

LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO Y LAS PYMES (*)(**)

AMÉRICO PLA RODRÍGUEZ

Presidente de la Sociedad Internacional de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

1. Para encuadrarnos dentro del tiempo disponible, procuraré exponer el tema en términos generales, reduciendo al mínimo las referencias al derecho comparado.

Elas para ser ilustrativas, requieren explicaciones y detalles que alargan el desarrollo y alejan del hilo conductor de mi exposición.

Dividiré mi intervención en cuatro capítulos:

- 1] Actualidad del tema.
- 2] Dificultad del tema.
- 3] El núcleo del tema.
- 4] Alcance del tema.

Terminaré con unas breves conclusiones.

I. ACTUALIDAD DEL TEMA.

2. Si bien no se trata de un fenómeno novedosa, puede decirse que en los últimos quince años ha adquirido un notorio dinamismo.

Varios son las razones que lo explican.

Ante todo, por el enorme crecimiento del número de las pequeñas y medianas empresas que están operando en el mundo actual.

Tomando los datos aportados por un libro publicado en mi país hace unos tres años, escrito por un destacado discípulo mío, Juan Francisco Dieste -y al que me referiré más de una vez- considerando las empresas con menos de 100 trabajadores, podemos dar estas cifras porcentuales:

(*) Agradecemos al Dr. Mario Pasco Cosentino por otorgar la autorización para la publicación del presente artículo.

(**) Exposición en el Curso de Post-grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Texto originalmente publicado en la revista *Derecho Laboral*, Tomo 30, B, Montevideo, 1996.

"En EEUU, en Japón y en los países más desarrollados de Europa occidental, las empresas con menos de 100 trabajadores abarcan más del 90% del total de las empresas, representan un porcentaje elevado del empleo global y, en varios casos, el valor de los bienes y servicios que producen supera el 50% del PBI privado. Naturalmente los porcentajes mencionados se incrementan en forma significativa si se incluyen como PYMES las empresas que ocupan hasta 500 empleados. Dentro de este segmento, el sector que examinamos abarcaba en EEUU, durante 1982, el 99,7% del número total de empresas y empleaba casi el 50% de todos los trabajadores no pertenecientes a los sectores gubernamentales y agrícolas".¹

Barbogelata ha insistido en destacar que dentro del conjunto de las PYMES, las más pequeñas son las más numerosas. Él llama la atención sobre la gran significación cuantitativa de las micro y pequeñas empresas (MYPES) tanto en el número de unidades empresariales, como en el porcentaje del asalariado ocupado por ellas. A vía de ejemplo, puede citarse el caso de Uruguay, donde las unidades de menos de 20 trabajadores, cubren el 97% del total de empresas y ocupan, aproximadamente, la mitad de los asalariados del país. De hecho, la situación tiende a aproximarse a esos extremos, incluso en Argentina, pues en ese país, en las MYPES se sitúa la mayoría de los empleos que se han crecido entre 1990 y 1996 (55%).²

Si bien estos datos no son del presente año, nadie duda de que las cifras estadísticas centrales son todavía más significativas porque la tendencia muestra el crecimiento de las PYMES.

3. Una segunda razón es que estas cifras porcentuales van a seguir aumentando por una serie de razones que podemos exponer de inmediato.

Ese crecimiento viene por distintas vías, algunas positivas y otras negativas.

Empecemos por las razones negativas.

4. En primer término, la difusión del desempleo. Este fenómeno causada, a su vez, por una serie de motivos demográficos, económicos, culturales, sanitarios, tecnológicos -que nadie ha podido enfrentar con éxito- genera múltiples esfuerzos de los interesados para recuperar una ocupación que le permita su sustentación y la de su familia.

Muchas veces, sin posibilidad de obtener un empleo estable en una empresa organizada el interesado crea su propia empresa en la medida que puede. Como una forma de sobrevivir. Se ha hablado que estas empresas -sin duda, las más chicas- aparecen como piezas de una estrategia de supervivencia.

5. En segundo término, por la expansión del sector informal. Se trata de un fenómeno socio-económico que tiene su fuente en la marginalidad y que se mueve con prescindencia de todas las reglas jurídicas pero que interviene en el mercado desplazando a las empresas organizadas. La vecindad o la convivencia con el desocupado tiene un efecto contagioso. La pequeña empresa constituye muchas veces el último escalón, antes de llegar a la informalidad.

Por otra parte, la presencia alarmante y creciente del sector informal lleva a los poderes

1 "Relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas". Montevideo 1995, pág. 4.

2 "La prevención de los riesgos laborales en las pequeñas y medianas empresas". *Derecho Laboral*, Montevideo 7, XI, pág. 250.

públicas a asumir una actitud de estímulo y apoyo a las pequeñas empresas, lo que se traduce, por lo general, en exoneraciones o ventajas que tienen su respuesta favorable en los interesados.

6. En tercer término, el fomento de la tercerización y la subcontratación estimuladas dentro de las empresas normales (grandes o medianas) para abaratar los costos, dentro de la lucha por la competitividad en el marco de la globalización de la economía. La conversión del trabajador común en empresa unipersonal constituye otra forma de acrecentar el número de las pequeñas empresas. El empleador abarata sus costos a expensas del trabajador a quien le traspasa los costos y los riesgos.
7. En cuarto término, la tendencia hacia la descentralización empresarial -impulsada por los vientos neo-liberales- constituye otra motivación concurrente, muy afín a la anterior pero que se expresa en múltiples maneras de generar nuevas y pequeñas empresas.
8. Pasemos ahora a las razones positivas, que explican la proliferación de las pequeñas y medianas empresas.

La primera se vincula con el adelanto tecnológico -esencialmente en el sector informático y de las comunicaciones- que permite nuevas formas de organización del trabajo, sin mermas de su calidad, de su eficacia y de su rapidez.

Se ha superado el modelo fordista-taylorista caracterizado por las grandes concentraciones de máquinas y de obreros que reunían en un local o en varios locales próximos, todo el conjunto de equipos y de trabajadores.

Ahora, puede descomponerse el trabajo en diversas etapas que son cumplidas por especialistas que forman su propia empresa de servicios. Esas empresas que por su dimensión entran en la categoría de pequeña o mediana empresa, pueden tener un poderío económico y una capacidad técnica que nada tiene que ver con la imagen que reflejaban las PYMES de dos decenios atrás.

Esta diversidad de PYMES complica su reglamentación pero contribuye a explicar por qué el número es tan elevado.

9. La segunda -emparentada con la anterior- proviene del modo de organizar el trabajo y la producción.

El continuo progreso técnico, la transformación permanente de los procesos, la modificación de las actividades, los nuevos inventos que se han operado en todos los órdenes, han permitido distribuir las tareas de distinta manera. Lo que antes se hacía en una sola fábrica o en un solo establecimiento, ahora puede coordinarse, complementarse, integrarse en un esfuerzo conjunto de diversas empresas más pequeñas pero más especializadas.

Ella explica también el alto número de estas empresas medianas o pequeñas.

10. La tercera se refiere a la aceptación de la dosis razonable de flexibilización que debe aceptar nuestra disciplina.

En diversas oportunidades ya he señalado que el derecho del trabajo ha sido flexible desde un comienzo, tanto en las leyes nacionales como en las normas internacionales, por lo que no

cabe resistir algún grado más de flexibilidad, si ello es justificado.

El hecho de que se exagere la pretensión de flexibilización o, mejor dicho, de que se invoque la bandera de la flexibilización para disimular una campaña por la desregulación, no debe impedirnos aceptar la flexibilización que sea razonable y legítima.

Por la vía de una distinción en virtud del tamaño de la empresa, puede incorporarse, cuando sea justificado, una dosis razonable de flexibilidad.

Hay también otros ejemplos que demuestran que una cierta dosis de flexibilidad es razonable y neutraliza la argumentación de los desreguladores. Como dice Marilain, algunas veces una doctrina errónea cobra fuerza por una partícula de razón que contiene. Suprimamos esa partícula y quedará en evidencia la sinrazón de una prédica injustificada.

Este hecho contribuye a explicar el crecimiento de estas empresas.

11. La cuarta es que, a través de una aplicación acertada de las consecuencias de la consideración del distinto tamaño de las empresas se permite recuperar la dimensión o escala humana de la empresa.

No puede tratarse todo como si todo fuera igual, cuando en realidad, hay diversidad.

Desde el principio de la actuación de la O.J.T., se empezó a excluir de la órbita de aplicación de los convenios internacionales de trabajo, los talleres familiares donde actúa el patrono con su cónyuge o con sus hijos o con sus hermanos. En ese ámbito no se justifica la intervención y el control del Estado porque se parte de la base que los sentimientos familiares generan suficiente protección.

Este ejemplo demuestra que puede haber situaciones en las que la existencia de pequeñas y medianas empresas quedan excluidas de ciertos controles. Y eso opera como un factor estimulante de tales empresas.

12. Pero la actualidad de este tema no deriva exclusivamente del número existente de PYMES. Tiene que ver también con la importancia del tema mismo, que está vinculado con algunos problemas básicos de nuestra disciplina:

- a) la efectividad del derecho del trabajo,
- b) la reconquista del territorio del derecho del trabajo recuperando las zonas invadidas por el derecho informal,
- c) la absorción de la dosis razonable y legítima de flexibilización que se justifique.

De esa manera se busca acomodar nuestra rama laboral a las necesidades de la economía, sin abandonar ni traicionar los principios que han justificado el surgimiento del derecho del trabajo.

No es el único camino ni el único esfuerzo; pero sin duda es eficaz.

II. DIFICULTAD DEL TEMA

13. Junto con la indicación de la actualidad del tema, corresponde destacar la dificultad del mismo.

Esta aparece en varios aspectos.

La principal proviene de la determinación del concepto de pequeña y mediana empresa.

Hasta ahora, hemos aludido con esta denominación a un conjunto; pero no es posible seguir con esa forma genérica de referirse a ellas, cuando dentro de las mismas corresponde hacer distinciones en virtud de los propios criterios que han llevado a diferenciar estas empresas de las restantes. Para decirlo de otra manera: dentro de las pequeñas y medianas empresas hay muchas variedades de tamaño.

No podemos seguir con ese englobamiento indiferenciado cuando hay varias situaciones muy disímiles.

14. En primer término, debe distinguirse entre micro empresas y pequeñas empresas.

Como surge del propio significado gramatical de las palabras empleadas, las micro empresas son las más pequeñas que agrupan el esfuerzo de un número muy restringido de personas: uno, dos, tres. Es la situación del artesano que se hace ayudar por algún familiar o por un número reducidísimo de colaboradores.

Y aquí aparece una dificultad inicial: este concepto ¿puede determinarse razonablemente o por opiniones doctrinarias o jurisprudenciales o debe resolverse en función de normas de derecho positivo?

Parecería que es un problema que cada país lo resuelve de manera distinta, sin que exista una norma o un criterio universal que debe ser aceptado en todas partes.

A los efectos de la exposición, vamos a tomar como ejemplo el de nuestro país, sabiendo que cada uno puede trasladar las cifras a las que se han usado en su país.

En Uruguay, la ley 16.201 del 13 de Agosto de 1991 encomendó al Poder Ejecutivo la definición de micro, pequeñas y medianas empresas "conforme a la realidad socio-económica del país y a las recomendaciones nacionales e internacionales teniendo en cuenta, entre otras variables, el capital invertido y la mano de obra empleada".

En cumplimiento de esa norma, el art. 8 del decreto reglamentario del 7 de Febrero de 1992 -en la redacción dada por el decreto del 19 de Julio de 1995- clasificó a las unidades económicas existentes en el país en función del personal empleado, las ventas netas (excluido el IVA) realizadas en períodos anuales y los activos destinados a la actividad de la empresa, según las cifras siguientes:

- Micro-empresa: de 1 a 4 personas

Ventas máximas anuales netas: hasta un equivalente de US\$ 60.000.

Activos máximos: US\$ 20.000.

- Pequeña empresa: de 5 a 19 personas ocupadas.

Ventas máximas anuales netas: hasta un equivalente de US\$ 180.000.

Activos máximos: US\$ 50.000.

- Mediana empresa: de 20 a 99 personas ocupadas.

Ventas máximas anuales netas: hasta un equivalente de US\$ 5.000.000.

Activos máximos: US\$ 350.000.

La creación de la categoría de micro-empresas, distinguiéndolas de las pequeñas conduce a plantear el problema de la utilidad de considerar el tema de las pequeñas y medianas empresas o distinguir directamente las pequeñas (incluidas las micro) de las medianas. En otras palabras: usar la expresión pequeñas empresas incluyendo las micro-empresas y separarlas de las medianas empresas. Barbajelata ha destacado la predominancia numérica de las pequeñas empresas, distinguiéndolas nítidamente de las medianas empresas³. Para eso, utiliza una sigla menos conocida -las MYPES para evocar las micro y pequeñas empresas- en lugar de las PYMES que alude a las pequeñas y medianas empresas. El cambio de orden de las letras iniciales tiene un significado conceptual no despreciable.

Sin perjuicio de reconocer la exactitud de la observación, así como la proliferación de las micro-empresas con motivo del fomento de las empresas unipersonales que ha provocado el movimiento de tercerización, actualmente en boga en casi todos los países, debemos señalar que la difusión claramente predominante de la sigla PYMES revela que en la práctica, la que suele usarse es la clasificación más antigua que comprende en la denominación tanto las pequeñas como las medianas empresas. Contribuye a ello la elasticidad de la palabra "pequeña" que, en rigor, alcanza incluso hasta las empresas unipersonales que es el ejemplo típico de las micro-empresas.

La distinción de lo que ha dado en llamarse micro empresas y el resto de las pequeñas empresas puede considerarse una distinción interna dentro de una categoría más amplia o una subclasificación dentro de una agrupación más numerosa.

El ejemplo traído del Uruguay es el típico de un país pequeño ya que en otros países de mayores dimensiones, el número de trabajadores para salir de empresas pequeñas debe ser de más de 300 o hasta de 500 trabajadores. Esto confirma la relatividad de estas cifras y de estos criterios.

15. Esto nos lleva a otro problema: el número de trabajadores ¿es el único criterio cuantitativo que debe utilizarse para clasificar a las empresas según su tamaño?

La respuesta es negativa, porque hay otros criterios cuantitativos que pueden ser complementarios del número de trabajadores. Para seguir con el ejemplo de mi país hemos visto que se utilizan otros dos: el volumen de las ventas y el monto de los activos.

Esto, a su vez, genera dos problemas adicionales.

El primero es qué pasa si no coincide la aplicación de los criterios numéricos: se superan ciertos límites pero otros no. Depende del texto de la norma; pero si no resulta clara otra solución,

³ Op. cit., págs. 298 y apés.

creemos que para entrar en una de las categorías excepcionales deben cumplirse todos los requisitos. Basta que no se respeten algunos de los límites para que no pueda invocarse la pertenencia a esas categorías que por su propia excepcionalidad deben ser de interpretación estricta.

El segundo es si en el caso que se midan las ventas o los activos, deben especificarse en qué moneda se calculan los niveles. Esta cuestión se plantea sobre todo en los países que han sufrido una inflación acentuada. En ese caso suele hacerse referencia a una moneda más estable que la propia moneda nacional. Otra forma de encarar la dificultad resultante de la inflación es confiar a los decretos la determinación de los criterios, los cuales son mucho más ágiles y más fáciles de cambiar que las normas legales.

16. Pero hay otro problema más profundo: el criterio de clasificación ¿debe ser sólo cuantitativo o puede ser también cualitativo?

Si entramos en este terreno, nos encontramos con que no hay un solo criterio cualitativo sino varios, que la dirección y la gestión esté en manos del propio empresario, poca especialización en la tarea de cada uno de los integrantes de la empresa -lo que es claramente relativo porque cuanto más pequeña es la empresa, mayor es la indiferenciación funcional-; relativa simplicidad de las operaciones que realice la empresa. Como dice Dieste⁴ a medida que se produce una creciente demarcación de funciones, el artesano -dueño del taller- que antes se dedicaba la mayor parte de su tiempo a la producción efectiva, comienza a transformarse en un jefe de empresa. Esto permite un avance dentro de las categorías que forman el conjunto que recibe el nombre de PYMES.

Basta exponer los llamados criterios cualitativos para darse cuenta de la vaguedad e imprecisión de los mismos y para comprender por qué se han preferido los criterios cuantitativos.

Ha contribuido también a esta opción por los métodos cuantitativos la posibilidad de los escalonamientos dentro del gran conjunto, cosa que resulta casi impensable con el manejo exclusivo de los criterios cualitativos.

Creo que a veces puede utilizarse el criterio cualitativo como un medio complementario que ayude a distinguir o a justificar la diferenciación de las categorías.

17. Esto no significa que los métodos cuantitativos sean fáciles de aplicar.

Desde luego, la determinación obliga a hacer opciones que no dejan de tener una dosis elevada de arbitrariedad. Todo límite numérico en la zona de variación de categoría resulta muy difícil de justificar. Por ejemplo, por qué 50 y no 51, ó 55 ó 49.

Pero las dificultades no son sólo esas. Hay dificultades propias de la aplicación. Incluso, en el caso de que el criterio se limite al número de trabajadores se plantean algunos problemas.

El primero de ellos es el de saber qué trabajadores se toman en cuenta: ¿sólo los efectivos? ¿también los suplentes? ¿los eventuales? ¿los zafrales? ¿los temporarios? ¿los que actúan en tiempo parcial? ¿los ayudantes? ¿los familiares del empresario? ¿los que están en período de

4 Op. cit., pág. 13.

prueba? ¿se requiere cierta antigüedad?

El segundo es la fecha en que debe hacerse el cálculo: ¿En cada día? ¿Al final del mes? ¿Al final de cada año? ¿Es un promedio del semestre o del año? Hay casos en los que la claridad de las cifras facilita su aplicación, pero en otros casos los resultados pueden variar, según el día en que debe realizarse el cálculo.

El tercero es qué pasa si en determinado momento se cambia de categoría y ello debe repercutir en los beneficios laborales del trabajador. ¿Repercute de inmediato? ¿Hay algún período de tolerancia? ¿Puede cambiarse el régimen laboral en varias ocasiones y en direcciones distintas?

Basta considerar todas estas interrogantes para ver que tampoco es fácil aplicar el método cuantitativo del número de trabajadores.

18. Otra dificultad es que no siempre las cifras pueden aplicarse ciegamente porque el significado de las mismas varía, según el instituto laboral de que se trate. Un criterio que puede servir para determinar el monto de los salarios, puede no ser adecuado para elegir el sistema del despido.

De todo lo anterior resulta que es muy difícil recurrir al derecho comparado como medio de ilustrarse para resolver la serie de problemas que estamos exponiendo.

En este aspecto, los regímenes jurídicos utilizados en cada país pueden ser muy diferentes: la exclusión de determinados beneficios para los trabajadores pertenecientes a ciertas categorías, la modificación del régimen, la limitación del beneficio.

Depende también de la tradición jurídica vigente en cada país, de las opiniones predominantes que pueden estar influidas por corrientes jurisprudenciales o por tesis doctrinarias difíciles de trasladar a otro país.

19. Hay una última dificultad que no es la menor.

¿Qué se entiende por empresa? No nos referimos a la definición teórica, sino al alcance de la unidad que se tenga en cuenta para la solución de los problemas que hemos descrito.

¿Sólo se tiene en cuenta la empresa propiamente dicha o cada establecimiento? Es como decir, sólo se tiene en cuenta la casa central o cada sucursal o el conjunto de todas las sucursales o la suma de ambas. ¿Qué pasa con las filiales? ¿o con el conjunto económico? ¿o con cada rama productiva si la empresa hace varias actividades que pueden actuar separadamente?

Pensamos que la empresa como conjunto es la que debe tenerse en cuenta, pero no podemos descartar dificultades y discrepancias en esta materia.

III. EL NÚCLEO DEL TEMA

20. Entramos ahora en el núcleo del tema, lo que equivale a decir en el centro del tema o en la esencia del tema.

¿Es conforme con la finalidad, los objetivos, la razón de ser del derecho laboral el desarrollo

de las pequeñas y medianas empresas?

Ellas de algún modo buscan por diversos caminos aligerar las cargas empresariales, lo que equivale a decir reducen la protección del trabajador.

Ahora bien, la protección del trabajador ¿puede depender del número de trabajadores que trabajen en la empresa? Ese es el nudo de la cuestión: si la protección puede estar condicionada por el tamaño de la empresa.

Y ello origina un debate entre enfoques opuestos. Están quienes se oponen a las PYMES sosteniendo que la protección del trabajador no es susceptible de regularse en función de un factor absolutamente contingente y que además es variable a voluntad del empleador. Frente a ellos, están quienes sostienen que la oposición a las PYMES no es realista: que a pesar de sus posibles defectos tienen ventajas compensatorias y que es preferible que el trabajador encuentre trabajo en las PYMES y no empujarlo hacia la informalidad. En otras palabras: están quienes las critican y quienes las defienden.

Expongamos las dos posiciones.

21. La posición desfavorable para las PYMES se basa en los siguientes argumentos:

1) La protección establecida por el derecho del trabajo se funda en última término, en la dignidad del ser humano. Si ella es su base, no se la puede reducir o limitar en función de un factor tan contingente o secundario como el tamaño de la empresa.

2) La distinción, según el tamaño de la empresa, conduce a la desigualdad. Dos personas que desempeñaron la misma tarea -una en una empresa normal y otra en una pequeña o mediana empresa-, recibirían distinto salario y gozarían de distinta protección, violando un concepto fundamental que es el principio de igualdad.

3) Las normas constitucionales e internacionales que están en la base del derecho laboral de los distintos países están concebidas en términos generales. Se habla de trabajo o de trabajador, sin hacer distinciones según el ambiente donde se trabaje sea más o menos grande. Donde la norma no distingue, no puede hacerlo el intérprete.

4) Los derechos del trabajador no pueden rebajarse o disminuirse por razones económicas.

En la práctica, las PYMES dan menor protección que las otras empresas para asegurar su subsistencia económica. Y ello ocurre visible e invisiblemente: algunas normas no se aplicaron o se aplican de forma más atenuada en las PYMES. Otras normas no se aplican porque hay menos fiscalización oficial o menos control sindical. Por ejemplo: hay más facilidad para suprimir días de trabajo en la semana o aplicar suspensiones por pérdidas de trabajo.

En último término es una forma de mercantilizar el trabajo, violando el concepto fundamental que se expresa en esta frase: "el trabajo no es una mercancía" de tanta significación en todo el derecho del trabajo.

22. Frente a tales argumentos, los partidarios de la existencia y difusión de las PYMES contestan con otras razones de sentido opuesto:

1) Debe encararse el tema con realismo. En la práctica, no pueden ignorarse las situaciones

reales porque el exceso de teoría conduce a una posición irreal.

2) En un problema de esta dificultad hay que optar por brindar una protección menor pero dentro de la legalidad que empujar a todas las empresas en dificultades hacia la informalidad donde la protección es mucho menor porque no existe.

La presencia constante y creciente del sector informal -muy difícil de combatir y hacerlo desaparecer- constituye un peligro y una tentación permanente, que no puede ignorarse.

3) No todos los derechos son fundamentales.

Cabe distinguir aquellos derechos básicos, directamente enlazados con la dignidad del ser humano -que deben ser respetados en su integridad dentro de cualquier tipo de empresa- de aquellos otros derechos mucho más susceptibles de regulación diferencial.

4) Depende del beneficio que esté en juego.

No todos los derechos ofrecen la misma dificultad para su regulación.

Un ejemplo ilustra y refuerza el argumento: en materia de reinstalación frente a un despido injustificado, no puede tratarse de la misma manera una empresa grande con centenares de trabajadores y una empresa chica donde los pocos trabajadores conviven y colaboran personalmente con el empleador. En este último caso, nadie duda de que debe sustituirse la acción de reinstalación por la imposición del pago de una indemnización mayor.

23. Entrando a la confrontación de estas dos series de consideraciones, debemos destacar que son argumentos difíciles de comparar porque no se trata de contarlos sino de pesarlos. Y como son de distinta índole y naturaleza, resulta sumamente complejo su cotejo y evaluación.

A ello debe agregarse la falta de consenso en torno a puntos tan vitales como saber si las PYMES sirven, como factores promotores de nuevos empleos y si la calidad de trabajo y remuneración que permiten esta clase de sociedades son aceptables o no. El tema es sumamente difícil de resolver en conjunto, porque no todas las experiencias son similares.

Pero más allá de estas dificultades, lo que es cierto es que en todo el mundo se han admitido las PYMES y en todos los lados se las promueve y fomenta. Las PYMES han quedado incorporadas a nuestra sociedad.

24. Nosotros queremos agregar dos reflexiones que apoyan y justifican esa admisibilidad que han tenido en los hechos.

Una de ellas es que ya en 1954, el gran maestro italo-argentino Mario Deveati publicó un trabajo sobre la importancia del elemento cuantitativo en el derecho del trabajo.

En él decía: "La rama del derecho en que el elemento cuantitativo aparece y se afirma como elemento básico y no meramente subsidiario o de excepción, es el derecho del trabajo. El fenómeno es igualmente manifiesto, sea en el derecho del trabajo en sentido estricto como en el derecho de la previsión social.

La influencia del elemento cuantitativo se manifiesta en distintas formas:

a) En algunas situaciones la ley enuncia expresamente el elemento cuantitativo, sea para definir el campo de aplicación de alguna de sus normas, sea como elemento fisionómico de determinadas figuras jurídicas a que éstas se refieren. Es en razón de tales normas que algunos juristas, más ligados a los principios tradicionales, le hacen el cargo al derecho del trabajo, de tener un carácter empírico y hasta hace poco tiempo, casi llegaban a negarle la jerarquía de sistema jurídico, para relegar sus disposiciones entre las normas reglamentarias que se dictan en virtud del poder de policía.

b) En otras oportunidades, el elemento cuantitativo, referido a los efectos que imparta la aplicación de algunas normas legales, constituye el elemento decisivo para definir la naturaleza real de determinadas relaciones de carácter ambiguo o simulado⁵.

Y luego anuncia que indicará "algunos casos, con el fin de poner en evidencia un elemento que consideramos típico -si bien no exclusivo- del derecho del trabajo y que confirma su tendencia a salir del campo de la abstracción para adecuarse a los casos concretos"⁶.

Entranca así esta idea con uno de los rasgos típicos del derecho del trabajo: su carácter concreto.

Otro gran maestro de nuestra disciplina, Paul Durand destaca como una de sus peculiaridades, su carácter concreto a ese respecto, escribe: "si el derecho del trabajo rige en su conjunto el trabajo dependiente, él no se aplica sin embargo, de manera uniforme. Le repugna definir abstractamente el régimen del trabajo. La reglamentación está fragmentada, ella traduce bien la declinación actual del "derecho común". El derecho del trabajo es esencialmente concreto"⁷.

Y entre los varios ejemplos que pone, dedica este párrafo a la situación del empleador: "En ciertos casos la situación del empleador es tomada en consideración: hay reglas que se aplican sólo a los establecimientos de cierta importancia, los comités de empresa no son obligatorios sino en las empresas que ocupaban habitualmente al menos cincuenta trabajadores y los delegados del personal en las establecimientos que ocuparon al menos diez. (Ley 16 abril y 16 de mayo de 1946). La importancia de la empresa interviene en el sometimiento a las reglamentaciones concernientes a los comités de seguridad [empresas que ocupan habitualmente 500 trabajadores] y los servicios sociales [empleo habitual de 250 trabajadores]. Las empresas o los establecimientos de modesta importancia escapan también a un cierto número de reglamentaciones, sea en razón de las relaciones personales que unen al empleador y sus trabajadores porque no pueden soportar el peso de ciertas cargas sociales. Por eso son instituidos los organismos "autoempresariales" para la gestión de las obras sociales o servicios médicos (Ley 11 octubre 1946)"⁷.

Esto nos demuestra que no es una novedad que se haya puesto de moda por obra del empuje flexibilizador, sino que tiene su arranque en las propias características del derecho del trabajo que está siempre en contacto con la realidad.

25. La otra reflexión es que no puede encararse el tema en forma simplista y maniquea:

5 "El elemento cuantitativo en las normas del derecho del trabajo", en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria de Alejandro Ursain*, Buenos Aires 1954, pág. 124.

6 Paul Durand, *Traité de droit du travail*, Paris 1947, T.I, sôg. 232.

7 *Op. cit.* pág. 238.

clasificación según el tamaño de la empresa, si o clasificación según el tamaño de la empresa, no. No es una opción entre blanco y negro sino un panorama mucho más matizado y complejo.

Debe distinguirse según el tipo de beneficio y la índole del derecho.

Hay algunos derechos que deben respetarse siempre, cualquiera sea el tamaño de la empresa. Hay otros derechos que pueden regularse de distinta manera según la magnitud de la empresa.

Hace poco, en este mismo ámbito, nuestro compatriota Héctor-Hugo Barbajelata sostuvo que "las normas sobre prevención de los riesgos laborales por integrar el sistema de los derechos humanos fundamentales no podían ser objeto de excepciones en virtud del tamaño de la empresa: es inadmisibles que se alargue una menor protección a los trabajadores en función del reducido tamaño de las empresas en que se prestan los servicios"⁴.

O sea, que la solución debe ser más matizada y particularizada. No considerar a todas las empresas micro, pequeñas y medianas excluidas del derecho de trabajo, sino según el beneficio y la norma del derecho positivo vigente.

Elo lleva necesariamente a estudio casuístico, que es el que emprenderemos en el capítulo siguiente.

IV. ALCANCE DEL TEMA

26. El objeto de este último capítulo es describir cuáles son las repercusiones prácticas que tiene entrar dentro de la categoría de pequeñas y medianas empresas, en relación con cada uno de los beneficios laborales.

En ningún país se establece en términos generales que las PYMES están exoneradas del cumplimiento de las normas laborales. A lo sumo, pueden considerarse marginadas del derecho del trabajo los núcleos familiares y algunas empresas muy pequeñas. Ni siquiera todas las micro empresas, sino las más chicas de las mismas.

Claro que cuanto más pequeña es la empresa, el grado del buen cumplimiento de las normas legales y el control estatal o sindical, se va debilitando. En consecuencia, el nivel real de cumplimiento es muy reducido, en esas pequeñísimas empresas.

Elo obliga a recorrer cada uno de los institutos del derecho laboral para ir exponiendo cuál es la posible consecuencia de pertenecer a esta categoría.

Por razones de distribución de tareas y de límites razonables de tiempo, no vamos a pasar revista a todas las áreas del derecho del trabajo. Nos limitaremos a examinar las repercusiones en las relaciones individuales de trabajo.

Prescindiremos, por tanto, de las relaciones colectivas, de la seguridad social y de la prevención de los riesgos.

⁴ Véase "La prevención de los riesgos laborales en las pequeñas y medianas empresas" en revista *Derecho Laboral, Materiales*, T. XLII, pág. 279.

27. Entramos ahora al examen particular de los beneficios, sin que el orden de la exposición tenga que ver con la importancia o la jerarquía de los temas.

Empecemos con la forma del contrato. Depende de la legislación general vigente en el país, que imponga además, determinadas obligaciones de formalidades en esta materia. Si no hay normas ni exigencias a este respecto, si el contrato tanto puede ser escrito como verbal, el punto que estamos tratando carece de trascendencia.

Pero en algunos países se requiere la forma escrita. En tal supuesto, puede darse el caso -y de hecho se da- que se fije un criterio numérico de trabajadores para que empiece a regir esta obligación. O sea, que se requiere un cierto nivel de tamaño de la empresa.

Aunque el punto no es muy importante, es una garantía que se pierde.

28. Reglamento interno. Aunque inicialmente se vio en el reglamento interno el símbolo del poder de dirección patronal de la empresa, con el tiempo y la experiencia se empezó a comprobar que el reglamento es una forma de auto-limitación del empleador. Por ejemplo, en materia disciplinaria, en lugar de aplicar la sanción que se le ocurría en cada caso -que muchas veces depende del humor del momento o de la antipatía o simpatía hacia el autor de la infracción- debe aplicar la sanción ya preceptuada, la que se supone será más racional y objetiva.

Pero, además, la existencia de reglamentos internos permite el conocimiento de los criterios, las directivas, las exigencias de la empresa, lo que es una tranquilidad para todos, porque evita injusticias y arbitrariedades.

En algunos países se impone la obligación de la inscripción, lo que facilita el control de su contenido. De ese modo se convierte en una doble garantía para el trabajador.

Naturalmente que el reglamento supone cierta dimensión de la empresa. Por tal motivo es frecuente que cuando se impone la obligación del reglamento o la necesidad de su registro o la preceptividad de la aprobación de su contenido, se excluye de la misma a las empresas que no alcancen un determinado número de trabajadores.

Elo significa que en las empresas de menor dimensión no rija esta garantía. A su vez, implica otra repercusión desfavorable porque algunos reglamentos prevén la existencia de comisiones internas, la designación de delegados o cualquier otra forma de participación.

29. Jus variandi.

El jus variandi constituye un instituto que habilita al empleador a introducir pequeños cambios en las prestaciones de las partes, sin que abarque cambios sustanciales que serían formas de alteración del contrato de trabajo, lo que no es permitido salvo el consentimiento del gremio expresado a través de la negociación colectiva.

Es una posibilidad derivada del carácter continuado del contrato que puede prolongarse por muchos años y del dinamismo de la vida empresarial que obliga a frecuentes cambios. Los horarios, las tareas, el lugar de prestación, la forma de organización y distribución de funciones no pueden quedar congelados para siempre en la forma en que se practicó al ingreso del trabajador.

El *jus variandi* constituye una forma de introducir la indispensable flexibilidad, que se reconociera, aún antes del surgimiento del movimiento flexibilizador.

Ahora bien, en las PYMES hay dos características que le dan una especial significación en este tema.

Una de ellas es la relativización de la función que debe cumplir cada uno de los trabajadores, dado que por su pequeño número, cada uno debe cumplir diversas tareas.

Por lo que de algún modo, se impone la polifuncionalidad. O sea, que espontáneamente las PYMES gozan por su propia naturaleza de un alto grado de flexibilidad. No se le puede agregar más porque el contrato quedará desvirtuado. Como dice Oscar Emida Uriarte "el *jus variandi* es una flexibilización que no corresponde flexibilizar más".

La otra es la ausencia -o la muy poca relevancia- que tienen los controles estatales o sindicales que son los contrapesos a los posibles abusos del *jus variandi* que pudieran producirse en el ámbito de las empresas normales. Por eso es muy peligroso y debe hacerse un uso muy discreto y recatado dentro de este tipo de empresas porque un uso normal del *jus variandi* como en las empresas normales, puede significar un uso excesivo.

Esto lleva a recomendar que debiera controlarse con más cuidado y severidad.

30. Jornadas de Trabajo. Las normas sobre limitación de las jornadas de trabajo son enteramente aplicables en las PYMES porque las razones que justifican este beneficio operan en toda clase de empresas.

Sólo se exceptúan las empresas familiares no porque no se justificaron por las razones de fondo sino por las dificultades y perturbaciones que genera el control en ámbitos privados muy reducidos.

Pero no cabe duda de que en las PYMES son mucho más fáciles de violar las normas legales, especialmente en materia de horas extras o de descansos intermedios.

En el primer caso por la dificultad de la prueba, por la ausencia de controles de horarios exactos, por la familiaridad que existe entre el empleador, que también cumple las jornadas extensas, y los trabajadores que pralongan la jornada junto con él.

En el segundo caso, por la tendencia a permitir ciertas facilidades para comer sin interrumpir el trabajo en la hora de almuerzo; o por la difundida costumbre de colocar el descanso al término de la jornada con lo cual el trabajador regresa antes a su domicilio pero desvirtúa el sentido de este descanso que debe interrumpir la jornada y no acortarla.

En ambos aspectos, son fáciles los incumplimientos que suelen quedar impunes. Son diferencias que se producen en la práctica y no en las normas de derecho positivo.

31. Vacaciones anuales.

En principio, nada tiene que ver el tamaño de la empresa con el goce de este beneficio.

8 Oscar Emida Uriarte, *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*. Buenos Aires 1999, pág. 112.

Sin embargo, con algunos países se establecen excepciones o normas especiales.

En Argentina, la ley 24.467 dispuso que los convenios colectivos referentes a las pequeñas empresas podrán modificar en cualquier sentido las formalidades, requisitos, aviso y oportunidad del goce de la licencia anual ordinaria.

En Guatemala, si las empresas cuentan con más de 10 trabajadores, la duración mínima es de 10 días. Si fueran menos trabajadores, la duración mínima se reduce a 5 días.

En Uruguay tiene una repercusión indirecta. La ley 12.590 establece que el beneficio de la licencia anual asciende a 20 días que deberán ser continuos y sin contar los feriados. Pero se autorizan convenios colectivos que puedan fraccionar la licencia en periodos no menores de 10 días y computar los feriados. La ley agrega que en los convenios colectivos sobre licencia anual se constituirán Comisiones Paritarias con el fin de regular su concesión en los establecimientos que ocupan más de 15 trabajadores.

32. Sueldo anual complementario.

Sobre este punto cabría decir lo mismo que en el anterior: no se justifica un tratamiento diferente de este beneficio salarial, en función del distinto tamaño de la empresa.

Sin embargo, en Argentina, los convenios colectivos referidos a la pequeña empresa pueden disponer el fraccionamiento de los periodos de pago del sueldo anual complementario, siempre que no excedan de tres periodos en el año.

33. Terminación de la relación de trabajo.

Uno de los temas donde más se ha practicado la distinción de las empresas en función del tamaño es lo que tiene que ver en la terminación de la relación de trabajo.

En lo que Ermida llama la flexibilidad externa de salida¹⁰,

Es tan intensa esta insistencia de los legisladores en recurrir a este criterio en aspectos relacionadas con el despido que von Potobsky ha distinguido seis subrubros que seguiremos por razones de método¹¹,

34. Cont. Exclusión de las pequeñas empresas.

La exclusión de la protección contra el despido injustificado se extiende en todo el mundo tanto por normas internacionales como nacionales. Pero en algunos países se excluyen a las pequeñas empresas.

En Argentina, el art. 92 de la ley 24.467 faculta a las partes para que por medio de convenio colectivo de trabajo "referidas a las pequeñas empresas" puedan modificar el régimen de extinción del contrato de trabajo de la ley de Contrato de Trabajo. El problema que se plantea

10 Oscar Ermida Uribe, "La flexibilidad en algunas experiencias comparadas", en Experiencias de flexibilidad normativa. Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile 1992, pág. 38.

11 Gerardo von Potobsky, "Pequeñas y medianas empresas y derecho del trabajo", en Revista Internacional de Trabajo, Ginebra 1988, Vol. 112, pág. 65.

es el del alcance del verbo modificar, es decir, si dentro de ese término, cabe la idea de suprimir.

En Ecuador el preaviso de la decisión de rescindir unilateralmente el contrato de trabajo (desahucio) tiene un límite cuantitativo que se relaciona con el número de integrantes del personal de la empresa. El empleador deberá comunicarle al trabajador con una anticipación de un mes por lo menos y bonificarle con el 25% de la última remuneración mensual por cada uno de los años de servicio. En los establecimientos que tuvieran hasta un máximo de 20 trabajadores, el empleador no podrá hacer cesar por desahucio a más de dos de ellos dentro del lapso de 30 días. Si el establecimiento ocupara a más de 20 personas, no podrá recurrir al desahucio de más de cinco dentro del mismo plazo.

35. *Conf. Causa especial de despido.*

Van Potobsky citaba dentro de este párrafo el art. 52 c. del Estatuto de los Trabajadores en España que preveía una causa objetiva de extinción del contrato de trabajo aplicable únicamente en las empresas de menos de 50 trabajadores: "la necesidad objetivamente acreditada de armonizar un puesto de trabajo individualizado, cuando no proceda utilizar los servicios del trabajador afectado entre otras tareas de la empresa en la misma localidad".

Pero la ley del 19 de mayo de 1994 suprimió la referencia a "las empresas de menos de 50 trabajadores" por lo que al eliminarse el límite cuantitativo, esta causa de despido ya no es exclusiva de las empresas menores.

Mantenemos la referencia para conservar la clasificación en los términos expuestos.

36. *Conf. Simplificación del trámite de despido.*

Esta posibilidad se plantea sólo en los países donde hay la obligación de un trámite previo para formalizar el despido.

En la Argentina, la ley 16.467 dispuso que se computará a partir del día siguiente al de su comunicación por escrito (antes corría desde el primer día del mes siguiente) y tendrá una duración de un mes cualquiera fuese la antigüedad del trabajador (antes podía llegar a dos meses cuando el trabajador tenía una antigüedad mayor de 5 años). Estas modificaciones regirán exclusivamente para los trabajadores contratados a partir de la vigencia de la ley 24.467 (art. 95).

En Francia, el despido por motivos ajenos a la persona del trabajador deben responder a causa "real y seria".

Al mismo tiempo se reglamenta un procedimiento que empieza con una entrevista entre el empleador y el trabajador. Después de la entrevista, si la conciliación fracasa y el empleador decide despedirlo, debe notificarle los motivos del caso. Si no se expresan los motivos o éstos permanecen imprecisos, la Corte de Casación ha entendido que la omisión se asimila a una presunción absoluta de ausencia de causa real y seria.

Si el empleador cumple los aspectos procedimentales y prueba el derecho sustancial (motivo real y serio), el contrato se extingue sin indemnización. En caso contrario, el despido se entiende improcedente, pero las sanciones previstas difieren según la dimensión de la empresa y la antigüedad del trabajador afectado.

Tratándose de asalariados con menos de dos años de antigüedad (a la fecha de presentación de la carta de despido) o de los que trabajan en empresas con menos de 11 trabajadores, la violación de normas sustanciales o procesales es sancionada por la técnica del abuso de derecho. Al no haber indemnización tarifada, si el trabajador pretende una indemnización, deberá acreditar el perjuicio sufrido.

En el caso de las empresas que ocupan a 11 o más trabajadores, las sanciones por violación del derecho sustancial son más graves, incluyendo el reintegro, aunque esta eventualidad debe ser aceptada tanto por el trabajador como por el empleador.

37. *Conf. Menor onerosidad.*

Se parte de la base de que cuanto más pequeña es la dimensión de una empresa, menor su capacidad de pago para hacer frente a los costos del despido.

En Argentina, cuando los despidos en una PYME hubieran tenido lugar como consecuencia de un procedimiento preventivo de crisis, el Fondo Nacional de Empleo podrá asumir total o parcialmente las indemnizaciones respectivas o financiar acciones de capacitación y reconversión para los trabajadores despedidos.

En Colombia, en el caso de los despidos colectivos, se prevé una indemnización reducida (50%) para los dependientes de empresas cuyo patrimonio líquido gravable sea inferior a mil salarios mínimos mensuales, que es el estimado para las PYMES.

En España, las empresas con menos de 25 trabajadores reciben un apoyo del Fondo de Garantía Salarial que abonará el 40% de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instituido.

Este apoyo del Fondo de Garantía Salarial es de gran importancia para las PYMES cuando su situación se torna crítica (insolvencia, suspensión de pagos, concurso, quiebra) y se ven obligadas a clausurar sus actividades. Éste es un punto clave porque es una circunstancia en que los trabajadores además de perder su ocupación se enfrentan con enormes dificultades para percibir los créditos pendientes. Si bien este problema se plantea en todas las empresas, las más pequeñas son las más expuestas a este riesgo.

En Francia, las empresas con más de 11 trabajadores que despiden a un trabajador sin causa real y seria, el tribunal puede proponer la reintegración del trabajador conservando las ventajas adquiridas. Si esto es rechazado por una u otra de las partes, el empleador es condenado a abonar una indemnización por daños y perjuicios ("reparación por equivalencia") cuyo monto será determinado por el tribunal sobre la base mínima de los últimos seis meses de salario. Ello sin perjuicio de la indemnización legal prevista por el Código de Trabajo y de la obligación impuesta al empleador culpable de reembolsar a los organismos provisionales los subsidios por desocupación abonados al trabajador desde el día del despido hasta la sentencia correspondiente. Las indemnizaciones previstas no se aplican a las empresas con menos de 11 trabajadores.

En Italia, los umbrales que distinguen los pequeños empresas de los restantes son 15 trabajadores para las empresas industriales y comerciales y de 5 para las empresas agrícolas. La indemnización por despido sin justa causa, cuando el trabajador no opta por la reinstalación

es inferior en las empresas que ocupan hasta 15 y 5 dependientes, respectivamente. En estas empresas, además, la reinstalación generalmente no es obligatoria.

38. Cont. Despidos colectivos por motivos económicos.

En el periodo de recesiones y dificultades que sucedió a los "treinta años gloriosos" de continua prosperidad, abundaron los despidos colectivos (o masivos) por motivos económicos para salvar las empresas y conservar algunos puestos de trabajo.

En casi todos los países se establecieron límites o exigencias para entrar en esa categoría de despidos y generalmente están ligados con la distinción de las empresas en razón de su tamaño.

En Colombia, el Ministerio de Trabajo no puede calificar un despido como colectivo sino cuando el mismo afecte en un periodo de 6 meses a un número de trabajadores equivalente al 30% del total, en aquellas empresas que tengan un número superior a 10 e inferior a 50; al 20% en las que tengan entre 50 y 99; al 15% en las que tengan entre 100 y 199, y continúa disminuyendo el porcentaje a medida que aumenta el número de dependientes.

No se establecen límites, en cambio, para los despidos de empresas con personal inferior a 10.

En Venezuela, se entiende por despidos masivos aquellos que afecten a un número igual o superior al 10% de los trabajadores de una empresa que tenga más de 100 asalariados, o al 20% de una empresa que tenga más de 50 trabajadores, o a 10 trabajadores de la que tenga menos de 50 dentro de un lapso de 3 meses o aún mayor si las circunstancias le dieron carácter crítico.

En los países de la Unión Europea, la Directiva 75/129 excluyó de su aplicación a los establecimientos con menos de 20 trabajadores.

En esa misma dirección diversas convenios colectivos y la legislación de varios países europeos exceptúan con frecuencia a las pequeñas y medianas empresas de los despidos colectivos por motivos económicos. Los umbrales numéricos van desde las empresas que ocupan a 11 trabajadores (Francia), 20 (Alemania, Bélgica, Grecia, Holanda) y 25 (Italia).

39. Cont. Reinstalación del trabajador despedido *sin justa causa*.

Como dice Dieste¹² hasta hace algunos años la reinstalación, que es el corolario necesario de la verdadera estabilidad en el empleo, era percibida como una institución limitativa de la arbitrariedad patronal, como la "clave operativa" de todo el sistema tutivo de la libertad sindical y, en definitiva, como una expresión de progreso social.

Si el despido es nulo por su falta de justificación, la resultante lógica es su inexistencia. Y si el despido desaparece, la resultante natural es la continuación del trabajador en su puesto. No alcanza con hacerle pagar al empleador el salario del trabajador, si no se le permite a éste cumplir sus funciones. El trabajador desea ejercitar sus aptitudes y realizarse en el cumplimiento de sus tareas. Por otra parte, si es dirigente o militante sindical, quiere estar en la fábrica o en el

12 Op. cit., pág. 104.

tales para enterarse de los problemas, actuar conjuntamente con sus compañeros y desarrollar su militancia sindical. No es un tema que se resuelva con dinero sino con presencia.

Pero es cierto que hay una resistencia creciente a la reinstalación por considerarla incompatible con el desarrollo normal de la empresa que no puede estar envuelta en un conflicto cotidiano. Ha influido en el surgimiento de esta posición adversa la mala experiencia que se ha tenido con la aplicación del sistema en los países en que se ha querido aplicar estrictamente.

Si esa resistencia existe en general, es mucho más fuerte en el caso de que el trabajador reintegrado tiene que tratar directamente con quienes decidieron su despido y quienes tienen la responsabilidad de la conducción de la empresa. El fundamento de esta exclusión obedece a la natural dificultad de pretender el reintegro de un trabajador que deberá en lo sucesivo, tener un trato personalizado con el empleador.

De modo que si hay una exclusión que se justifica plenamente es la referente a las pequeñas empresas. Incluso lo hemos mencionado como uno de los ejemplos indiscutidos que justifica la creación de esta categoría de pequeñas y medianas empresas.

Por eso, en casi todos los países en que se reglamenta el tema, se inserta expresamente esta exclusión.

En Argentina, están legitimados para ejercer la acción de reinstalación los dirigentes, representantes, trabajadores que desempeñen cargos políticos en los poderes públicos, representantes gremiales en la empresa y candidatos postulados para un cargo de representación sindical. Sin embargo, dado que en principio no había representación sindical en la empresa con menos de 10 trabajadores, la reinstalación -salvo excepciones (por ej. trabajadores en ejercicio de cargos públicos)- no sería aplicable a este segmento de pequeñas empresas.

En la legislación argentina existen procedimientos de exclusión de la tutela como recaudo previo para que los trabajadores amparados por las garantías previstas en los párrafos anteriores puedan ser despedidos, suspendidos o modificados sus condiciones de trabajo.

En Panamá la reintegración no es obligatoria en los establecimientos agroindustriales con menos de 20 trabajadores, en las fábricas con menos de 15 y en las empresas agrícolas, de servicio o comercios minoristas con 10.

En Perú, la Ley de Fomento del Empleo establece que en los casos de nulidad del despido, el trabajador podrá demandar que se declare dicha nulidad y se proceda a su reposición en el empleo. No obstante, los trabajadores de las empresas que cuentan hasta con 20 dependientes sólo pueden accionar para el pago de la indemnización pero no para su reposición. También están impedidos de reclamar la readmisión al personal de dirección y los trabajadores de confianza.

De igual manera, en Venezuela, la ley orgánica del Trabajo excluye del "reenganche" -no así de la indemnización legal- a los trabajadores despedidos sin justa causa en las empresas con menos de 10 dependientes.

México tiene la peculiaridad de que el derecho a la estabilidad en el empleo está consagrado en la Constitución (art. 123, XXI y XXII) lo cual obviamente, confiere a este instituto

la máxima rigidez. Según la norma constitucional "el patrono que despide a un obrero sin justa causa o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo.... la ley determinará los casos en que el patrono podrá ser eximido de la obligación de cumplir el contrato mediante el pago de una indemnización".

El texto constitucional no incluye las palabras estabilidad ni reinstalación pero como señala De la Cueva la reinstalación no significa una obligación nueva a cargo del empleador, pues se trata, en realidad, de la obligación de dar cumplimiento al contrato de trabajo.

El art. 49 de la Ley Federal de Trabajo mexicana exige al patrón de la obligación de reinstalar al trabajador mediante el pago de las indemnizaciones que se determinan en el art. 50, cuando comprueba ante la Junta de Conciliación y Arbitraje que aquél "por razón del trabajo que desempeña o por las características de sus labores, está en contacto directo y permanente con él y la Junta estima, tomando en consideración las circunstancias del caso, que no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo". Esta exigente es aplicable a las PYMES donde el empresario suele ser una persona física o, al menos, un socio que mantiene "contacto directo y permanente" con el trabajador.

En Uruguay no hay ninguna norma que establezca expresamente la obligación de la reinstalación. Salvo alguna posición doctrinaria aislada¹⁵, la opinión generalizada es contraria. Y alguna vez que se ha planteado judicialmente, esa pretensión ha sido rechazada¹⁶. Si esta posición adversa predomina ciertamente, con mucho mayor énfasis se rechaza en los casos de pequeñas empresas donde hay contacto personal con el empleador.

V. CONCLUSIONES

40. Podemos extraer de todo este desarrollo, las siguientes conclusiones:

1) Hay que relativizar el tema que desde el principio hasta el final requiere un estudio y una valoración prolijos que excluye las afirmaciones categóricas y que las soluciones, puedan considerarse una panacea.

Las normas especiales referentes a este tema son intentos de solucionar ciertos problemas en determinadas situaciones.

Elo obliga en toda esta temática a aplicar reiteradamente el principio de razonabilidad.

2) La conclusión anterior no le quita interés al tema sino que lo aumenta: obliga a un estudio atento, equilibrado y profundo de la aplicación de ciertos criterios en el caso de la concesión de algunos beneficios.

3) Todo hace suponer que se continuarán desarrollando y proliferando no sólo por las alteraciones en la forma de producción, sino también porque es una manera en que se expresa el fenómeno de la descentralización empresarial.

15. Véase la información suministrada por Barthelemy en la pág. 226 de Derecho del Trabajo tomo I Vol. 2, FOU, 1999.

16. Pueden citarse varios ejemplos: caso 584 del A.J. 1978; caso 345 del A.J. 1979; caso 676 del A.J. 1984-87; casos 1036, 1040, 1042 del A.J. 1989-91; caso 1291 del A.J. 1992 y caso 821 del A.J. 1993.

Pero tanto el crecimiento producido hasta ahora como la difusión mayor que probablemente se produzca en el futuro no determinan un juicio de valor. Simplemente demuestra que es un instrumento adecuado a las circunstancias que se van viviendo.

4) No deben encararse como una forma de abatimiento de los costos a expensas del cumplimiento del derecho laboral.

El estímulo de las pequeñas empresas -si se considera necesario dentro de la política de empleo- debe buscarse a través de exenciones o rebajas impositivas o de abreviaciones o agilizaciones de trámites; pero no a expensas de los beneficios de los trabajadores.

Ella no sólo conspirará contra la igualdad básica de los trabajadores sino que podría dar origen a cierta forma de dumping social, que debe evitarse.

VINATEA & TOYAMA
ABOGADOS

Amador Merino Reyna 295 oficina 501, San Isidro, Lima - Perú.
Telfs. (51-1) 222-3276 Fax (51-1) 222-3203
email: vinateaytoyama@vyt.com.pe

LIOVA SCHIAFFINO DE VILLANUEVA
ABOGADO NOTARIO

Calle Monte Rosa 171 - 2° piso - Ofs. 2A2-2A3-2A4
Centro Comercial Chacarilla del Estanque - Surco

Horario corrido de Lunes a Viernes
de 9:00 a.m. A 8:00 p.m.

Sábados de 9:00 a.m. A 1:00 p.m.

E-mail: liova@terra.com.pe

Teléfonos: 3720790
3720105

Telefax: 3720723