

**IX Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Guayaquil, Ecuador.
Octubre de 2013.**

**CUESTIONARIO SOBRE EL TEMA 3:
EL TRABAJADOR AUTÓNOMO: SU RÉGIMEN LEGAL Y LA EXTENSIÓN AL MISMO DE
NORMAS E INSTITUCIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO**

INFORME CHILENO

AUTORA: Rocío García de la Pastora Zavala. Profesora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica de Chile.

PARTE 1: CARACTERIZACIÓN DEL TRABAJO INDEPENDIENTE

La evolución histórica de la relación laboral estuvo marcada, en un primer momento, por un derecho que tenía por objeto socorrer el estado en que se encontraba la clase obrera. En el avance de la disciplina se empezó de a poco a centrar el objeto de tutela del trabajo en una categoría jurídica más que en un estado social, en el trabajo subordinado más que en el trabajo obrero, que se desarrolla en virtud de un contrato de trabajo que escapa a la regulación del arrendamiento de servicios civil, por entender que los contratantes y el objeto del contrato no guardan relación con el derecho común, al no existir esa relación de igualdad que está presente en las obligaciones civiles. En consecuencia, el trabajo subordinado es propio del Derecho del Trabajo clásico, como el autónomo propio del Derecho común.

Sin embargo, este estado de relativa pasividad en la regulación se ve, repentinamente, alterado a partir de la segunda mitad del siglo pasado, cuando se inicia una radical transformación en la forma de producir y de trabajar. Empieza entonces el cuestionamiento sobre los límites personales de aplicación del Derecho del Trabajo, pues comenzaba a surgir un tipo de trabajador que no respondía al tipo contractual de la subordinación y que, su vez, distaba del clásico trabajador por cuenta propia, presentando una situación de inestabilidad y desprotección social que recordaba al Derecho del Trabajo su rol inicial.

En este escenario comienzan a existir reconocimientos para estos trabajadores en países europeos, donde se adoptan denominaciones como los “parasubordinados” en Italia y los “arbeitnehmerähnlichen personen” (trabajadores al modo laboral) en Alemania. En este último caso, se les otorga reconocimiento en los años 50 y en la década de los 70, una tutela real aunque limitada, al incluirlos en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos.

Las motivaciones y las justificaciones del aumento de trabajadores independientes generan escenarios de discusión y cuestionamiento constante sobre el rol que, si debiese, podría o debería adoptar el Derecho del Trabajo, respecto de los más vulnerables. Mientras una parte relevante de la doctrina está por la extensión de parte de la tutela laboral a aquellos independientes que, trabajando por si mismos, tienen una notoria dependencia económica de su gran cliente y, por tanto, notoria desigualdad en la relación,

otra parte defiende la subordinación como razón de ser de la tutela laboral y excluye, en la línea tradicional, todo tipo de trabajo que no encaje en este análisis

El trabajo independiente parece una figura muy adaptable a las nuevas formas de producción, esencialmente desestructuradas y donde predomina el resultado por sobre la forma en que se llegue a él. Su masificación ha evidenciado una necesidad de regulación específica, ya no sólo desde el ámbito de la seguridad social o la prevención de riesgos, sino que también desde el aspecto patrimonial y de la organización colectiva.

España aparece como el único país que ha generado una regulación específica para los autónomos, adaptando ciertas prerrogativas laborales a materias como jornada y derechos colectivos. Si bien la LETA, de 2007, es una ley marco que contiene numerosos vacíos legales, resulta ser un primer intento real de protección de este colectivo y, en especial, de aquellos que trabajan sin colaboración de terceros y que son económicamente dependientes de su cliente.

En Chile, por su parte, la protección y regulación del trabajo independiente se limita, hasta ahora, a una tutela, aun voluntaria, en materia de seguridad social y prevención de riesgos.

1.1 Está de acuerdo y son aplicables en su país las definiciones antes glosadas¹?

El artículo 3 del Código del Trabajo define, para todos los efectos legales, las figuras de empleador; empresa; trabajador y trabajador independiente.

La definición referida en la pregunta del documento coincide con los elementos esenciales considerados por el Código del Trabajo chileno, rezando, la norma referida, que es *“Trabajador independiente aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia.”*

En definitiva, se trata de una persona que, no obstante prestar los servicios de forma personal, no tiene subordinación (confundiéndose con dependencia), característica que lo distingue esencialmente del trabajo objeto del Derecho del Trabajo.

El Código del Trabajo, por mandato del artículo 8, realiza una aplicación restrictiva de las normas laborales a los trabajadores independientes, ya que prevé que sólo se aplicará en los casos en que expresamente se refiera a ellos.

En cuanto al empleador, difiere la definición chilena de la entregada en la extensión del sujeto objeto de la misma, ya que nuestro ordenamiento incluye, dentro de la figura del empleador, tanto a personas naturales como jurídicas.

Se entiende por empleador, para el Código del Trabajo, *“la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”*²

¹ Definiciones otorgadas:

Trabajador Independiente: Persona que explota su propia empresa o negocio, o ejerce por su cuenta una profesión u oficio, sin tener a cargo ningún trabajador remunerado.

Empleador o patrono: Aquella persona que conduce su propia empresa o negocio, o ejerce por su cuenta una profesión u oficio, y que tiene a su cargo uno o mas trabajadores remunerados

² Si el empleador se materializa a través de una persona jurídica, se denominarán empresa y, de acuerdo al artículo 3 del Código del Trabajo, para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, “se entiende por empresa toda

En este sentido y en una manifestación del principio tutelar, el legislador se pone en el caso de que el trabajador no tenga claridad de quien es su empleador (sea por el tamaño de la empresa, su estructura societaria, la realidad en que presta el servicio, etc.). Para ello prevé una presunción de derecho por la cual se entiende que, para efectos del Código del Trabajo, representa al empleador el gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica. Así, el trabajador tiene un amparo en la identificación de su empleador y se suprimen formalidades que entorpecen el ejercicio de los derechos laborales.³

1.2 ¿La diferencia esencial entre trabajo autónomo y trabajo dependiente puede ser ubicada en el elemento “subordinación” o “dependencia” ¿Hay algún otro criterio adicional o alternativo?

La diferencia entre trabajo independiente y dependiente, siguiendo la línea clásica del Derecho del Trabajo, se encuentra única y exclusivamente en el elemento subordinación.

En caso de presentarse una relación innominada o confusa en su definición, el Juez del trabajo realizará una labor excluyente-incluyente absoluta, analizando si tal relación se adapta al tipo subordinado. De ser así, declarará la vinculación como laboral y le dará la protección que ofrece el Derecho del Trabajo. En caso contrario, se limitará a excluirla.

1.3 ¿Cuál es el criterio o elemento que, desde un punto de vista jurídico, distingue o pretende distinguir al trabajo regido por el Derecho del Trabajo? ¿Subordinación jurídica? ¿Dependencia económica? ¿Ajenidad? ¿Integración en una organización colectiva del trabajo ¿Varios criterios concurrentes?

El elemento diferenciador del trabajo regulado por el Derecho del Trabajo es la subordinación jurídica y la ajenidad, consecuentemente.

De existir relaciones (que las hay) de trabajadores que prestan servicios personales para un cliente, con clara dependencia económica pero sin subordinación, no serán objeto de tutela laboral. Lo serán, en ciertas condiciones, de seguridad social, pero el derecho del trabajo no extiende su protección a relaciones que no sean subordinadas, a diferencia de la regulación española.

La dependencia económica, en el Derecho del Trabajo chileno, no es elemento diferenciador. Si bien existe una definición de contrato de trabajo en el código del ramo, donde se hace alusión a una prestación de servicios “bajo subordinación y dependencia” se refiere a una dependencia jurídica, por lo que ambos términos se utilizan indistintamente para caracterizar una relación laboral.

organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada. “ Esta definición es objeto de constante discusión por su limitación y el vacío e inseguridad jurídica que genera ha sido llenado por la jurisprudencia y la doctrina, a través de la creación de la figura de la “unidad económica” que busca la denominación común de empleador cuando, en la práctica, un trabajador se desempeña para dos o mas empresa que tienen una apariencia común, no obstante estar contratado formalmente por una de ellas.

³ Art. 4 del Código del Trabajo

1.4 Tales elementos provienen de la legislación, de la jurisprudencia o de la doctrina?

Proviene de la legislación y han sido reforzados por la jurisprudencia y la doctrina.

El artículo 7 del Código del Trabajo define el Contrato individual de trabajo, señalando que *es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.*”

De esta definición se desprende que los elementos de subordinación y de ajenidad son esenciales y excluye absolutamente a toda prestación de servicios por cuenta propia.

En cuanto a la jurisprudencia, realiza una labor de análisis indiciario que responde a un tipo contractual y no a una definición encajonada de subordinación. Se analizarán los elementos presentes en la relación y si estos, dentro de la flexibilidad que da el tipo y en el contexto de la relación de que se trate, denotan una subordinación, se declarará por el Juez la existencia de un vínculo laboral y se le extenderá el amparo del Derecho del Trabajo.

La doctrina, a su rezo, como fuente del derecho del trabajo, ilustra y orienta al mismo, tanto en las medidas de adaptabilidad de la subordinación como en las propuestas de expansión de la tutela, motivadas por las transformaciones del sistema y mercado de trabajo.

1.5 Existe un tratamiento para el llamado “trabajo para subordinado” o para, según la nomenclatura española, el “trabajador económicamente dependiente? ¿En qué consiste?

No existe un tratamiento para el autónomo económicamente dependiente.

2. REGIMEN APLICABLE AL TRABAJO INDEPENDIENTE

2.1. ¿Contempla el ordenamiento algún tratamiento para el trabajador propiamente autónomo, tanto en lo jurídico como en lo económico?

El trabajador autónomo o independiente se rige, en los aspectos contractuales, por las normas comunes que regulan las relaciones civiles y comerciales

En materia de seguridad social, existe una tutela que está en proceso de implementación progresiva. Este tema será tratado en el punto 4 de este informe.

En cuanto a la tributación, existe un reconocimiento al trabajador independiente que puede importar beneficios. Para efectos de cumplir algunas obligaciones tributarias, la ley ha clasificado a las personas naturales en tres grupos: asalariados; trabajadores

independientes y contribuyentes de menores ingresos, dependiendo del origen y monto de sus ingresos y, uno de ellos. En este escenario, se entiende que es trabajador independiente aquel que percibe más del 80 por ciento de sus ingresos de honorarios (cumpliendo además con otros requisitos formales de menor relevancia que establece el Código Tributario). Esa calificación se mantendrá no obstante poder percibir el 20 por ciento restante de una remuneración por una relación subordinada.

Así, de encontrarse en tal situación, podrá gozar de beneficios como la exención de la obligación de declarar renta.

Por último, en un aspecto económico, gozan de ciertas prerrogativas en materia de incentivos sociales y económicos, que les permiten el acceso a créditos y/o a financiamientos para nuevos proyectos, todo lo cual es producto de políticas públicas que pueden definirse de manera global o por sectores económicos, de acuerdo a las necesidades de crecimiento y fomento.

2.2. ¿Tiene la legislación mecanismos eficaces para detectar el fraude laboral, entendiendo por tal el encubrimiento de la relación laboral bajo formas contractuales extra-laborales? ¿Cuál es la posición de la jurisprudencia al respecto?

Debemos distinguir dos aspectos: Por una parte, el empleador que, mediante engaño, intenta evadir responsabilidades laborales, sea al contratar a través de empleadores aparentes, sea al realizar actos que pretenden burlar los derechos laborales dentro de una relación subordinada y, por la otra, el empleador que realiza una contratación informal y que con ello se excluye del Derecho del Trabajo, sea por ignorancia o por negligencia.

Contempla, el artículo 507 del Código del Trabajo, la figura de la simulación y del subterfugio laboral.

La simulación consiste en disfrazar la contratación de trabajadores a través de terceros, en cuyo caso el empleador real será responsable del cumplimiento de las obligaciones para con aquellos trabajadores.

El subterfugio, en cambio, importa el ocultamiento, disfraz o alteración de la individualización o del patrimonio del empleador y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales.

La ley considera como subterfugio cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente.

En caso de declararse la existencia de un subterfugio, el empleador quedará obligado al pago de todas las prestaciones laborales que correspondieren a los trabajadores. Además, acarrea sanciones a beneficio fiscal.

Las acciones de subterfugio y de simulación tienen el plazo más largo de prescripción del Código del Trabajo, extendiéndose a cinco años contados desde que las obligaciones se hicieron exigibles.

Por último, no obstante existir una relación que es laboral pero que se plantea informalmente bajo una vinculación civil o comercial, de no mediar dolo en el actuar del empleador, la acción a la que se recurrirá será la ordinaria declarativa de existencia de relación laboral, en la cual se realizará en análisis indiciario al que ya se ha hecho mención, sentenciándola, de ser procedente, para otorgar el amparo normativo.

En cuanto a la jurisprudencia, en materia de simulación y subterfugio, hace aplicación práctica de la norma en pro de los derechos laborales y colectivos, en la medida en que se logre una acreditación de los elementos facticos que constituirían el engaño y la consecuencia de este en los derechos laborales.⁴ En cuanto a la acción de declaración de relación laboral, ya ha sido referida en la pregunta 1.4 de este cuestionario.

3. LOS DERECHOS COLECTIVOS

3.1. ¿Contempla la Constitución o la Ley sindicatos de trabajadores independientes? ¿En qué términos?

La Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 19 garantiza el derecho a sindicarse en la forma y casos que señale la ley, debiendo considerar además los Convenios N° 87, sobre Libertad Sindical y protección del derecho de sindicación (1948) y 98, sobre el derecho a sindicación y de negociación colectiva (1949) de la OIT.⁵

Se garantiza además que la afiliación sindical sea siempre voluntaria.

Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

El artículo 216 del Código del Trabajo contempla una clasificación abierta y ejemplar de los tipos de organizaciones sindicales que se pueden constituir, la que sin embargo, en la práctica, limita los tipos de sindicatos que se forman en el país. Dentro de ella se contemplan específicamente los sindicatos de trabajadores independientes.

Un sindicato de trabajadores independientes es aquel que agrupa a trabajadores que no dependen de empleador alguno ni tienen, a su vez, trabajadores bajo su dependencia.

Para su constitución basta con la reunión de 25 personas ante un Ministro de Fe y el cumplimiento de los requisitos legales, que se resumen en celebrar una asamblea constitutiva con el quórum requerido; levantar un acta; elegir el directorio; aprobar los estatutos y, en un plazo de 15 días, depositar el acta y los estatutos en la Dirección del Trabajo. Desde ese momento el sindicato adquiere personalidad jurídica.

⁴ A modo de ejemplo, Sentencia del Segundo Juzgado del Trabajo, de fecha 19.07.2012 en causa rit O-105-2012, por la que se ordena la reincorporación de un dirigente sindical a la empresa que, formalmente, aparecía requiriendo los servicios del que figuraba como su empleador.

⁵ En noviembre de 1998 son aprobados por el Congreso de Chile, siendo promulgados mediante decreto N° 227 del 17.02.1999 y publicados en el Diario Oficial el 12 de Mayo de 1999.

Gozan de las mismas prerrogativas que las restantes organizaciones sindicales, en cuanto a su creación, regulación, patrimonio y dirección.

Básicamente, su objetivo es obtener beneficios con los organismos que se vinculen, sea municipalidades, organismos de fiscalización del rubro etc., o generar instancias de dialogo con autoridades u otras entidades que puedan reportar utilidades a su actividad.

3.2. ¿Pueden negociar colectivamente? ¿Frente a quien?

El derecho a negociar colectivamente es un derecho fundamental que puede ser ejercido por todo tipo de sindicato y grupos de trabajadores que se unan para tal efecto. Sin embargo, el ejercicio práctico de este derecho resulta ser ineficaz.

El ordenamiento jurídico chileno, al definir la negociación colectiva, establece que los sujetos de la misma serán uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales o trabajadores que se unan para negociar colectivamente⁶. Los trabajadores independientes, en razón de lo anterior, no se contemplan en la definición legal.

A mayor abundamiento, la Constitución consagra el derecho de los trabajadores a negociar colectivamente “con la empresa en la que laboren⁷”

Luego, no obstante ser un derecho fundamental, la negociación colectiva no se aplica en el caso de los sindicatos de trabajadores independientes.

3.3. ¿Pueden declararse en huelga?

La huelga se encuentra contemplada dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada, que es aquel que termina con la celebración de un contrato colectivo.

Del análisis efectuado en la pregunta anterior, se concluye que, al estar imposibilitados de negociar colectivamente, por carecer de empleador, están igualmente imposibilitados de llevar a cabo una huelga, dentro del marco legal.

4. LA SEGURIDAD SOCIAL

4.1. ¿Existe un régimen de afiliación? ¿Es obligatorio o voluntario? ¿Cuáles serían los conceptos (salud, pensiones, paro o desempleo) que comprende el sistema de seguridad social?

⁶ Art. 303 inciso 1° Código del Trabajo: Negociación colectiva es el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos siguientes

⁷ Art. 19 N° 16 inciso 5° Constitución Política: La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica.

La Constitución Política de la República, dentro del capítulo de los derechos y deberes constitucionales, en su artículo 19 N°18, garantiza a todos el derecho a la seguridad social y será rol del Estado garantizar a todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá, asimismo, establecer cotizaciones obligatorias.

En cuanto a la afiliación, es obligatoria y automática para los trabajadores dependientes. El DL 3.500 de 1980, en su artículo 2, establece que el inicio de la labor del trabajador genera la afiliación automática al sistema y la obligación de cotizar en una AFP.

En cuanto a los independientes, se busca su incorporación a la seguridad social mediante una reforma previsional aprobada el año 2008 y que empieza a tener aplicación práctica, para los trabajadores por cuenta propia, en el año 2012.

En efecto, la Ley N° 20.255, del año 2008, que contiene una reforma previsional, busca, entre otras cosas, incentivar la cotización en el sistema de pensiones y en el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales por parte de los trabajadores independientes. Para ello, a partir de 2012, todas las personas que emitan boletas de honorarios podrán cotizar un porcentaje, predefinido por la Ley, de sus ingresos, con el mismo tope de renta que se aplica a los trabajadores subordinados (cuya cotización es obligatoria, debiendo descontarla el empleador de sus remuneraciones y aportarla a la Administradora de Fondo de Pensiones a la que esté afiliado el trabajador). Esta cotización, en el evento de no pagarla mensualmente el autónomo, será descontada por la Tesorería General de la República, de su devolución de impuestos anual, remitiéndola a la Administradora de Fondos de Pensiones a la que esté afiliado. A partir del 01 de enero de 2015, la cotización será obligatoria.

Con esta cotización se pretende que el trabajador independiente tenga acceso a los mismos beneficios que los trabajadores dependientes, es decir, pensiones de vejez e invalidez, seguridad en el trabajo y, en caso de enfermedad profesional o accidente del trabajo, subsidios por incapacidad laboral y atención médica.

A partir de 2018, se incorporará a esta cotización un porcentaje destinado al sistema de salud.

Sin embargo, este intento de tutela presenta un problema que radica en el cotizante voluntario, concepto que involucra tanto a personas que no desarrollan actividades económicas como aquellas que lo hacen pero dentro del mercado informal. En este último caso, nos encontramos frente a un autónomo que no figura en el sistema impositivo y que, por tanto, no puede ser obligado a cotizar para su fondo de pensiones. Se trata de un porcentaje de trabajadores que se desempeñan en ferias libres, taxis, pescadores y otros empleos de difícil fiscalización y que viven en una situación de inmediatez, lo cual no incentiva el aporte previsional. Para ellos, la respuesta del legislador ha sido la cotización voluntaria, por el monto que libremente determinen pero que, a lo menos, equivalga al porcentaje de un ingreso mínimo mensual.

4.2. ¿Existen mecanismos de cobertura frente a accidentes del trabajo?

La Ley N° 16.744, de 1968, regula el seguro sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Establece que serán sujetos de este seguro los trabajadores independientes y los trabajadores familiares. En consecuencia, tanto los independientes formales como los informales entran dentro de la cobertura.

Desde la creación de la Ley N° 16.744 y durante las décadas de los 70 y 80, numerosas disposiciones legales incorporaron distintos grupos de trabajadores independientes a la protección del seguro de accidentes del trabajo.

Para poder hacer uso de este seguro se debe efectuarse una cotización mensual de un 0,95 por ciento sobre la renta imponible y con ello se tiene acceso a las coberturas del sistema

Sin embargo, en la actualidad es muy bajo el número de trabajadores independientes afectos a este seguro. Aquellos que hacen uso de subsidios por enfermedad, lo hacen bajo la modalidad de enfermedad común -a través del organismo de salud público o privado al que esté afiliado- y no de enfermedad profesional o accidente del trabajo.

Respecto de esto hay que precisar que el nivel de cobertura es mucho mayor a través del seguro de accidentes del trabajo (contempla prestaciones preventivas, económicas y curativas), no obstante lo cual, los trabajadores por cuenta propia optan por no realizar la cotización y limitarse a la que les otorga el sistema de salud.

Desde el 01 de enero de 2012, de manera voluntaria y, a partir del 01 enero de 2015, de manera obligatoria, los trabajadores independientes deberán cotizar en el seguro de accidentes del trabajo, conjuntamente con la cotización para su fondo de pensiones, en un procedimiento de pago que tiene igual tratamiento al referido en la pregunta anterior.

4.3. ¿Existen mecanismos de cobertura frente al paro o desempleo?

No existen mecanismos de cobertura. El seguro de desempleo que regula la Ley N° 19.728 da cobertura sólo a trabajadores regulados por el Código del Trabajo.

5. EL CASO ESPECIAL DEL TALLER FAMILIAR Y LA MICROEMPRESA

5.1. ¿Existe legislación específica para el taller familiar?

No existe regulación específica en materia laboral. Hasta el año 2007 existía una disposición que flexibilizaba el trabajo de menores de edad en establecimientos en los que trabajasen únicamente familiares. El antiguo artículo 18 del Código del Trabajo prohibía a los menores de 18 años todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales, con excepción de aquellos en que únicamente trabajen miembros de la familia, bajo la autoridad de uno de ellos.

Sin embargo, en concordancia con los tratados internacionales que Chile ha suscrito con la OIT en materia de trabajo infantil y trabajo nocturno ejecutado por menores, se suprimió, a través de la Ley 20.539, de 06 de octubre de 2011, todo tipo de trabajo nocturno en este tipo de establecimientos.

Se ha entendido por microempresa familiar aquella que pertenece a una o más personas naturales que realizan sus actividades empresariales en la casa habitación en que residen. Las labores profesionales, oficios, comercio, pequeñas industrias o talleres, artesanía o cualquier otra actividad lícita que se realizan en ese domicilio son, entonces, de prestación de servicios o de producción de bienes. La Ley N° 19.749 regula las microempresas familiares y establece que, para ser catalogada como tal, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que la actividad económica que constituye su giro se ejerza en la casa habitación;
- b) Que quien desarrolla la actividad sea legítimo ocupante de la casa habitación;
- c) Que en el domicilio no trabajen más de cinco personas extrañas a la familia;
- d) Que su capital inicial efectivo (sin considerar el inmueble) no exceda de un valor aproximado de US 40.000.

En caso de ser calificada como microempresa familiar, se accede a un régimen tributario especial y de fomento.

Esta legislación nace en 2009 y es un claro intento de atacar la informalidad en la empresa (y consecuentemente en el empleo), pues beneficia a microempresarios que, por diversos motivos, no han formalizado tributariamente sus actividades. Sus principales objetivos son facilitar trámites de patentes, impositivos y tributarios, de modo de incentivar su inserción al mercado formal.

5.2. ¿Existe legislación específica para la microempresa?

No existe una legislación que regule las microempresas. Existen disposiciones de distintos cuerpos normativos que establecen beneficios o incentivos en relación con el tamaño de las empresas, principalmente en el área económica y tributaria. A ello se hizo alusión en la respuesta anterior, respecto de las microempresas familiares.

5.3. ¿Tiene esa legislación un componente laboral? ¿En qué consiste?

En materia laboral existe una clasificación que realiza el artículo 505 bis del Código del Trabajo, de los distintos tipos de empresas.⁸ La microempresa, para efectos laborales, es aquella que tiene menos de 9 trabajadores y ello tendrá incidencia para efectos de

⁸ Art. 505 bis. Para los efectos de este Código y sus leyes complementarias, los empleadores se clasificarán en micro, pequeña, mediana y gran empresa, en función del número de trabajadores.

Se entenderá por micro empresa aquella que tuviere contratados de 1 a 9 trabajadores, pequeña empresa aquella que tuviere contratados de 10 a 49 trabajadores, mediana empresa aquella que tuviere contratados de 50 a 199 trabajadores y gran empresa aquella que tuviere contratados 200 trabajadores o más.

fiscalización y sanción, pues los rangos de valores de multas varían según el número de trabajadores de la empresa⁹.

En materia de fiscalización y dentro de una política de incentivo, se podrán conceder a las microempresas esperas o prorrogas a fin de que el microempresario de cumplimiento a las normas infringidas.

Respecto de las sanciones que deriven de los procesos de fiscalización, se presentan formas de cumplimiento distintas al pago de una multa y que se relacionan, principalmente, con la capacitación laboral por parte de la Dirección del Trabajo¹⁰.

En otro aspecto, existen reglas en el Código del Trabajo que, dependen, para su aplicación, del número de trabajadores y que, atendido el tamaño de la microempresa, no resultarían aplicables, como son, por ejemplo, las obligaciones de:

- a) Contar con un Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento.
- b) Constituir un Comité Paritario de higiene y seguridad
- a) Contar con una sala cuna para que las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo

5.4. ¿Contiene la legislación algún componente que signifique estímulo para la constitución de sindicatos que afilien a trabajadores de la microempresa?

No la contiene.

⁹ Art. 506. Las infracciones a este Código y sus leyes complementarias, que no tengan señalada una sanción especial, serán sancionadas de conformidad a lo dispuesto en los incisos siguientes, según la gravedad de la infracción. Para la micro empresa y la pequeña empresa, la sanción ascenderá de 1 a 10 unidades tributarias mensuales. Tratándose de medianas empresas, la sanción ascenderá de 2 a 40 unidades tributarias mensuales. Tratándose de grandes empresas, la sanción ascenderá de 3 a 60 unidades tributarias mensuales. En el caso de las multas especiales que establece este Código, su rango se podrá duplicar y triplicar, según corresponda, si se dan las condiciones establecidas en los incisos tercero y cuarto de este artículo, respectivamente y de acuerdo a la normativa aplicable por la Dirección del Trabajo.

¹⁰ Art. 506 ter. Código del Trabajo. Tratándose de micro y pequeñas empresas, y en los casos en que el afectado no hubiere recurrido de conformidad a los artículos 503 y 511 de este Código, el inspector del trabajo respectivo autorizará, a solicitud del sancionado, y sólo por una vez en el año respecto de la misma infracción, la sustitución de la multa impuesta por alguna de las modalidades siguientes:

1. Si la multa impuesta es por infracción a normas de higiene y seguridad, por la incorporación en un programa de asistencia al cumplimiento, en el que se acredite la corrección de la o las infracciones que dieron origen a la sanción y la puesta en marcha de un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo. Dicho programa deberá implementarse con la asistencia técnica del organismo administrador de la ley N° 16.744, al que se encuentre afiliada o adherida la empresa infractora y deberá ser presentado para su aprobación por la Dirección del Trabajo, debiendo mantenerse permanentemente a su disposición en los lugares de trabajo. La presente disposición será igualmente aplicada por la autoridad sanitaria que corresponda, en aquellos casos en que sea ésta quien aplique la sanción.

2. En el caso de multas no comprendidas en el número anterior, y previa acreditación de la corrección, de la o las infracciones que dieron origen a la sanción, por la asistencia obligatoria del titular o representante legal de la empresa de menor tamaño, o de los trabajadores vinculados a las funciones de administración de recursos humanos que él designe a programas de capacitación dictados por la Dirección del Trabajo, los que tendrán una duración máxima de dos semanas.

La solicitud de sustitución deberá presentarse dentro del plazo de treinta días de notificada la resolución de multa administrativa.

Autorizada la sustitución de la multa de conformidad a lo dispuesto precedentemente, si el empleador no cumpliera con su obligación de incorporarse en un programa de asistencia al cumplimiento o de asistencia a programas de capacitación, según corresponda, en el plazo de 60 días, procederá al aumento de la multa original, el que no podrá exceder de un 25 por ciento de su valor

5.5. En la práctica, ¿Existen sindicatos que representen a los trabajadores de la microempresa?

De acuerdo a la última encuesta laboral realizada por la Dirección del Trabajo, el año 2011, existe un aumento en la proporción de microempresas con trabajadores sindicalizados, en comparación con el estudio precedente, realizado en 2008.

En efecto, en 2008 el porcentaje alcanzaba el 0,7% mientras que, en 2011, aumentó a un 1,6%, es decir, se registra una variación en las microempresas con trabajadores sindicalizados de más de un cien por ciento.

Hay que considerar, a efectos de entender la baja presencia sindical en las empresas de menor tamaño, que, entre factores marcados por la inestabilidad laboral y la informalidad, se encuentra la limitación que la propia ley establece para la creación de sindicatos, requiriendo un mínimo de 8 trabajadores para la creación de una organización colectiva.

En cuanto a la cantidad de sindicatos por microempresa, no superan las dos organizaciones, a diferencia de la pequeña empresa, donde, de las 1.469 estudiadas, existen 16 en las que existen más de 3 sindicatos.

Ahora bien, sobre el tipo de sindicato que puede presentarse en la microempresa, el artículo 216 del Código del Trabajo contempla una clasificación abierta y ejemplar de los tipos de organizaciones sindicales que se pueden constituir, la que sin embargo, en la práctica, limita los tipos de sindicatos que se forman en el país.

Sobre los microempresarios, se pueden presentar sindicatos de empresa, para lo cual requieren 8 trabajadores (hay que considerar que la calificación de microempresa supone un límite de 9 trabajadores); sindicato interempresa, que requiere que, entre a lo menos dos empresas, se reúnan 25 trabajadores o, dependiendo del giro del negocio, sindicatos de trabajadores transitorios o eventuales.

5.6. ¿Negocian colectivamente?

Por mandato constitucional, existe el derecho a negociar colectivamente, como derecho fundamental.

En materia de negociación colectiva, las microempresas se someten a igual tratamiento que el resto de los empleadores. En Chile se regulan tres tipos de negociación colectiva que se distinguen entre sí por la presencia o ausencia de formalidades:

- a) Negociación colectiva reglada;
- b) Semi reglada y
- c) No reglada.

Mientras que en la negociación colectiva reglada existen plazos y requisitos procesales que deben cumplirse desde antes de la presentación del proyecto de contrato

colectivo y hasta la huelga, en la no reglada no hay estructuras ni tiempos predefinidos, por lo que las partes pueden negociar libremente hasta lograr acuerdo. La semi reglada, en tanto, se aplica con formalidades mas limitadas y está dirigida a grupos pequeños de trabajadores que se unen para negociar y, a su vez, a los trabajadores agrícolas de temporada.

De la forma como se presenta la huelga en la negociación colectiva y del escaso apoyo que la jurisprudencia entrega a la prohibición que, por ley, tiene el empleador de reemplazar trabajadores en huelga, se genera una notoria debilidad en el plano negociador, por parte de los sindicatos pequeños, frente a la empresa. En el caso de la negociación no reglada, no hay derecho a huelga ni fuero por el proceso negociador.

Por último, desde el punto de vista del órgano negociador, los sindicatos interempresas, requieren, para poder negociar en bloque con las empresas que reúne por sus afiliados, el consentimiento de estas. Caso contrario, deberán negociar con cada una de ellas, por separado, con un evidente debilitamiento de las bases.

5.7. ¿Ejercitan el derecho de huelga?

Solo si negocian bajo el procedimiento reglado, referido en el punto anterior.

5.8. El empresario de la microempresa (emprendedor) es tratado como empleador o como trabajador, para efectos de la seguridad social? ¿O es al mismo tiempo empleador y trabajador, para efectos contributivos y como derecho-habiente? ¿Tributa como empresa o como persona natural?

Para efectos previsionales, el empleador (entendiendo que se refiere a aquel que es persona natural) se considerará trabajador independiente y tributará como tal.¹¹

Por el contrario, si el empleador está constituido como una persona jurídica, tributará en dicha categoría y, claro está, no le será aplicable la seguridad social.

6. INFORMALIDAD

6.1. ¿Cuál de las siguientes definiciones de “informalidad” se ajusta mejor a la imperante o acogida en su país?

“Actividades que se ejercen al margen de las regulaciones laborales, impositivas y de la seguridad social, en gran medida ilegales o no reguladas”

“Actividad de bajos niveles de calificación e inversión requeridos para su desempeño”

¹¹ Artículo 3 Código del Trabajo.

“Submodo de producción específico que reúne a las unidades de escasa capacidad de acumulación”

La primera de ellas.

6.2. ¿Hay alguna otra definición en su país que caracterice mejor al sector informal?

Originalmente, la informalidad se ligaba a los trabajadores por cuenta propia y a la empresa, centrándose en requisitos que esta debía cumplir, como una escasa cantidad de trabajadores, poco capital etc. Sin embargo, en la actualidad, la definición de informalidad se distingue en dos claros escenarios:

- a) Informalidad del empresario, de la empresa o del sector
- b) Informalidad del trabajador

En ese escenario, podemos encontrar microempresarios que incurren en informalidad al no tener diferenciación entre el capital de su empresa y el propio como persona natural. Ello puede deberse a factores económicos, culturales o de simple incumplimiento.

Luego, podemos encontrar sectores o actividades que son esencialmente informales y que utilizan trabajadores en condiciones precarias. Hablamos, por ejemplo, del trabajo en ferias libres, carros de comida, pesca artesanal, pequeña minería, entre otros.

Por último, nos presentamos frente a la realidad de trabajadores que están en informalidad, sea porque se desempeñan en una empresa o actividad informal, sea porque se desempeñan en una empresa formal que los mantiene en una situación ilegal.

La informalidad, en ese sentido, no se ve tan solo por la falta de cotización en el sistema previsional o la falta de escrituración del contrato de trabajo, sino que se ve también en la cotización por un monto de remuneración menor del que recibe, por el pago real de una remuneración inferior al ingreso mínimo, no obstante figurar tal en las liquidaciones de remuneraciones etc.

Ahora bien, no obstante no existir en Chile una definición oficial que se haya instituido, para la informalidad, parece apropiado aportar que la definición planteada, sin bien recoge elementos de informalidad, no incorpora aquella que se manifiesta en el incumplimiento de los derechos del trabajador, cuando la relación se da dentro de un aparente escenario de laboralidad, lo cual posibilitaría la extensión en el escenario de propuestas y fiscalización.

6.3. Estadísticamente, ¿en cuánto se estima la incidencia de la informalidad en la economía nacional? ¿Y en el empleo?

El Instituto Nacional de Estadísticas no realiza una investigación sobre la informalidad laboral, por lo que no es posible determinar el grado de incidencia. Serán solo especulaciones de informaciones no oficiales. En todo caso, de acuerdo a la Cepal, Chile, junto con Costa Rica, Argentina y Uruguay, presentarían los índices más bajos de informalidad laboral de la región

La OIT nos entrega una estadística donde es posible, en una labor de exclusión, tener un panorama evolutivo de trabajos que podrían entenderse como empleo informal, en la última década.¹²

	Categoría Ocupacional												
	Asalariados				No Asalariados						Servicio Doméstico	Trabajadores Familiares Auxiliares	Otros
	Total	Público	Privado		Total	Patronos		Independientes					
			Establecimientos de 5 o menos trabajadores	Establecimientos de 6 y más trabajadores		Establecimientos de 5 o menos trabajadores	Establecimientos de 6 y más trabajadores	Profesionales, técnicos o administrativos	No profesionales, técnicos o administrativos				
2000													
TOTAL	65,2	10,7	7,7	46,8	27,6	1,8	1,4	1,3	23,1	5,0	2,3	0,0	
Hombre	67,4	8,5	8,6	50,3	30,8	2,0	1,7	1,2	25,9	0,1	1,6	0,0	
Mujer	60,6	15,3	5,8	39,5	20,9	1,2	0,6	1,5	17,5	14,9	3,6	0,0	
2007													
TOTAL	67,6	9,8	7,2	50,6	26,2	1,8	1,3	1,4	21,7	4,3	1,8	0,0	
Hombre	70,1	7,4	7,8	54,9	28,6	2,1	1,7	1,3	23,4	0,2	1,2	0,0	
Mujer	63,2	14,2	6,1	42,8	22,0	1,2	0,5	1,6	18,6	11,9	3,0	0,0	
2008													
TOTAL	69,0	9,9	7,6	51,5	25,2	1,7	1,2	1,4	20,8	4,1	1,7	0,0	
Hombre	71,6	7,3	8,2	56,1	27,1	2,0	1,6	1,2	22,3	0,1	1,1	0,0	

¹² Organización Internacional del Trabajo. Panorama Laboral 2012 América Latina y el Caribe. Oficina regional para América Latina y el Caribe, 2012, p.83.

Mujer	64,4	14,4	6,5	43,5	21,7	1,2	0,6	1,6	18,4	11,1	2,7	0,0
2009												
TOTAL	68,3	10,2	7,4	50,7	26,0	1,6	1,1	1,5	21,8	4,1	1,7	0,0
Hombre	70,8	7,7	8,1	54,9	28,1	1,9	1,5	1,4	23,2	0,1	1,1	0,0
Mujer	64,0	14,3	6,2	43,5	22,5	1,2	0,5	1,6	19,3	10,8	2,7	0,0
2010												
TOTAL	68,8	10,5	7,6	50,7	25,0	3,1	1,6	1,8	18,5	4,7	1,5	0,0
Hombre	72,3	8,0	8,6	55,6	26,5	3,7	2,1	2,1	18,6	0,3	1,0	0,0
Mujer	63,4	14,4	6,1	42,9	22,7	2,1	0,7	1,5	18,3	11,6	2,3	0,0
2011												
TOTAL	68,7	10,0	7,2	51,5	25,0	3,0	1,6	2,1	18,4	4,9	1,4	0,0
Hombre	73,0	7,7	8,1	57,1	25,8	3,5	2,2	2,3	17,8	0,4	0,8	0,0
Mujer	62,3	13,5	5,7	43,0	23,8	2,2	0,6	1,7	19,2	11,7	2,2	0,0

6.4. ¿Existe una política, plan o programa orientado a la formalización de las actividades informales? ¿Cuáles son los componentes del mismo?

Existen, como se señaló precedentemente, políticas de incentivo para las empresas familiares, que persiguen, mediante el abaratamiento de costos en los tramites y la simplificación de los mismos, atraer a estos grupos informales a la tributación y, consecuentemente, al control por parte del Estado.

Paralelamente, las labores de fiscalización, tanto de la Dirección del Trabajo como de los demás órganos facultados y vinculados a la seguridad social, permiten salvaguardar, en cierta medida, la informalidad con los trabajadores, sin embargo, la ausencia de documentación y respaldo de las actividades dificulta de sobremanera determinar, a ciencia cierta, cual es la real magnitud del incumplimiento y poder así, forzar la regularización de las condiciones de empleo.

Luego, la reforma procesal laboral permite, a su vez, un acceso pronto a la justicia que incentiva las acciones de reclamación por informalidad laboral, las que, normalmente, se presentan al termino del vinculo, aunque, en el evento de demandarse durante su existencia, la Ley ampara al trabajador con una garantía de indemnidad, que lo

protege de represalias por parte del empleador, mediante una indemnización adicional a la que le corresponda por el despido.

No existe un programa de estado destinado a la formalización en su globalidad. Se realizan acciones en distintos sectores, orientadas a diversos aspectos, sin que exista necesariamente un trabajo coordinado entre los mismos. Principalmente se centra en la Dirección del Trabajo la adopción de políticas contra la informalidad, que aplica de manera permanente en los sectores donde se presenta una mayor vulnerabilidad laboral.