficios a los que ya no tiene acceso son los que los protegería de darse la contingencia.

Del análisis correspondiente podemos decir que el enfoque actual del Régimen MYPE gira entorno solo a la reducción de derechos laborales, lo cual resulta inefectivo y nocivo para los trabajadores que pertenecen a dicho régimen. No es cierto que solo mediante la reducción de beneficios laborales se pueda mejorar la competitividad; sin embargo para que la reducción de beneficios laborales cause un gran impacto en la competitividad se hace necesaria una continua reducción de beneficios laborales, lo que involucra la violación de derechos fundamentales.

V. CONCLUSIONES

1. Que, si bien el Estado peruano está facultado para promover las políticas de crecimiento y desarrollo del país, pero debe hacerlo respetando los Derechos Fundamentales de las personas, puesto que con la vigencia de la Ley de la microempresa se está dando prioridad al aspecto privado más que al interés general, además debe tomarse en cuenta que el objetivo de las políticas laborales es mejorar las condiciones de trabajo y la inclusión de los trabajadores en los regímenes de protección social, más no la formalización de las empresas.
2. Las trabajadoras afiliadas al régimen de la microempresa tienen un trato desigual frente a trabajadores de otros regímenes, puesto que no gozan del subsidio por maternidad, tal como sí lo gozan las trabajadoras que pertenecen a otros regímenes y que está afiliada a EsSalud.
3. Otro problema del régimen de la microempresa es el carácter permanente del que goza, puesto que debió implementarse solo por un tiempo determinado, hasta lograr que gran parte de las microempresas informales logren formalizarse.
4. Es preciso basarse en los datos estadísticos, pues si la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, se dio con la finalidad de formalizar a las empresas, pero a pesar de eso nos damos cuenta que las estadísticas demuestran lo contrario, entonces dicha Ley no está cumpliendo su objetivo.

VI. RECOMENDACIONES

1. Que, el Estado peruano se haga cargo del subsidio por maternidad de las trabajadoras gestantes que pertenece al régimen laboral de la microempresa.
2. El Estado peruano debe evaluar si existe una situación de hecho que justifique una diferenciación en el trato, bajo el pretexto de la formalización de las empresas.
3. Que el Estado peruano derogue la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, puesto que las estadísticas nos demuestran que no ha cumplido con su objetivo.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Cassese, A. (1993). *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Castillo, L. (2010). *Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Chacaltana, J. (2008). *Una Evaluación del Régimen Laboral Especial para la Microempresa en Perú*. Lima, Perú: Revista de la OIT.
- Del Solar, F. (2000). *Los Derechos Humanos y su Protección*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Ferrajoli, L. (2010). *La crisis del paradigma constitucional, en "El Canon Neo constitucional"*. Bogotá, Colombia: Casa Editorial El Tiempo.
- García de Enterría, J. (2001). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, España: Civitas Ediciones.
- Garriguez Giménez, A. (2004). *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social, en "Colección Estudios" N° 159*. Madrid, España: Consejo Económico y Social.
- Gutiérrez, I. (2005). *Dignidad de la Persona y Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Kant, E. (1980). *Metafísica de las Costumbres, traducción de Manuel García Morente. Edición digital basada en la 6° edición*. Madrid, España: Tecnos.
- Lora Álvarez, G. (2008). *El nuevo régimen laboral de la micro y pequeña empresa*. Lima, Perú: JUS Editores.
- Quispe Chávez, G. (2010). *Subsidios Laborales*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A
- Pérez Luño, A. (1998). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Tecnos.
- Sánchez, C. (2012). *Una visión ponderada de la legislación laboral*. Lima, Perú: Revista de la Facultad de Derecho PUCP