

**IX CONGRESO REGIONAL AMERICANO
DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
GUAYAQUIL OCTUBRE 2013
REPORTE GENERAL TEMA III
EL TRABAJADOR AUTÓNOMO: SU RÉGIMEN LEGAL Y LA EXTENSION AL
MISMO DE NORMAS E INSTITUCIONES DEL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**
Mario Pasco Cosmópolis()*

NOTA LIMINAR

Para la preparación del Reporte General sobre el Tema III del IX Congreso Regional Americano de y de la Seguridad Social (Guayaquil, octubre 2013), se ha contado con los siguientes Informes Nacionales y sus respectivos autores:

Argentina	Hugo Víctor Caimani, Francisco Costa, Elvira Germano, Máximo Levi y Mariano Serralunga
Brasil	Rodrigo Fortunato Goulart
Colombia	Luis Guillermo Cubillos Velandria
Chile	Rocío de la Pastora Zavala
Ecuador	Sabino Hernández y Flor Espinoza
Estados Unidos	Stephen F. Befort
México	Luis Díaz Mirón
Uruguay	Alvaro Rodríguez Azcue y Rodrigo Vásquez Pepe
Venezuela	Óscar Hernández Álvarez.

El presente Reporte General está basado y se ha enriquecido con dichos aportes, y por lo tanto su contenido debe ser necesariamente complementado con el de los informes nacionales, que en general son tan ricos en información y conceptos que tratar de recogerlos en su integridad sería imposible, en la brevedad y necesaria concisión de este Reporte, pero al mismo tiempo no pueden ni deben quedar marginados u olvidados.

El autor de este Reporte recomienda encarecidamente el estudio de cada uno de dichos Informes Nacionales, que forman parte integrante del presente documento.

(*) Catedrático principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Ex Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

**IX CONGRESO REGIONAL AMERICANO DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
GUAYAQUIL OCTUBRE 2013**

**TEMA III
REPORTE GENERAL
EL TRABAJADOR AUTÓNOMO: SU RÉGIMEN LEGAL Y LA EXTENSION AL
MISMO DE NORMAS E INSTITUCIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Mario Pasco Cosmópolis

“Si el derecho da las espaldas a la realidad, la realidad terminará por dar las espaldas al derecho.”

Eduardo J. Couture

INTRODUCCIÓN

La primera cuestión que se afronta al examinar la relación entre el Derecho del trabajo y el trabajo autónomo es la propia definición de éste. Habida cuenta de que el Derecho del trabajo, desde sus orígenes, hizo de la subordinación el elemento cardinal para establecer y delimitar su propio espacio, la definición del trabajo autónomo, y por ende marginal, era por vía negativa, tautológica a la inversa: trabajo autónomo es el que no es subordinado e independiente el que no es dependiente.

Tal método de definición no resulta extravagante a nuestra disciplina. Recuérdese la ponencia de Efrén Córdova al V Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social (Caracas, 1985) respecto del contrato atípico: el que no es típico; o el caso más reciente de los derechos inespecíficos: los que no son específicamente laborales, aunque, como es natural, venían acompañados en todos los casos de una definición en regla.

Porque una definición por lo simplemente contrario no resulta satisfactoria ni suficiente, de modo que es necesario escudriñar un poco más para poder delimitar el campo de nuestras pesquisas.

Partimos por lo obvio y ya adelantado: el Derecho del trabajo se estructuró desde sus orígenes en torno al trabajo subordinado; la subordinación fue siempre el elemento esencial de diferenciación con otros órdenes del trabajo humano, básicamente los múltiples del trabajo independiente.

Podemos discutir cualquier definición que se intente respecto de lo que es subordinación, pero parecería haber consenso en lo fundamental: es el sometimiento del trabajador a la dirección

del empleador, manifestada en las facultades, que algunos llaman poderes, atribuidos a éste: normativa, directriz y disciplinaria.

A partir de ello y en los tiempos más recientes, se han presentado dos fuerzas antagónicas: centrífuga, de quienes buscan reducir el campo del Derecho laboral, a través de la creación y utilización de variadas formas contractuales que se sitúan en la periferia o abiertamente fuera de dicho campo, y centrípeta, de quienes buscan más bien ensanchar ese campo de acción e incorporar dentro de sus alcances a más categorías de laborantes, cuyas prestaciones no encuadran exactamente dentro del concepto de subordinación, pero cuya posición social y situación económica los ubican dentro del mismo escenario que el trabajador común.

Parasubordinación la han denominado los italianos; *trabajo autónomo económicamente dependiente*, los españoles; *eigenverantwortlicher arbeiter* o *autonomen arbeiter* los alemanes.

La proliferación de estas aproximaciones revela que la cuestión es actual y central, a tal punto que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha adoptado en la Conferencia de 2006, después de arduas deliberaciones, la Recomendación N° 198 sobre la relación de trabajo.

Se trata, en buena cuenta de definir o repensar las fronteras del Derecho del trabajo, como las caracterizara el maestro Américo Plá Rodríguez en su célebre Conferencia Inaugural del V Congreso Regional Americano de de la Seguridad Social- Lima 2001⁽¹⁾

I. EL NUDO DE LA CUESTION: LA(S) FRONTERA(S) DEL DERECHO LABORAL

Decía Plá, y conviene recordarlo:

“El viene siendo combatido con fervor, imaginación y tenacidad por quienes pretenden hacerlo desaparecer. Es como la revancha de la lucha ideológica que se libró al comienzo del siglo XX y que ahora, en los primeros años del siglo XXI quiere volverse a repetir con el ánimo de cambiar el resultado. De la lucha del comienzo del siglo anterior surgió el Derecho del trabajo. Y de la lucha del inicio de este siglo se quiere destruirlo, hacerlo desaparecer o cambiarlo sustancialmente”.⁽²⁾

Ese combate, según el maestro uruguayo, se plantea en un plano cuantitativo y en otro cualitativo. En el terreno cuantitativo, uno de los fenómenos de enorme dimensión es la difusión del trabajo informal, cuestión que guarda íntima relación con el tema de este Informe, por lo que le reservaremos un espacio propio.

Dentro del terreno cualitativo está la evolución producida por la globalización, que repercute poderosamente en la protección que ofrece el Derecho laboral. El primer efecto es, en muchos casos, una mayor inseguridad de las personas, como lo pone claramente de manifiesto el caso de los falsos independientes o de los trabajadores precarios invitados a no sindicarse. El segundo efecto es la extensión de una zona gris situada entre el trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena. Unas personas o unas empresas subcontratantes jurídicamente independientes son a veces económicamente dependientes de uno o de varios clientes o

⁽¹⁾ PLA RODRÍGUEZ, Américo: *Repensar las fronteras del Derecho del trabajo y reafirmar sus principios*, publicada también en revista Derecho laboral N° 204, Montevideo, Octubre-Diciembre 2001.

⁽²⁾ *Ibid.*, p. 655-656.

contratantes, a la inversa, hay trabajadores jurídicamente dependientes que se parecen cada vez más en la realidad a los trabajadores autónomos.⁽³⁾

En un puñado de frases aparece definido el problema, que es la materia cenital del presente Reporte General.:

I.1 LA SUBORDINACIÓN COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA RELACION DE TRABAJO Y, POR ENDE, DE LA EXCLUSION DEL TRABAJO INDEPENDIENTE DE LA ÓRBITA DEL DERECHO LABORAL

El tema viene siendo quizás el que mayores inquietudes y mayor número de estudios académicos ha venido teniendo en los últimos tiempos.

Acaso el análisis más concienzudo sea el elaborado por los profesores Ermida y Hernández en su conocida “Crítica de la subordinación”.⁽⁴⁾

Luego de recordar que el concepto de subordinación como factor fundamental de delimitación del Derecho laboral fue propuesta por Barassi en los albores mismos de la formación de la disciplina, y de destacar que la doctrina latinoamericana la acepta de manera generalizada, señalan también que buena parte de ella, “aún reafirmando el carácter esencial de la subordinación, considera que ésta no es un factor exclusivo para tal determinación, sino que puede estar acompañada de otros, tales como el carácter personalísimo, la voluntariedad, la ajenidad y la onerosidad del trabajo.”

Recuerdan que los cuestionamientos a la subordinación como elemento único vienen desde siempre, como ya advertía Rafael Caldera en la década de los años treinta del pasado siglo, pero que recientemente han surgido nuevos cuestionamientos, cualitativamente diferentes y con una significación más profunda, ya que los primeros se inscribían en la línea de expandir las fronteras, en tanto que las tendencias más recientes representan una “fuga, huida o emigración del Derecho laboral”, desarrollada “escudándose en reales o presuntas necesidades tecnológicas, de competitividad o de organización del trabajo, pero sin duda buscando o teniendo como efecto la colocación de un trabajador fuera del ámbito de aplicación del Derecho laboral.”⁽⁵⁾

A lo que agregan que muchas de estas figuras apuntan a ocultar la subordinación, dando la apariencia de independencia, entre las que señalan el socorrido recurso al contrato de arrendamiento de servicios, “que siempre existió respecto de algunas formas de trabajo autónomo, especialmente de algunos profesionales universitarios, pero que en los últimos años se ha vuelto muchos más frecuente, operándose lo que se califica como <discreto retorno del arrendamiento de servicios>”; la constitución de trabajadores como <empresas unipersonales>; el contrato de distribución o flete, etc.

Un concepto para unos sustitutorio y para otros complementario de la subordinación es la ajenidad, creado y desarrollado por la doctrina española, en especial por Manuel Alonso Olea. En el contrato de trabajo, es valor asumido que el producto del mismo corresponde originariamente al empleador (“nace ya de propiedad del patrono”, dicen Ermida y

⁽³⁾ *Ibid.*, p. 656- 657

⁽⁴⁾ ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar: *Crítica de la subordinación*, en revista Derecho laboral N° 206, Montevideo, Abril-Junio 2002.

⁽⁵⁾ *Ibid.*, p. 233.

Hernández), que es quien asume los riesgos propios del negocio. En la doctrina española tal concepto tiene especial relevancia, pues “muchos de sus exponentes ven en la ajenidad, que no en la subordinación, el elemento esencial diferenciador del contrato de trabajo y, consecuentemente, el hito fundamental que marca la frontera del con otras disciplinas. La dependencia, dice Alonso Olea, <no es un dato o carácter autónomo, sino un derivado o corolario de la ajenidad. En efecto, aquella potestad de dar órdenes no tiene otra justificación ni explicación posible como no sea la de que los frutos del trabajo pertenecen a otro>.”⁽⁶⁾

Hay, finalmente, otro elemento al cual también se recurre: la dependencia económica, lo que de algún modo se engarza con la posición que, más de medio siglo atrás enarbolaba Antonio F. Cesarino Jr.: la hiposuficiencia, pues el Derecho del trabajo debería aplicarse a todo aquel que obtiene de su trabajo lo indispensable para su subsistencia.

La cuestión en los informes nacionales

El debate ha transitado por la esfera académica, pero no trascendido a las legislaciones. Así lo denotan los informes recibidos, que coinciden casi unánimemente en que la subordinación sigue siendo el elemento esencial característico para diferenciar el trabajo objeto del Derecho del trabajo y el trabajo autónomo o independiente, que queda fuera de su órbita.

En la casi totalidad de e países, la nota diferencial es la subordinación: en algunos (México, Uruguay) utilizada como sinónimo de dependencia, con el uso de la conjunción disyuntiva “o”: subordinación o dependencia, mientras en Venezuela, como concepto complementario, combinando subordinación jurídica y dependencia económica. En ningún país se utiliza la sola dependencia como elemento relevante, y la ajenidad aparece en la doctrina, pero sin reflejo en la legislación.

En el amplio análisis que sobre la cuestión hace el informe brasileño, al compás de la doctrina del país, distingue entre la subordinación jurídica subjetiva (autoridad del empleador) y la dependencia (situación en que se encuentra el trabajador, resultante de la limitación contractual de la autonomía de su voluntad, con el fin de transferir al empleador el poder dirección sobre la actividad que desempeñará).

Serían las dos caras de la moneda: la subordinación activa, en tanto que atributo o conjunto de atributos de que está dotado el empleador, y que configuran su poder directriz, y la limitación de voluntad –y propiamente de la libertad – a que se ve sometido el trabajador.

En Argentina “resulta en evidencia que la noción de dependencia laboral desempeña un rol protagónico...desde que ha sido definitiva a la hora de delimitar” la aplicación del Derecho del trabajo, y que genera una presunción *iuris tantum* de la existencia de la relación de trabajo, pero que, sin embargo, “la imprecisión técnica de la subordinación ha dado lugar a la proposición de otros criterios que han provocado que la subordinación sea tratada tradicionalmente como un concepto multifacético”, por ejemplo: la ajenidad en sus diversas variantes, la inserción en la organización empresarial, la dependencia económica, técnica y jurídica.

⁽⁶⁾ *Ibid.*, p. 240.

En la mayoría de países la subordinación como elemento diferenciador proviene de la legislación y es recogido abundantemente por la jurisprudencia.

En Uruguay es creación jurisprudencial, que tanto en ese país como en Argentina y Brasil resulta enriquecida por la doctrina nacional.

Como conclusión, podemos afirmar que la subordinación sigue siendo el elemento esencial que separa el trabajo objeto del Derecho del trabajo (trabajo subordinado) del trabajo autónomo o independiente, no comprendido dentro de los alcances de aquel, con los matices que observaremos más adelante.

II. LA DEFINICION DEL TRABAJO INDEPENDIENTE

Como observó en su momento Ermida ⁽⁷⁾, hace tres décadas “los laboristas definen al trabajador independiente, en gran medida, por oposición al trabajador dependiente o subordinado”.

No obstante lo expuesto, la Organización Internacional del Trabajo, a través de la Resolución sobre la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE 93), y a efectos de caracterizar al empleo con finalidad fundamentalmente estadística, lo clasifica con arreglo al tipo de contrato de trabajo del titular – implícito o explícito - con otras personas u organizaciones.

Los criterios básicos que utiliza la OIT para definir los grupos de la clasificación del empleo son: 1. el tipo de riesgo económico – donde un elemento lo constituye la solidez del vínculo entre la persona y el empleo; y 2. el tipo de autoridad que tienen o tendrán los titulares sobre los establecimientos y sobre otros trabajadores

Empleos independientes: Son aquellos empleos en los que la remuneración depende directamente de los beneficios (o del potencial para realizar beneficios) derivados de los bienes o servicios producidos (en estos empleos se considera que el consumo propio forma parte de los beneficios). Los titulares toman las decisiones operacionales que afectan a la empresa, o delegan tales decisiones, pero mantienen la responsabilidad por el bienestar de la empresa. (En este contexto, la “empresa” se define de manera suficientemente amplia para incluir a las operaciones de una sola persona).

Empleadores: Son aquellos trabajadores que, trabajando por su cuenta o con uno o más socios, tienen el tipo de empleo definido como “empleo independiente” y que, en virtud de su condición de tales, han contratado a una o varias personas para que trabajen para ellos en su empresa como “empleados” a lo largo de un período continuo que incluye el período de referencia.

Trabajadores por cuenta propia: Son aquellos trabajadores que, trabajandopor su cuenta o con uno o más socios, tienen el tipo de empleo definida como “empleo independiente” y no han contratado ningún “empleado” de manera continua para que trabaje para ellos durante el período de referencia. Cabe notar que durante el periodo de referencia los miembros de este grupo pueden haber contratado “empleados” siempre y cuando lo hagan de manera continua”.

⁽⁷⁾ Citado por RODRIGUEZ, AZCUE, Álvaro y VAZQUEZ PEPE, Rodrigo en el *Informe Nacional de Uruguay*, p.1

Miembros de cooperativas de productores: Son los trabajadores que tienen un “empleo independiente” en una cooperativa que produce bienes y servicios, en la que cada miembro participa en pie de igualdad con los demás miembros en la determinación de la organización de la producción y en las demás actividades del establecimiento en las inversiones y en la distribución de los beneficios del establecimiento entre los miembros.

Trabajadores familiares auxiliares: Son aquellos trabajadores que tienen un “empleo independiente” en un establecimientos con orientación de mercado, dirigido por una persona de su familia que vive en el mismo hogar, pero a la que no puede considerarse como socia, debido a que el nivel de dedicación, en términos de tiempo de trabajo u otros factores que deben determinarse de acuerdo con circunstancias nacionales, no es comparable con aquel del jefe del establecimiento.

Así mismo, y por la misma razón, se adopta las siguientes definiciones

Trabajador Independiente: La persona que explota su propia empresa o negocio, o ejerce por su cuenta una profesión u oficio, sin tener a su 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 más trabajadores remunerados (empleados u obrero).

La definición en los informes nacionales

Con el objeto de tener pautas comunes y homogeneizar los informes nacionales, se les propuso adoptar convencionalmente los criterios expuestos, y en todos ellos, algunos matices, los conceptos adoptados por la OIT resultan válidos.

En el informe venezolano se formulan algunas observaciones críticas, que encuentran contradicción en las definiciones por cuanto primero se exige que no se tenga contratado ningún trabajador de manera continua, y luego se señala que los trabajadores por cuenta propia pueden haber contratado empleados, siempre y cuando no lo hagan de manera continua. De modo oblicuo y tal vez no intencional, esta crítica conduce hacia el tema que consideramos vital para el presente informe: la microempresa, en la que coexisten en una misma persona dos condiciones, una jurídica y otra real: ser empleador y trabajador al mismo tiempo.

El tema merecerá el más amplio tratamiento más adelante.

II.1. LAS ZONAS GRISES

La frontera entre el trabajo subordinado y el independiente es porosa. Hay numerosas zonas grises, en las que resulta difícil discernir si se trata de uno o del otro, y situaciones que bien podrían ubicarse en cualquiera de los sectores y hasta en ambos, como el teletrabajo. El epítome de tal situación es la para subordinación, así membretada por la doctrina italiana, que

recurre al prefijo de origen latino *para* cuyo equivalente español es el adverbio *casi*: el trabajo para subordinado es casi-trabajo, desde la perspectiva obviamente del Derecho laboral

La parasubordinación

La dependencia económica ha recobrado importancia y recuperado espacio a raíz de la aparición de una nueva categoría jurídica: la parasubordinación, según la doctrina italiana, o el trabajo autónomo económicamente dependiente, según la nomenclatura española.

Ermida y Hernández sintetizan esta nueva dimensión.⁽⁸⁾

La existencia de personas que sin estar sujetas a una relación de trabajo subordinado, prestan una colaboración continua y coordinada a la empresa y que, por razones fácticas y de desnivel económico, contratan sus servicios con ésta en condiciones de inferioridad, ha suscitado, desde tiempo atrás, el interés de los estudiosos del tema e, incluso, de algunas legislaciones. Contratos civiles o mercantiles, como el de obras, prestación de servicios profesionales, transporte, mandato, comisión, agencia, etc., pueden dar lugar a situaciones como la descrita, en la cual, quien contrata con la empresa, aún no estando en un sentido técnico jurídicamente subordinado a la misma, se encuentra en una situación de inferioridad que impide el ejercicio de una efectiva libertad negocial. Esta situación de debilidad contractual de los trabajadores autónomos que ejercen una colaboración continua y coordinada con la empresa, ha sido objeto de un particular tratamiento por parte de la doctrina italiana, que ha desarrollado el concepto de «parasubordinazione», para referirse a esta particular situación, la cual fue objeto de una específica tutela legislativa en la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1973. Su artículo 409 n.3 sujetó la solución extrajudicial y el trámite judicial de los conflictos de los trabajadores autónomos que desarrollen una actividad prevalentemente personal de colaboración coordinada y continuativa con la empresa, es decir los «parasubordinati», a las mismas normas aplicables a los trabajadores subordinados. Esta norma tutelar, aún cuando de alcance parcial, por cuanto no pretende que todas las normas sustantivas del trabajo subordinado, es decir las del derecho laboral, se apliquen a los así llamados «trabajadores parasubordinados», sino solo algunas de ellas, ha dado lugar a un amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinal alrededor de la idea de la «parasubordinación».

A impulso de la doctrina, España ha adoptado la Ley 20/2007 11 de julio de 2007 cuya rúbrica es Estatuto del Trabajo Autónomo.

Dicho Estatuto definió a los trabajadores autónomos económicamente dependientes como aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

Las notas que los definen son:

a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes.

⁽⁸⁾ Ob. Cit. pp. 244 y 245.

- b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.
- c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.
- d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.
- e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.

El trabajador autónomo que reúne las condiciones establecidas puede solicitar a su cliente la formalización de un contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente a través de una comunicación fehaciente.

Los derechos laborales (o paralaborales) reconocidos son una vacación de 18 días hábiles, eufemísticamente denominada, interrupción de la actividad anual, debiendo en el contrato individual o acuerdo de interés profesional determinarse el régimen de descanso semanal y el correspondiente a los festivos, la cuantía máxima de la jornada de actividad y, en el caso de que la misma se compute por mes o año, su distribución semanal. El horario de actividad debe procurar adaptarse a los efectos de poder conciliar la vida personal, familiar y profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente.

En lo jurisdiccional, son competentes para conocer las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre un trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente, así como para las solicitudes de reconocimiento de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente, los órganos jurisdiccionales del orden social.

La cuestión en los informes nacionales

En ninguno de los países americanos hay un tratamiento semejante o equivalente. La parasubordinación es concepto que manejan los juristas pero no los legisladores.

El teletrabajo

El trabajo a domicilio - contrato laboral atípico en tanto que la labor se desarrolla, no en el taller o centro de trabajo del empleador, sino en el domicilio del propio trabajador - ha estado referido tradicionalmente a tareas manuales, y de entre ellas a las vinculadas con actividades bastante específicas: confección de prendas de vestir o de zapatería, y similares, en las que la inversión en equipamiento es mínima y se limita a máquinas, como las de coser por ejemplo, aptas tanto para la producción artesanal o preindustrial como para el servicio del propio hogar.

En los tiempos recientes, empero, esta modalidad ha adquirido nuevas y muy modernas manifestaciones, que se asientan en los más avanzados adelantos tecnológicos y la proyectan hacia un futuro muy prometedor y en gran medida todavía inescrutable: el “teletrabajo”, que intervincula al trabajador, a su empleador e incluso a los usuarios finales, separados físicamente por enormes distancias, a través de y mediante los ultramodernos sistemas informáticos y de comunicación *on line* interactiva

Como señala la OIT⁽⁹⁾, “El rasgo común del teletrabajo y el trabajo a domicilio es que la actividad se lleva a cabo en el domicilio del trabajador. Se diferencian en que el primero presupone la utilización de medios electrónicos de comunicación, lo cual no excluye...la realización de tareas repetitivas”

El trabajo a domicilio genera relación laboral entre el laborante y el empleador, sea este último el productor de los bienes y servicios finales o intermediarios, subcontratista o agente, siempre que estos últimos se encuentren debidamente registrados. Empero, no está comprendido en esta modalidad el realizado en taller de familia o trabajo familiar, como tampoco el que realizan los trabajadores domésticos o del hogar, ni el autónomo.

El teletrabajo - conocido también como trabajo a distancia, periférico o remoto - es definido ⁽¹⁰⁾ como “el trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en condiciones de comunicarse con ellos por medio de las nuevas tecnologías”. Esta definición pone de relieve y entrelaza tres conceptos principales: organización, implantación y tecnología. Tres son, a su vez, en opinión de Luca Pavan, los puntos clave: “la distancia de la oficina, las facilidades de comunicación, y la utilización de nueva tecnología”⁽¹¹⁾

Roger Blanpain¹², a su vez, define el “teletrabajo” como “toda forma de trabajo desarrollada, por cuenta de un empresario o un cliente, por un trabajador dependiente, un trabajador autónomo o un trabajador a domicilio, que es efectuada regularmente y por un período importante del tiempo de trabajo desde una o más localidades diversas del puesto de trabajo tradicional, utilizando tecnología informática y/o de telecomunicaciones”; definición que coloca el énfasis en las variedades de relación posibles: dependiente, autónomo, domiciliario.

Di Martino y Wirth ⁽¹³⁾ recogen una diversidad de formas de prestación del teletrabajo: (1) Trabajo electrónico a domicilio, que es la modalidad más común: el teletrabajo se ejecuta en el domicilio propio con el uso de las nuevas técnicas de informática y comunicación. (2) Centros satélites, que son “unidades separadas en el seno de una empresa, geográficamente alejadas de la casa central, pero en permanente comunicación electrónica con la misma”. (3) Centros vecinales, que “proporcionan instalaciones informáticas compartidas por diversos usuarios y pertenecer a diversas empresas o empresarios individuales que trabajan por cuenta propia. Se hallan emplazados cerca del domicilio de los trabajadores y también pueden destinarse a otros fines, como la educación o las compras a distancia, o para actividades de esparcimiento”. (4) Trabajo móvil, que comprende a trabajadores, sobre todo profesionales, que se desplazan continuamente dentro y fuera de un país, pero se mantienen conectados con su empresa a través del correo electrónico.

⁽⁹⁾ OIT: *Perspectivas: ¿Cuál será el porvenir del Trabajo?*. En Revista Internacional del Trabajo. Vol. 115. No 1 (1996). Ginebra. p. 112.

⁽¹⁰⁾ DI MARTINO, Vittorio y WIRTH, Linda: *Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y vida*, en: Revista Internacional del Trabajo, vol. 109, No 4. OIT, Ginebra, p. 471.

⁽¹¹⁾ PAVAN, Luca: *Innovazioni tecnologiche e relazioni industriali nelle PMI: il primo accordo collettivo territoriale sul telelavoro*”, en revista. Diritto delle Relazioni Industriali, número 2/IX-1999, Giuffré Editores, p. 203.

⁽¹²⁾ Cit. por PAVAN, Luca, *ob. cit.*

⁽¹³⁾ *Op. cit.*, p. . 470

Con la mira más centrada en los aspectos laborales de esta modalidad, aquella en que está involucrada de modo inequívoco la actividad personal y directa, Wilfredo Sanguinetti⁽¹⁴⁾ distingue dos formas de teletrabajo en función del grado de coordinación que exista entre el trabajador y el conjunto de las actividad productiva de la empresa:

“Un primer supuesto es aquél en el que dicha coordinación es tan plena como la de los trabajadores ‘internos’”: el ‘teletrabajador’ se encuentra directa y permanentemente en conexión a través de su ordenador con el centro de proceso de datos de la empresa, debiendo permanecer al frente del mismo un número determinado de horas al día, para desarrollar las tareas que le sean indicadas. En esta hipótesis, es claro que el enlace con los ordenadores centrales de la empresa, a modo de cordón umbilical, es la forma como se lleva a cabo la supervisión del trabajador por parte del empleador. El ordenador actúa, así simultáneamente como instrumento de trabajo y como medio de control de la actividad del trabajador, ejerciendo sobre él una vigilancia que puede llegar a ser incluso más intensa que la habitual dentro de la empresa. De allí que la existencia de un vínculo laboral se halle aquí fuera de toda discusión.

Sin embargo - agrega Sanguinetti - la solución no es

“tan clara, cuando lo que se hace es ‘exteriorizar’ determinadas funciones que pueden ser desarrolladas individualmente, sin necesidad de ningún tipo de coordinación o simultaneidad respecto del resto del personal. En este segundo supuesto, la coordinación con la actividad productiva de la empresa puede aparecer bastante más difuminada, dificultando adoptar una decisión acerca de la naturaleza de la relación existente entre las partes.”

La cuestión en los informes nacionales

Al momento de la elaboración de los informes nacionales, en ningún país se había legislado sobre el teletrabajo. Empero, entre ese momento y el de preparación del presente Reporte, Perú lo ha hecho: por Ley N° 30036, se regula el teletrabajo como modalidad especial de prestación de servicios caracterizada por la utilización de tecnologías de la información y telecomunicaciones, y es definido como el desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador (teletrabajador) en la empresa, con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen el control y supervisión de las labores. Se les reconocen los derechos y beneficios de la legislación laboral común.

Empresa Individual de Responsabilidad Limitada

Con ese nombre o uno equivalente ⁽¹⁵⁾, ha surgido en las últimas décadas una figura curiosa, en la que se mezclan atributos de la persona natural y los de la persona jurídica.

⁽¹⁴⁾ SANGUINETI, RAYMOND, Wilfredo: *La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: Un criterio en crisis?*, en: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social. Temas Laborales, No 40. Sevilla, p.57.

⁽¹⁵⁾ En el informe uruguayo se critica la figura introducida en su ordenamiento de la llamada “empresa unipersonal”.

En efecto, esta novedosa institución jurídica acota la responsabilidad del empresario-persona natural, de modo semejante a lo que acontece con las sociedades anónimas y, en general, de responsabilidad limitada, lo que resulta jurídicamente imposible cuando esa persona natural actúa como tal y compromete así el íntegro de su patrimonio a los resultados de su actividad económica.

Visto desde la perspectiva empresarial es, sin duda, un gran paso para permitir el acceso de miles y miles de emprendedores, el volumen de cuya producción no es suficiente para constituir una sociedad, que implica además tener necesariamente socios.

Sin embargo, algunas empresas utilizan esta figura para encubrir prestaciones laborales, a través del subterfugio de hacer que algunos de sus trabajadores se formalicen bajo esta modalidad y sean contratados como si de una auténtica empresa se tratara, cuando en realidad lo único que aportan es el trabajo personal de quien, figurativamente, es al mismo tiempo trabajador y empresario, cuando en la realidad sólo es lo primero. Ello lo veremos a continuación.

II.2. EL FRAUDE LABORAL

Si ya el problema es grande cuando se trata de situaciones normales, en las que se actúa de buena fe, se acrecienta por la recurrencia frecuente de malos empleadores a prácticas de abierto fraude para aparentar la existencia de relaciones autónomas allí donde hay, en realidad, relaciones subordinadas.

Quizás la forma más socorrida de evasión es la utilización de contratos de índole civil (locación de servicios, locación de obra, etc.), que en el Perú ha tenido una curiosa solución por vía tributaria: la ley de impuesto a la renta considera en su 4ª categoría el trabajo independiente, y en su 5ª categoría al trabajo subordinado. Pues bien, cuando se presenta una situación disfuncional, como la señalada, la autoridad tributaria acota como 5ª categoría (subordinada) la que en la apariencia figura como 4ª categoría (autónoma), lo que en argot abogadil es conocido como categoría 4ª-5ª.

Otra fuga, destacada en el informe uruguayo, es lo que en el Perú es denominada *empresa individual de responsabilidad limitada*, que si bien puede servir, correctamente utilizada, para que un empresario independiente pueda operar con tranquilidad al poner a resguardo su patrimonio personal frente a los riesgos y vicisitudes de la vida comercial, muchas veces se aplica en forma indebida para que otra empresa contrate, no al trabajador-personal individual, sino al mismo trabajador pero como presunto empresario individual autónomo.⁽¹⁶⁾

El tema en los informes nacionales

Más que sobre las formas utilizadas para la evasión laboral, se inquirió sobre los mecanismos utilizados para detectarla y combatirla.

⁽¹⁶⁾ ERMIDA y HERNÁNDEZ (*ob. cit.* pp. 237 y ss) listan una serie de situaciones que pueden significar también fraude, tales como la intermediación laboral, la constitución de cooperativas de trabajadores para brindar servicios en forma presuntamente colectiva, el *staff-leasing* y el *pay-rolling*, el contrato de franquicia o *franchising*, y otras, cuya mención omitimos porque no atañen al contenido esencial del presente Informe General.

Argentina muestra una variada serie de mecanismos previstos: la Ley de Contrato de Trabajo, ha diseñado un esquema de protección contra el fraude y la simulación: el artículo 14° sanciona con la nulidad todo contrato que trate de aparentar normas contractuales no laborales, y por la primacía de la realidad esta relación se regirá por la ley de Contrato de Trabajo. Por su parte, el artículo 27°, establece que la condición de socio de una cooperativa no excluye que pueda tener una relación laboral; del mismo modo, el artículo 29° aspira a eliminar la interposición fraudulenta de un no dependiente. Por último, el artículo 30°, prevé la responsabilidad solidaria del empresario principal con su contratista.

En Colombia, el Código Sustantivo de Trabajo contiene la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de la que deriva la inversión de la carga de la prueba: el presunto empleador debe demostrar que la relación es autónoma. También a nivel constitucional está previsto el principio de favorabilidad para el trabajador, así como el de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, postulados que tienden a proteger al trabajador dependiente para los casos de encubrimiento de la relación laboral en otras formas de contratación.

El Código del Trabajo chileno hace referencia a la simulación y el subterfugio: 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 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 cualquiera 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 el Perú, el principio de primacía de la realidad es aplicado de manera consistente y sistemática por la magistratura, y aparece como mandato tanto en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, cuanto en la Ley de Inspección Laboral. Por otra parte, frente al abuso de la intermediación y la tercerización, las normas respectivas establecen la solidaridad entre la empresa que realmente recibe los servicios y aquella a la que está formalmente adscrito el trabajador que los presta.

El informe uruguayo enfatiza que la ley de la empresa unipersonal, que constituía un verdadero fomento al fraude, ha sido derogada por Ley 20/2007 11 de julio de 2007.

En todos los informes se aprecia, sin embargo, que estos mecanismos son de eficacia muy relativa.

III. EL TRABAJO INDEPENDIENTE Y LA LEGISLACION LABORAL

¿Es –o podría ser- el trabajo independiente objeto del Derecho del trabajo? ¿Puede resultarle aplicable la legislación laboral

La respuesta afirmativa a esta crucial pregunta es un *desiderátum*. Desde mucho tiempo atrás los laboristas vienen pugnando por ampliar las fronteras y conseguir que el Derecho del trabajo se expanda para abarcar el trabajo independiente, lo cual incluso trasciende hacia algunas Constituciones como la argentina y la peruana, que consagran que el trabajo, “en todas sus formas” o en “todas sus modalidades”, es objeto de protección o de atención preferente.

Pero ese ideal ¿es alcanzable? ¿Tendría manifestaciones prácticas? ¿Generaría derechos tangibles y obligaciones exigibles frente a un empleador inexistente?

Este es el *quid* de la cuestión: **el trabajador independiente no tiene empleador**. Obsérvese en especial al cuentapropista, la quintaesencia del trabajador independiente: ¿quién es su empleador? ¿El que contrata, todos los que contratan esporádicamente sus servicios?; ¿El Estado, en representación de toda la sociedad y, por ende, de todos los posibles empleadores?

Examínense los casos concretos, sea en la cúspide social representada por los profesionales o profesionistas (médicos, abogados, arquitectos, ingenieros), sea en los estadios mesocráticos (electricistas, fontaneros, mecánicos automotores), y en los de nivel más modesto (estibadores terrestres, ropavejeros, canillitas, lustrabotas). ¿Quién es su empleador? ¿El paciente al que se atiende en la consulta privada, o el cliente al que se lleva un juicio, o el propietario a quien se diseña o construye una vivienda? ¿El ama de casa que requiere los servicios de un técnico ante un desperfecto hogareño o una falla técnica? ¿El comprador del diario y el que se hace lustrar los zapatos al paso?

¿A qué obligaciones laborales deberían ser sometidos ese cliente, esa ama de casa, ese transeúnte? ¿Qué derechos podrían exigirles quienes les brindan servicios tan esporádicos?

¿Cómo verificar, respecto de estos trabajadores, la limitación de una jornada máxima, la efectividad del goce de su descanso semanal y vacacional, el alcance de una remuneración mínima?

Y sobre todo, ¿cómo garantizar la eficacia de tales derechos y hacerlos viables a través de su exigibilidad?

Las preguntas se aglomeran y ninguna obtiene respuesta satisfactoria.

Es aquí donde reaparece el problema antes esbozado: para que el Derecho del trabajo sea funcional se requiere que haya un tracto sucesivo, una relación permanente, una sujeción a órdenes, un deber de obediencia, y un conjunto de elementos que constituyen el haz de indicios de la subordinación, y que la OIT ha recogido en su Recomendación N° 198.⁽¹⁷⁾

De inicio, es obvio que debe haber un mínimo de continuidad, de estabilidad; debe haber también una integración dentro de la organización empresarial, por no decir productiva; y una sujeción económica que, de algún modo, patentice la hiposuficiencia de que hablaba décadas años atrás Cessarino Junior.

⁽¹⁷⁾ Conforme a la Recomendación N° 198, el haz de indicios de la subordinación se patentiza, por un lado, en la realización del trabajo según las instrucciones y el control de otra persona; la integración en la organización de la empresa; la exclusividad; la prestación personalísima, dentro de un horario o en el lugar indicado o aceptado; la duración y continuidad de la prestación; el suministro de herramientas, materiales o maquinarias; y por el otro en el pago de una remuneración periódica;

La cuestión en los informes nacionales

Lo más destacable en los informes es lo señalado en el de Ecuador: la Constitución de la República tiene siete artículos destinados a la protección del trabajo autónomo, entre ellos, el 325°, que reconoce todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, y como actores sociales productivos, a todos los trabajadores; también el inciso 2 del artículo 34°, que expresa que el Estado garantiza y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social de toda forma de trabajo autónomo; el primer inciso del artículo 331° garantiza a las mujeres la iniciativa del trabajo autónomo. El informe ecuatoriano relievaa que el trabajador autónomo, con empresa o sin empresa, tiene derecho a la protección del Estado y afiliarse a la seguridad social; y que en su beneficio, además de las constitucionales, existen normas como el propio Código del Trabajo, el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, y la Ley del Fomento Artesanal y sus respectivos reglamentos. Las Constituciones de Argentina y Perú hacen referencia a la protección o atención preferente del trabajo en todas sus formas o manifestaciones, lo que implica la necesaria inclusión del trabajo independiente.

A nivel de legislación, respetando la separación clásica entre derechos individuales y colectivos, que proporciona también una cómoda perspectiva metodológica, los examinaremos por separado.

Antes de ello, debe destacarse que en más de un informe (Brasil, México) se señala que la legislación aplicable al trabajo independiente es el Código Civil.

Derechos individuales

Es unánime la respuesta: no existe en ningún país norma de carácter intrínsecamente laboral que se aplique al trabajador independiente, en tanto que tal.

Ello es reflejo elocuente de las dificultades prácticas antes esbozadas: ausencia de un patrono al cual puedan resultar exigibles, lo que agota su eficacia y anula su viabilidad.

En Argentina, sin embargo, hay diversos estatutos especiales que, de un modo u otro, abarcan a trabajadores independientes como el del “tallerista” (trabajo a domicilio), el contratista de viñas y frutales y el tambero mediano,

Derechos colectivos

Sindicación, negociación colectiva, huelga: ¿son viables para los trabajadores autónomos?

La respuesta no es unánime y debe, más bien, ser matizada.

Nada hay que ontológicamente impida a los trabajadores independientes unirse para la defensa de su derechos y las promoción de sus intereses comunes. Nada obsta, por tanto, para que se organicen en sindicatos.

Es más, en numerosos países existen y actúan, sea bajo la forma puntual de sindicatos, sea bajo otras formas jurídicas sucedáneas.

La legislación peruana en concreto los contempla. Dice el artículo 6° de la Ley de Relaciones Colectivas: “Las organizaciones de trabajadores no dependientes de una relación de trabajo se regirán por lo dispuesto en la presente norma, en lo que les sea aplicable”

No son extraños y sí, por el contrario, frecuentes los sindicatos que agrupan a estibadores terrestres, choferes de taxi, canillitas y lustrabotas, como sucede así mismo con artesanos y técnicos medios. Incluso al más alto nivel en muchos países existen colegios que, al tiempo de cumplir otras finalidades asociativas, actúan también como defensores de los derechos gremiales de sus asociados, vale decir, como auténticos sindicatos.

Pero, en materia de negociación colectiva, ¿a quién plantean sus pretensiones? ¿Con quién llevan a cabo las tratativas? ¿Quién es su contraparte negocial? El Estado.

Cuando líneas arriba esbozábamos que en materia laboral cabía la posibilidad de que el Estado fuera contraparte, en representación del conjunto social, anticipábamos esta situación.

Los choferes de taxi pueden pugnar porque las tarifas de sus taxímetros sean ajustadas; las pagarán los indefinibles usuarios, pero las fijará, en nombre de todos y quizás a través de procesos de negociación, alguna autoridad pública, local, regional o nacional.

Si a quienes prestan ciertos servicios en público – vg. los lustrabotas- se les señalan las tarifas que pueden cobrar, ¿cómo hacen para reajustarlas? Negociando con quien las fijó y tiene autoridad para hacerlo.

Pueden ser negociaciones informales, no regladas, pero al fin y al cabo negociaciones colectivas en el sentido propio del término.

Algo semejante acontece con la huelga. Si estalla un conflicto que envuelve a un determinado sector de trabajadores independientes, quienes sufran sus consecuencias serán los usuarios, pero quien tendrá que solucionarlo y buscar una fórmula de aproximación de intereses, actuando en representación (y defensa) de esos improbables usuarios tendrá que ser una autoridad pública.

De modo pues que los tres derechos que componen el trípode de los derechos colectivos sí tienen cabida, realidad y eficacia.

Los derechos colectivos en los informes nacionales

Existen regulaciones distintas, que podemos agrupar de la siguiente manera:

El Informe argentino destaca la existencia de numerosas organizaciones de trabajadores independientes, v.g.: Sindicato de Vendedores Ambulantes de la República Argentina, Sindicato de Vendedores Ambulantes de Playas, Costas y Urbano de Mar del Plata, Sindicato de Vendedores Ambulantes de Estadios Deportivos y Estaciones Terminales de Ferrocarriles, y la Asociación de Docentes Argentinos.

En Colombia Estados Unidos y México se entiende que sólo son titulares de los derechos colectivos aquellos trabajadores que se encuentran en una relación de subordinación, con lo cual se excluye a todos los trabajadores independientes, pero se ha de destacar que en el informe de Colombia se menciona que la Constitución otorga el derecho a la libre asociación que podría asimilarse en algo a los derechos que persigue un sindicato en estricto

En Chile a través del artículo 216 del Código del Trabajo, en concordancia con el artículo 19 inciso 19 de la constitución y el Convenio Nro 87 y 97 de la OIT Ratificado por este y en Brasil con Art 511 inciso c de la CLT se reconoce expresamente el derecho de sindicación del cual son titulares los trabajadores autónomos. Pese a ello, para el sistema chileno tal titularidad es ineficaz en el caso de la negociación colectiva, por no existir un vínculo laboral y, por lo consiguiente, se encuentran imposibilitados de llevar a cabo una huelga. Todo lo contrario ocurre con el modelo brasilero ya que en el mismo no sólo se reconoce el derecho de sindicación sino que además la posibilidad de que los trabajadores autónomos celebren acuerdos colectivos y por ende se les otoga el derecho a huelga aunque en la practica no suele utilizarse mucho ya que prefieren distanciarse de la sindicalización

En Ecuador y Uruguay, los informes son enfáticos en que, si bien no existe una ley específica que faculte el derecho a la sindicalización por parte de los trabajadores autónomos, este derecho se puede colegir de las respectivas Constituciones, que reconocen expresamente el derecho a asociarse para la defensa de sus intereses y que negarlo sería ir contra sus Cartas Magnas y los Convenios de la OIT. Es claro, que al no estar regulado de forma específica los problemas no tardan en llegar, ya que los trabajadores autónomos en la práctica se encuentran imposibilitados de negociar colectivamente por no existir el “cómo, contra y con quien hacerlo”; consecuentemente, tampoco pueden ejercitar el derecho a la huelga.

IV. LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES Y LA SEGURIDAD SOCIAL

El de la seguridad social es sin duda campo propicio para buscar la protección del trabajador independiente.

Cuando el esquema financiero de la seguridad social es impositivo y no contributivo, tal protección ya existe, por ser universal.

La cuestión surge en los sistemas contributivos, en que es generalizado el aporte del propio trabajador, por lo general acompañado pero a veces sustituido por el aporte patronal.

En efecto, el método más socorrido de financiamiento es a través del aporte bipartito, habiendo incluso países en que es tripartito, al contribuir también el Estado.

Hay países, sin embargo, en los que el aporte es exclusivamente del empleador o sólo del trabajador, o en fórmulas separadas según el tipo de contingencia. Así, en Chile, la totalidad de las aportaciones es de cuenta exclusiva del trabajador; el empleador no contribuye en forma ni monto alguno. En Perú, el aporte es ciento por ciento de cargo del empleador en lo que respecta a prestaciones asistenciales o de salud, en tanto que lo es de cargo exclusivo del trabajador en los sistemas pensionario, tanto público como privado.

El problema es cómo transplantar estos sistemas contributivos al trabajador independiente y, sobre todo, cómo articular mecanismos eficientes y eficaces para garantizar el cobro de la contribución que le corresponde.

La cuestión en los informes nacionales⁽¹⁸⁾

El primer punto a destacar es que en los supuestos de paro o desempleo no existe cobertura alguna a favor de los trabajadores independientes, salvo en Colombia donde la normativa permite al trabajador independiente efectuar un ahorro de hasta la doceava parte de sus ingresos mensuales, para constituir un capital que le permita subsistir, cuando se encuentre desempleado, y en el caso de México el Presidente Enrique Peña Nieto ha anunciado que se implementara legislativamente este sistema protectorio dentro del segundo semestre del año 2013.

La afiliación a los sistemas de seguridad social presenta matices variados de país en país, ya que mientras en Brasil, Colombia, Ecuador y Uruguay es obligatoria, en Chile, México, Estados Unidos es voluntaria. En el caso peruano, en razón a legislación muy reciente, la afiliación es obligatoria para los trabajadores independientes menores de 40 años al mes de agosto de 2013; quien recibe los servicios actúa como agente de retención del aporte.

En cuanto a los países con afiliación obligatoria, se ha de destacar que mientras en casi todos esta obligatoriedad se realiza dentro del régimen general aplicable a todos los trabajadores, en Argentina existen hasta tres regímenes: uno general, otro especial donde se encuentran los pequeños contribuyentes que optaron por contribuir en el régimen simplificado y uno de jurisdicción provincial.

En cuanto a los países con afiliación voluntaria se ha de destacar que se busca que estos se incorporen a la seguridad social; por ejemplo, en Chile, mediante una reforma provisional (Ley Nro 20.255) aprobada el año 2008 se busca incentivar la cotización en este sistema.

Sobre el particular el Informe de Estados Unidos de América destaca que no se cuenta con un sistema de seguridad social nacional sino distintos beneficios otorgados por programas estatales y federales como “Social Security Retirement Benefits”

En materia de cobertura, los supuestos más comunes son los de vejez, incapacidad total o parcial, invalidez y muerte; pero un supuesto adicional no contemplado en ningún informe, salvo el de Ecuador, es el de maternidad. El caso argentino es también particular en materia de prestaciones o coberturas, ya que al existir tres regímenes, las coberturas son distintas: por ejemplo en el régimen monotributista no se cuenta con la prestación compensatoria o por edad avanzada que rige el régimen general, mientras que a diferencia de este si cuenta con cobertura de salud. Además, respecto del seguro de trabajo de riesgo los mismos son voluntarios respecto del trabajador independiente y ameritan el pago de una contribución especial a fin de ser titulares del mismo.

En Colombia tan sólo se cubriría el seguro respecto de aquellas actividades que el Ministerio de Trabajo considere que son de alto riesgo, mientras que en Ecuador el trabajador independiente se ve obligado a registrar aquellas actividades que él mismo realiza ya que tan sólo esas serán cubiertas por el sistema.

V. DOS VITALES CUESTIONES ADICIONALES

⁽¹⁸⁾ Por la riqueza, variedad y abundancia de datos, se recomienda enfáticamente seguir este tema directamente en los Informes Nacionales.

Hasta aquí, el presente Reporte General ha discurrido por los cauces de la ortodoxia y la normalidad.

Sin embargo, el trabajo independiente se vincula de modo muy estrecho con dos realidades sociales que no pueden ser soslayadas, a riesgo de dejar fuera del campo de estudio a la mayoría de los trabajadores, independientes o subordinados: la informalidad y la microempresa.

Los trabajadores independientes son, en su abrumadora mayoría, trabajadores informales. Los hay por cierto a todos los niveles del tejido social, pero enfocados en su perspectiva cuantitativa, los cuentapropistas están ubicados en todo el espectro social, pero especialmente en los estratos más bajos, que es donde precisamente pulula la informalidad.

Por otra parte, la mayoría de trabajadores labora en microempresas, la mayoría de las cuales, a su vez, son informales.

1. LA BESTIA NEGRA: LA INFORMALIDAD

Como hemos adelantado, las ideas hasta aquí expuestas o analizadas circulan dentro del perímetro del Derecho laboral o en sus alrededores. La realidad social, empero, discurre por otros senderos, transita por otros caminos, el más ominoso de los cuales es la informalidad.

En efecto, uno de los fenómenos sociales y económicos más notorios de los últimos tiempos es el crecimiento del sector informal. Tal hecho, que se da incluso en los países más ricos, adquiere caracteres endémicos en los de menor desarrollo, a tal punto que estudios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) demuestran que la abrumadora mayoría de nuevos empleos que se crean, lo son en ese sector.

La economía informal puede ser definida en atención a sus causas, sus manifestaciones, las actividades en las que se presenta, el volumen de personas que involucra o la participación que tiene dentro de la economía de los países. Desde la perspectiva jurídica, empero, tendría que ser definida como aquel conjunto de actividades económicas y productivas que, sin ser de naturaleza criminal, se dan al margen de la legalidad o en abierto contraste o incumplimiento de la misma.

Otros nombres por los que es conocida, según Grzetich⁽¹⁹⁾, son sector informal, sector no estructurado, polo marginal, economía de subsistencia, sector autónomo, sector primitivo y marginal, sector atrasado, sector tradicional, entre otros; en órbita europea se habla de economía divergente, no observada, oculta, negra, en la sombra, subterránea, paralela, dual, al contado, sumergida (*sommersa*), etc.

Trabajo informal viene a ser, en tal perspectiva, el que, dentro de esa economía, se realiza en forma independiente o bajo un esquema que, siendo el teórico de una relación de trabajo, se desenvuelve sin aplicación de las normas que regulan a ésta. Se lo denomina también trabajo no registrado o no sujeto a contrato.

(19) GRZETICH LONG, Antonio. *Trabajo informal. Un enfoque jurídico laboral*. Ediciones Jurídicas, Montevideo 1992, p. 28.

Es necesario precisar que no sólo existe trabajo informal en el sector clandestino, sino también en empresas legalmente constituidas: es el área oscura del sector formal, constituida por aquellos trabajadores que laboran en una empresa registrada pero que no figuran en los libros de planillas, en lo que se ha dado en llamar el “área negra del sector blanco”.

Así mismo, debe advertirse que el sector informal es sumamente heterogéneo “y se define más por su divergencia a la normatividad del sector formal que por las probabilidades sociales comunes”(20). Dentro de esa heterogeneidad conviven el trabajo asalariado y el trabajo independiente; el primero es “tan sólo una de las formas, aunque la más importante, de reproducción. Coexisten y aumentan otras formas: una tercera parte de la población ocupada(21) trabaja en la agricultura, entre ellos muchos como minifundistas, patronos o trabajadores familiares; solamente la mitad trabaja en forma asalariada (...). También en las economías urbanas se da una gran cantidad de personas que aparecen como trabajadores independientes, o como familiares, o manejan pequeñas empresas sin o con muy poco trabajo asalariado: obreros, pequeños comerciantes, trabajadores ‘por cuenta propia’, en total un cuarto de la población urbana ocupada. Una parte de estos últimos son, como los subcontratistas, asalariados disfrazados, independientes sólo de manera formal.”

Es tan importante cuanto válida la distinción entre la economía del sector no estructurado y la economía ilegal. El primero corresponde a las actividades realizadas al margen de las estructuras económicas institucionalizadas, mientras el segundo es aquel que no satisface las exigencias de las leyes, reglamentos y prácticas nacionales(22).

Causas de la informalidad

La génesis del trabajo informal es consecuencia de un exceso de oferta de fuerza de trabajo no absorbida, sino en forma muy modesta, por las fuerzas productivas integradas al sistema económico formal. Este “excedente de fuerza laboral” se ve forzado a cumplir todo género de actividades de lo más dispares a fin de poder satisfacer, aunque sea parcialmente, sus necesidades de empleo e ingresos. El constante crecimiento de la fuerza de trabajo, a su vez, se encuentra vinculado a factores demográficos tales como el de la tasa de natalidad y el proceso migratorio del campo a la ciudad, y a factores sociales, entre ellos los cambios que experimenta la fuerza de trabajo secundaria en los patrones de salida al mercado laboral, en busca de empleos que permitan el incremento del nivel de ingreso familiar.

Favorecen el surgimiento y ampliación del sector informal principalmente dos factores: la reducción de los costos de la fuerza de trabajo, que hacen competitivos los precios, y la demanda de lo producido en el sector. A ello habría que agregar que el factor trabajo no es el único cuyo costo se reduce en la industria clandestina. El no pagar impuestos, el no llevar libros de acuerdo a la ley, la libertad de trabas burocráticas, evadir la legalidad, también favorecen decididamente el crecimiento a las actividades clandestinas.

(20) DOMBOIS, Rainer. *¿Empleo” atípico” en economías sin empleo típico? Problemas analíticos del concepto de la relación laboral normal; el ejemplo de Colombia*, en: Reestructuración y regulación institucional del mercado de trabajo en América Latina. Instituto Internacional de Estudios Laborales, Ginebra 1993, p. 208.

(21) El dato corresponde a Colombia, pero es perfectamente aplicable prácticamente a todo país subdesarrollado, en especial a los latinoamericanos. DOMBOIS, *Ibid.*, p. 228

(22) Cfr. Recomendación N° 169 de la OIT, sobre política del empleo: artículos 27.1 y 8, respectivamente.

El informal no lo es porque quiere: “el trabajo eventual no es simplemente una forma de empleo que puede ser escogida por aquellos miembros de la fuerza laboral que la prefieren, sino principalmente es la única clase de empleo disponible para aquellos que buscan trabajo”. Ésa es, por lo demás, la tesis central que inspiró el célebre “El Otro Sendero”, de Hernando de Soto: la persona se ve empujada a la informalidad, entre otros factores, por el “alto costo de la legalidad”, entendido no sólo como cargas o gravámenes, sino traducido en engorros, pérdidas de tiempo, despilfarros y otros desaguisados del burocratismo.

Existe, pues, un “doble mercado de trabajo”: “*el oficial*” que goza de una adecuada protección estatal y social, y que podemos ubicarlo dentro de una área regular; y “*el clandestino*”, que carece de todo tipo de tutela y que entre otras cosas, determina que el producto bruto interno sea subvalorado, el cual encontraría su ubicación en un área irregular.

La informalidad en cifras

Son notablemente dispares los informes nacionales en sus apreciaciones cuantitativas, lo que pone de manifiesto una vez las dificultades para abordar el problema y, más aún, tratar de solucionarlo o mitigarlo. Así en Argentina se estima en 34,8 % al 2010; Ecuador, 43 % al 2013; Colombia, 51,3 a enero del 2011; México, 60.1 % al 2012.

Incluso en la Unión Europea, que podríamos asumir *a priori* como el área geográfica y económica más formal, la informalidad campea. Según el Eurobarómetro de 2007, el fenómeno representaba 5% de la fuerza laboral, pero existen fundadas sospechas de que las cifras ocultan la verdad. Estimaciones más recientes la sitúan alrededor de 18.4% del Producto Interno Bruto, aunque con notorias diferencias entre países entre ello la sorpresa de que Dinamarca encabeza la lista con 18% (aunque pudiera ser, también, la más formal y sincera con sus estadísticas), en tanto Chipre (1%) y Malta (2%) registran la menor incidencia. Y, como resulta al parecer inevitable, se observa ahora la proliferación de los falsos autónomos, a tal punto que la Comisión Europea está formulando una estrategia para combatir tales prácticas, en coordinación con empresarios y trabajadores.

En los Estados Unidos, es cosa sabida y resabida que los inmigrantes ilegales, que son millones, sólo obtienen empleos sumergidos, precisamente porque su condición legal les impide uno formal.

Informalidad y subempleo

El subempleo - hermano siamés de la informalidad - corresponde a dos situaciones: una visible, consistente en un trabajo de duración inferior a la común, o sea un trabajo a tiempo parcial (por lo general, por causa ajena a la voluntad del trabajador) o que cubre un número limitado de horas semanales; y uno invisible, llamado también paro encubierto, que corresponde a las personas que, cumpliendo una jornada ordinaria normal (y muchas veces, superior a la legal), obtienen un ingreso exiguo, o que ocupan empleos de inferior nivel al que correspondería a sus aptitudes ocupacionales, o que laboran en talleres o establecimientos de muy baja productividad relativa.

Informalidad y subempleo no son lo mismo. Pero casi. El trabajo informal es precario. Informalidad, precariedad y subempleo no tienen significado idéntico, pero suelen presentarse constantemente ligados entre sí: precarios, subempleados e informales constituyen un grupo

humano común, una masa social que pasa incesantemente de la legalidad a la clandestinidad, y esporádicamente regresa de ella.

Los límites entre estos conceptos no son tampoco claros ni están precisados, sobre todo porque el trabajo informal no sólo se da en el sector oculto de la economía, sino que, como hemos señalado, también puede observarse en empresas legalmente constituidas.

Difícilmente podría afirmarse que dentro de la industria clandestina todos son eventuales, pero más difícil es hablar de trabajadores “estables” dentro de la industria informal. Al respecto, Grzetich y Mezzera⁽²³⁾ optan por diferenciar el trabajo informal entendido como “economía de subsistencia, de lo que es economía capitalista que deliberadamente se margina del cumplimiento de las obligaciones del sistema para lograr ventajas en materia de evasión tributaria y de incumplimiento laboral”.

En tal sentido, las acciones frente a uno u otro deben ser diferentes, pues “el *trabajo informal* es el trabajo de subsistencia, que lo desarrolla quien, por su misma pobreza, no cumple con muchas normas porque no puede hacerlo. A éste, el Estado lo debe *promover, mejorando su situación, operando sobre la productividad y logrando optimizar sus ingresos*. En cambio la actividad desarrollada sin cumplir con la normativa vigente, buscando simplemente un mayor lucro, debe calificarse como sector de *trabajo ‘negro’ o ‘economía sommersa’*. Este tipo de actividades el Estado *debe desalentarlas y sancionarlas*”.

En la informalidad, la palabra “precario” alcanza todas sus acepciones lingüísticas y todos sus matices socio-económicos.

Derechos de los subempleados informales

Los trabajadores informales, tanto de la industria clandestina como del sector legal, están en el último peldaño en lo que a protección por el Derecho se refiere. Teóricamente son titulares de todos los derechos laborales, pero sólo son efectivos aquéllos que el empleador quiera reconocerles.

En lo que se refiere a remuneraciones, existe una gran heterogeneidad. Por regla general, los trabajadores informales perciben menos que los del sector registrado. Pero puede haber excepciones. Para el informal no hay jornada máxima de trabajo, ni descanso diario, semanal y menos vacacional; están fuera de los alcances del salario mínimo vital y, por supuesto, también de todas las demás compensaciones o prestaciones. Carecen de toda protección contra el despido arbitrario, y los derechos colectivos - libertad sindical, negociación colectiva, huelga - no tienen para ellos significación alguna. Finalmente, como es obvio, tampoco se incorporan a la seguridad social en ninguna de sus manifestaciones.

No es que las normas laborales no se dirijan a ellos; ocurre simplemente que la legalidad no les alcanza. Son los parias del sistema, alimento estadístico del subempleo, los marginados del

Preciso es advertir, sin embargo, que no todo trabajo informal es peor que el que se cumple dentro de la norma. Hay informales voluntarios, que lo son por propia decisión, pues su colocación marginal a los regímenes legales no se agota en los derechos, sino también y en gran medida trasciende a las obligaciones, en especial de carácter fiscal y parafiscal. El

⁽²³⁾ GRZETICH LONG, Antonio y MEZZERA, Jaime. *Sobre el concepto de sector informal y sus consecuencias jurídicas*. En: Revista Relasur, N° 4, Montevideo 1992, p.121.

trabajador informal, en especial el independiente, crea su propio paraíso tributario, al que no acceden los controles ni la inspección de los agentes gubernamentales. Es posible, por ejemplo, que el chofer de taxi que conduce un vehículo alquilado obtenga para sí un mayor ingreso real que quien lo hace en régimen de subordinación, por más que a éste le correspondan derechos y beneficios de los que el primero está naturalmente excluido.

Informalidad y formalización

Es verdad archisabida, casi axiomática, que la informalidad no puede ser combatida sólo con acciones de inspección. Estas pueden contribuir en alguna medida, pero muy pequeña, casi insignificante. Los servicios inspectivos, como alguien con sorna los ha descrito, son cazadores de zoológico, hacen safari sólo entre las empresas formales.

Diversas han sido las iniciativas legislativas encaminadas a lograr el paulatino y progresivo acceso de la producción informal dentro del mercado estructurado, bien sea en los aspectos estrictamente laborales, como en los administrativos y tributarios.

Dentro de esa línea se ubican, por ejemplo, las normas que buscan dar un tratamiento diferenciado a la pequeña y mediana empresa, y muy en especial a la micro empresa.

Del examen de tales normas es posible deducir, en cierta forma, la ambigüedad o “doble moral” con que es vista la informalidad.

Para algunos, se trata de una actividad ilegal y, por lo tanto, ilícita; desde tal trinchera, debe ser proscrita y perseguida. Para otros, no es sólo un proceso social inevitable, sino incluso benéfico, ya que permite a vastos sectores de la población acceder a medios de vida que el deficiente grado de desarrollo económico no le puede ofrecer por vía legal.

El informal, el subempleado, no lo son porque quieren: Tales anomalías no son “simplemente una forma de empleo que puede ser escogida por aquellos miembros de la fuerza laboral que la prefieren, sino principalmente es la única clase de empleo disponible para aquellos que buscan trabajo”⁽²⁴⁾.

Lo que resulta evidente es que una sociedad no puede desarrollarse a plenitud sobre la base de la coexistencia de una dualidad económico-productiva en la que la competencia, que es cada vez más aguda y compleja, no se da en términos de mejor productividad sino de simple abatimiento de costos “a cualquier precio”. El fenómeno, siempre visto como endogámico, de algún modo trasciende las fronteras: ello ha producido lo que Adrián Goldín ha llamado “Campeonato Mundial por el abatimiento de las condiciones de trabajo”, una de cuyas víctimas viene siendo el Derecho del trabajo.

Dentro de la distinción entre empleo ilegal y economía no estructurada, la Recomendación N° 169° de la OIT, sobre política de empleo, urge a adoptar medidas para combatir de manera efectiva el primero, y destaca la necesidad de adoptar medidas para permitir el traslado progresivo de los trabajadores del segundo al sector estructurado.

⁽²⁴⁾ GALÍN, Pedro. *Condiciones de trabajo en los trabajadores por turnos de la industria del país*. CIAT, Lima 1982, p. 48.

Por eso, y por la condición mísera a la que es reducido por lo general el trabajador informal, no cabe duda de que algo tiene que hacerse desde el punto de vista legislativo, como también político y administrativo, si no para erradicar la informalidad - pretensión utópica -, al menos para lograr el respeto universal a ese mínimo inabdicable de derechos laborales a los que la OIT ha dedicado su “Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo” (1998).

Esta lucha por introducir a la informalidad dentro de los cauces del orden, y a los trabajadores subempleados dentro de la órbita del Derecho laboral, es también una lucha por el empleo digno. Y por consiguiente, una manera de proteger al trabajador de la indefensión en que tal situación lo coloca.

Parecería, no obstante, un contrasentido relacionar la informalidad y la legislación, si asumimos que la primera vive al margen de la segunda. A tal punto que alguien ha destacado la paradoja subyacente en la pretensión de darle algún tipo de soporte o cobertura legal: desde el instante en que se introdujera en cauces legales, cualesquiera que fueran, dejaría de ser informal, o sea, dejaría de ser a secas.

Ello no obstante, algunos países han previsto medidas encaminadas, si no a la formalización plena, sí al reconocimiento de su existencia con miras a su reconversión.

2. EL CASO DE LA MICROEMPRESA – MYPE – Y EL TALLER FAMILIAR

Decir que las micro empresas constituyen la absoluta, inmensa mayoría de empresas en nuestros países es un lugar común. También lo es el que allí esté concentrado casi todo el empleo, ya que los trabajadores de la mediana y gran empresa constituyen una proporción menor, cuantitativamente casi marginal. Y finalmente, el mayor de los lugares comunes es que en la micro empresa el empleo es informal, porque las propias empresas lo son.

Todos estos son simples datos de la realidad. Pero allí están, así son. Esa es la realidad de nuestros países. Allí está el mayor de los retos para una política social que parta de reconocer que el único programa efectivo de lucha contra la pobreza es aquel que tiene como eje la creación de empleo. Pero empleo de calidad, empleo decente, en los términos acuñados por la OIT.

La única manera de lograrlo es a través de la paulatina incorporación a la formalidad de ese vasto universo productivo y laboral.

Sólo dentro de la formalidad puede aspirar un trabajador a conseguir un trabajo permanente, adecuadamente retribuido, con protección social suficiente y acceso a las prestaciones básicas.

Es verdad incontrastable que las medianas y pequeñas empresas, y en especial las microempresas, procrean, en relación con los medios invertidos en su puesta en marcha, más puestos de trabajo que la gran empresa, en términos absolutos y relativos.

Empero, es en estos tipos de empresas donde proliferan la informalidad y el subempleo. Las estadísticas de OIT reflejan, en efecto, que de cada cien nuevos puestos de trabajo, más de 80 son informales. Las empresas de dimensión mínima o modesta generan empleo, pero éste es de ínfima calidad.

Como señala Francisco Verdera⁽²⁵⁾

- “Generan empleo directo de manera más rápida que la gran o media empresa en razón el menor monto de inversión por empleo creado y el menor período de maduración de la inversión
- Tienen la mayor integración nacional en la adquisición de insumos –consumo intermedio- con mayor impacto indirecto sobre el empleo y los ingresos y el menor consumo de divisas;
- Satisfacen las necesidades básicas de los más pobres pues producen bienes a bajos precios;
- Utilizan los recursos nacionales, regionales y locales existentes, fomentando el desarrollo regional y local;
-
- Tienen un alto efecto demostración. Al notar el avance de las primeras MYPE en un sector, otros trabajadores se instalan como MYPE, dada la facilidad de entrada.

Pero, de otra parte, también muestran profundas debilidades que derivan de:

- Falta de preparación de los microempresarios en gestión empresarial y en comercialización;
- La necesidad de mejorar la calidad de los productos, los acabados y la presentación. Se compete con bajos precios y no en calidad, la que más bien se sacrifica. Falta capacitación en desarrollo de productos industriales.
-
- Falta de capacitación técnico-productiva;
-
- Muchas se sostienen por subvenciones mediante programas de crédito;
-
- Gran dispersión, lo que dificulta su organización y su asociación gremial;”

Por cierto, una cuestión previa es la caracterización de la micro y pequeña empresa, para lo cual pueden utilizarse criterios cuantitativos o conceptuales. Son más socorridos los primeros.

Así, se suelen utilizar con frecuencia tres criterios, sea en forma aislada, sea concurrente: el número de trabajadores dependientes, el volumen de la facturación y la cuantía de los activos. Otros criterios, aunque menos aplicados, son las capacidades tecnológicas, el volumen de producción, el tipo de actividad económica.⁽²⁶⁾ La norma peruana utilizaba los dos primeros, aunque muy recientemente ha prescindido del número de trabajadores, quedándose sólo con el volumen de ventas.

⁽²⁵⁾ VERDERA V., Francisco: *Programas de empleo e ingresos en Perú*, En: AA.VV. Programas de empleo e ingresos en América Latina y el Caribe, Daniel Martínez y Gustavo Márquez, Coordinadores), BID/OIT,1998, p. 332.

⁽²⁶⁾ Por cierto, las pautas de medición de las empresas según su envergadura varían en los países desarrollados y subdesarrollados. En aquellos, empresas que según sus parámetros internos califican como pequeñas serían colocadas uno o dos escalones más arriba en los países pobres, en los que empresas con cien trabajadores son colocadas en el rubro de “mediana o gran empresa”.

La relación de este tema –el de la micro empresa – y el contenido de este Reporte General sobre el trabajo independiente proviene de la común identificación de la micro empresa con la empresa unipersonal o familiar, lo que no excluye, sin embargo, los emprendimientos mínimos en los que hay trabajo subordinado y remunerado, todo lo cual hace que sean numéricamente las más abundantes en prácticamente todo país.

Una política de Estado para las microempresas

Según las estadísticas hay en nuestros países muchas más microempresas que pequeñas, medianas y grandes en conjunto. Son estas pequeñas unidades productivas las que generan la inmensa mayoría de los empleos, empleo, sin embargo, de baja calidad, sin protección real, sin derechos.

Para entender tan enorme problema se requiere una aproximación conceptual a la que han sido y siguen siendo ajenos nuestros políticos, y lo somos también aún nosotros, los laboristas, y es la comprensión de que un microempresario es, él mismo, un trabajador: **el microempresario es un trabajador que da empleo a otros trabajadores.** El microempresario, en efecto, no es un inversionista que coloca su capital para que otros se lo administren, y vivan de sus utilidades, sino que es, él mismo, un trabajador. Un trabajador, huelga decirlo, también marginal y desprotegido.

Eso debe llevar a verlo, asumirlo y tratarlo, no como un evasor o trasgresor de la legalidad que debe ser perseguido y acosado, sino como una persona a la que el Estado debe proteger, porque al hacerlo esa protección se extenderá a esos otros trabajadores que laboran para él.

Por eso es necesaria toda una política de estado, una decisión y un conjunto de acciones que comprometan, transversalmente, a todas las instituciones y entidades del Estado: gobierno central, gobiernos regionales y locales, empresas, entidades públicas; pero también y organizaciones sindicales, asociaciones y cámaras empresariales, ONG, todos los integrantes de la sociedad oficial y civil alineados con grandes estrategias para lograr una inserción o incorporación progresiva a las ventajas de la modernidad.

Y requiere también una guía iluminada desde la doctrina laboral.

En nuestro criterio, la acción del Estado, por vía de políticas pero sobre todo de normas, que envuelven un importante componente laboral, debería encaminarse a lograr, para el microempresario y sus trabajadores, un mínimo indispensable de seguridad social, acompañado de una sola exigencia: el respeto de los derechos laborales fundamentales.

Lo demás vendrá después, casi por añadidura.

Ahora bien, por su importantísimo rol en la generación de empleo, además, obviamente, de su propia inserción dentro del entramado social y económico de los países, en especial los de menor desarrollo, esa política debe traducirse en un conjunto sistemático de medidas que incluyen, en los aspectos macroeconómicos, la orientación prioritaria de los recursos hacia las áreas productivas que generan mayor empleo; dotación de infraestructura de servicios; mecanismos de vinculación oferta-demanda, organizando la primera y estimulando la segunda, y orientándola hacia lo microeconómico, simplificación de los trámites administrativos y apoyo en la constitución societaria; líneas especiales de financiamiento; información sobre mercados; capacitación gerencial; asistencia técnica; asesoría y consultoría

orientada a mejorar la eficiencia en el uso de recursos y, consecuentemente, la productividad; acceso al crédito, capacitación y tecnología.

Régimen laboral especial para la microempresa

Ahora bien, dentro de esas medidas se presenta una cuestión asaz polémica: el establecimiento de un régimen laboral especial o privativo, con menos beneficios y un previsible menor costo laboral, que el régimen común.

La posibilidad de segmentar la legislación en atención a la dimensión de la empresa es una medida de política que suele enfrentar a académicos y pragmáticos, a gobiernos y gremios sindicales y empresariales: ¿es socialmente válido establecer regímenes laborales diferenciados: uno pleno para la gran industria, y otro moderado para la microempresa; o la legislación laboral debe ser única y general? Las municiones teóricas que entrecruzan los partidarios de una y otra posición son de grueso calibre.

Quienes propugnan un régimen especial, de menores beneficios y bajos costos, arguyen que las legislaciones suelen ser fijadas con la mira puesta en las empresas más visibles, que tienen los sindicatos más poderosos, y que terminan siendo constrictoras de las empresas de menor dimensión, que son así empujadas a la informalidad, espacio en el que los trabajadores carecen de toda protección y de todo derecho. La informalidad es la simple consecuencia del ya mencionado alto costo de la legalidad, según desarrolla Hernando de Soto en “El otro sendero”. Si los costos legales disminuyeran –incluidos, natural y preponderantemente, los laborales, como también los tributarios y administrativos -, la informalidad cedería paso a la formalidad, que es el estado deseable.

En la acera del frente se argumenta que la ley no puede crear trabajadores de primera y segunda categoría, tratamiento dispar que es atentatorio contra los principios de igualdad y no discriminación. Por otra parte –alegan-, crear un régimen de inferior nivel empujaría a las empresas a fraccionarse para aprovechar las ventajas de menores costos del nivel inferior: las empresas grandes devendrían en medianas, y éstas en pequeñas, con el resultado final de una atomización en la que los grandes perdedores serían los trabajadores.

El tema es agudo y merece un análisis atento y cuidadoso. Algunas líneas de coincidencia pueden existir entre posiciones tan encontradas. Veamos:

-
- Las políticas de empleo no pueden dejar de lado la promoción de las MYPE, sino que deben focalizarse en ellas, ya que allí radica el gran dinamismo de generación de puestos de trabajo.
-
- La legislación laboral debe actuar, en su generalidad y universalidad, como el piso mínimo del andamiaje de derechos y beneficios. Ese piso debe corresponder de manera racional a las posibilidades reales de la economía y de todas las empresas. Por ende, es válido y lícito eliminar beneficios exagerados, antitécnicos y antieconómicos, como en su momento proclamaron las reformas de los noventa.
-
- No contradice el principio de igualdad el que existan salarios diferenciados –en especial, los salarios mínimos, que son fijados por vía oficial y con carácter imperativo-, en atención al volumen de las empresas, como también a otros factores como la actividad productiva, la ubicación geográfica, el costo de vida relativo, etc. Como el salario suele ser la medida de los demás derechos, que por lo general se basan

en él y lo usan como patrón de referencia, en materia de costos un salario menor produce en cadena beneficios de costo también menor.

-

- La manera adecuada de compensar las diferencias entre empresas sin con ello atentar contra la vivacidad de la producción es a través de la negociación colectiva. La negociación colectiva tiene como virtud suprema la de armonizar las necesidades y aspiraciones legítimas de los trabajadores con las posibilidades reales de las empresas para atenderlas. No por la imposición ciega de un legislador distante, sino por la persuasión y el mutuo convencimiento. Una política de empleo - y dentro de ella, una política para las MYPE - debe estar sustentada en la participación de los interlocutores sociales.

Es de destacar que la OIT, en la Recomendación N° 169 (1984), pone de relieve que las políticas de empleo deberían tener en cuenta la importancia de las pequeñas empresas como fuente de empleo y reconocer la contribución a la lucha contra el desempleo y al crecimiento económico de las iniciativas locales generadoras de empleo. Estas pueden adoptar diversas formas, tales como empresas tradicionales, cooperativas y asociaciones, y brindan oportunidades de empleo sobre todo a los trabajadores enfrentados a dificultades especiales. Una forma de apuntalar su desarrollo consiste en promover las relaciones de complementariedad, para mejorar las condiciones de trabajo y ampliar sus posibilidades de acceso a los mercados, créditos, conocimientos técnicos y tecnologías avanzadas.

Es importante advertir que, aunque son pocos los países donde se ha creado un régimen laboral especial para las empresas de reducido tamaño, en gran número de ellos hay sin embargo normas diferenciadas sobre tópicos específicos.

Así, por ejemplo, es común que las diversas legislaciones reserven la participación en las utilidades sólo para las empresas de mediana y gran envergadura, como también que exoneren a las de menor dimensión de contar con un reglamento interno, o sala-cuna o lactario. De similar manera, en algunos países las normas sobre despido son menos rigurosas, no conllevan el derecho a reposición del trabajador que puede ser dispuesta en el caso de empresas grandes, y no se exigen a aquellos determinados servicios que sí son mandatorios en éstas, como *verbigracia* el comedor.

En materia colectiva, es usual que se exija un número mínimo de trabajadores para constituir un sindicato de empresa (20 ó 25), lo que en la práctica impide la existencia de organizaciones sindicales de esa índole en la pequeña y micro-empresa.

Quiere esto decir que la segmentación por tamaño es más regla que excepción: prácticamente todos los países admiten diferencias en su legislación, aunque con carácter puntual o específico.

A estas alturas, salvo doctrinarios recalcitrantes, son pocos los que objetan la necesidad de un régimen laboral especial para la microempresa. Se ha introducido ya en la conciencia social, política y jurídica de nuestro país que la idea voluntarista de extender a la microempresa el régimen general es impracticable y, peor aún, negativa, porque al empujar al empresario a la informalidad, condena al trabajador a una condición mísera y desprotegida.

Un régimen *ad hoc* resulta, pues, opinable desde una perspectiva teórica, pero incuestionable desde una óptica realista, ya que es mejor el cincuenta por ciento de algo que el ciento por ciento de nada.

Por cierto, hay que tener siempre en cuenta que la problemática laboral, siendo importantísima, no es la única que afecta a las empresas de menor tamaño. Tanto o más pesantes resultan los aspectos administrativos, en orden a la constitución y registro; los tributarios, por su complejidad y alto costo; los financieros, por las enormes dificultades de acceso al crédito y las elevadas tasas de interés, que las afectan en mayor medida que a la mediana y gran empresa; como también las deficiencias en capacitación, el difícil acceso a los mercados, y un larguísimo etcétera.

El capítulo laboral es sólo uno de ellos. Sin embargo, despierta mayor polémica por una elemental razón: la existencia indispensable de un tercero en discordia, el trabajador. Mientras las otras medidas, todas ellas, tienen que ver con una relación bilateral del empresario de la microempresa con el Estado o con otros empresarios o con el consumidor, en el tema laboral hay otra parte comprometida. Y no una parte cualquiera, sino la más importante, se la mire desde donde se la mire.

Es aquí donde retornamos a la idea cenital: el empresario de la micro empresa es, él mismo, un trabajador que da trabajo a otros trabajadores.

Sólo al tomarse conciencia de ello, al internalizarse su contenido recién se puede comprender que el tema de la microempresa no es exclusivamente económico; no es, siquiera, prevalentemente económico. Es ante todo y por sobre todo un tema social.

El caso de la empresa o taller familiar

En la microempresa, una forma de organización generalizada es la llamada empresa o taller familiar: emprendimientos de mínima dimensión, en la que laboran promiscuamente los miembros de una sola familia. En general, este tipo de estructura elemental y primaria no genera relaciones propiamente laborales, o al menos regidas por el Derecho del trabajo.

En Colombia existe una norma especial para este grupo de trabajadores, contenida en el literal a) del artículo 251 del Código Sustantivo de Trabajo que exonera a los empleadores de las industrias puramente industriales del pago del auxilio de cesantías

De igual modo, en el caso de Chile, si bien no existe regulación específica, se ha dado un intento por atacar la informalidad al regular las microempresas familiares mediante la ley Nro 19.749.

Por último, en México si bien no existe una regulación específica sobre el taller familiar, existe la “empresa familiar” que es el equivalente más próximo al taller familiar, pero incluso de los 3 únicos artículos (del 351 al 353 de la Ley Federal de trabajo) que regulan la empresa familiar, uno de ellos, el 352 menciona que esta normativa no se aplica a los talleres familiares, salvo las regulaciones sobre seguridad e higiene. Con lo cual podemos apreciar que la legislación mexicana también tiene una gran falencia en la regulación de este tema.

La legislación peruana las excluye de manera explícita. La Ley de Productividad y Competitividad Laboral dispone que la prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, para el titular o propietario persona natural, conduzca o no el negocio

personalmente, no genera relación laboral; salvo pacto en contrario. Tampoco genera relación laboral, la prestación de servicios del cónyuge.

El ámbito especial de la seguridad social

Desde la perspectiva laboral, que se transplanta a los sistemas de seguridad social, empleadores y trabajadores conforman estamentos distintos, separados, contradictorios, hasta hostiles entre sí. El Derecho del trabajo tiene una entraña conflictual, pues está encaminado a proteger al trabajador frente a los poderes enormes de que está dotado el empleador, y que si fueran ejercidos sin control vendrían en situaciones abiertamente antisociales, como sucedía sin más en las épocas aurales del maquinismo y la industrialización.

Esa óptica, que nos lleva a verlos como sectores antagónicos y enfrentados, conduce a que la legislación los trate de manera necesariamente diferente, acumulando o acreciendo derechos para los trabajadores al tiempo de restringir las atribuciones patronales.

Nada de lo que se legisla en pro del trabajador es transferible o aplicable al empleador; se trata de dos mundos diferentes, regidos por pautas distintas y encaminados a diversos resultados.

Por eso, en los países cuya seguridad social es de tipo contributivo, que son todos los nuestros, dicho sistema está constreñido a los trabajadores; es un mecanismo para los trabajadores; el empleador es apenas un aportante pasivo, un sujeto tributario cuya participación se traduce en el pago de la contribución y cuya acción se concentra en los aspectos de la administración tripartita de los entes gestores, sin que el empleador sea, en ninguno de tales sistemas, un derecho-habiente de la seguridad social. Lo son sólo los trabajadores y sus familiares.

Es necesario, por ende, un giro radical en esta concepción: **el micro empresario debe ser asumido y tratado como un trabajador**, ya que normalmente lo es. Debe pasar a ser por ello derecho-habiente de la seguridad social, tanto en materia de salud como de pensiones.

Ahí está el *quid* de la cuestión: el empresario como trabajador.

Prima hoy un criterio economicista: la visión –por cierto atendible y plausible- de que lo que la microempresa requiere es capacidad para crecer. Sin duda que eso es importante; y debe ser tomado en consideración para sentar estrategias que permitan la incorporación plena de la microempresa en la economía formal.

Pero antes de que ello suceda, lo primordial es que la microempresa pueda sobrevivir. En el Perú, y seguramente también en muchos otros países, más de ochenta por ciento de microempresas desaparece antes de cumplir dos años de existencia. La microempresa adolece de alta mortalidad infantil. Parte de la explicación para este fenómeno implacable es la falta de inclusión y protección social.

El empresario dedica demasiado tiempo y esfuerzo a la tarea infecunda de constituir y registrar su empresa, y a realizar trámite tras trámite ante innumerables ventanillas burocráticas, en vez de dedicarlos a aquello a lo que están destinados: producir. Mientras se hace cola en una oficina no se puede producir, como tampoco llenando formularios ni haciendo pagos.

Naturalmente, el reconocimiento del empresario como trabajador y la posibilidad consiguiente de acceder a niveles básicos de inserción y promoción social no es suficiente para incentivarlo a acogerse a la formalidad. Es necesaria una visión más amplia y comprensiva, que acumule

suficientes otras ventajas, en un conjunto capaz de contrapesar los altos costos usuales de la legalidad: facilidades extremas para la constitución, formalización y registro de la microempresa; acceso a mecanismos de financiamiento; monitoreo de la información sobre mercados; estímulo a la creación de conglomerados y *clusters*; incubadoras de proyectos y empresas, y otras muchas medidas, concretan que plasmen una auténtica e integral política de Estado..

Además, el apoyo a la microempresa, como también a la pequeña empresa, debe darse mediante un haz de medidas que incluyen, en los aspectos macroeconómicos, la orientación prioritaria de los recursos hacia las áreas productivas que generan mayor empleo, dotación de infraestructura de servicios, mecanismos de vinculación oferta-demanda, organizando la primera y estimulando la segunda; y orientado hacia lo microeconómico, simplificación de los trámites administrativos y apoyo en la constitución societaria, líneas especiales de financiamiento, información sobre mercados, capacitación gerencial, asistencia técnica, asesoría y consultoría orientada a mejorar la eficiencia en el uso de recursos y, consecuentemente, la productividad, y un larguísimo etcétera.

CONCLUSIONES

1.- La distinción entre trabajo subordinado o dependiente y trabajo autónomo o independiente es de suma importancia, dado que el Derecho laboral se ocupa exclusivamente del primero, y no extiende sus alcances al trabajo independiente, que es el objeto del presente Reporte General.

2.- El criterio de distinción entre ambas manifestaciones de trabajo humano ha sido tradicionalmente la subordinación, entendida como la sujeción del trabajador a las órdenes y directivas de su empleador. Tal criterio de distinción prevalece de modo absoluto en todos los países de la Región americana.

No obstante, en tiempos recientes se viene produciendo un amplio debate que cuestiona tal criterio, sea porque es restrictivo, en tanto que deja sin protección a vastos sectores de trabajadores, sea porque permite incorporar en la misma a otros sectores que en sentido estricto no la necesitan.

3.- Se han propuesto diversos criterios que pueden, según algunos, complementar, según otros reemplazar a la subordinación, y según otros sustituirla con ventaja. Entre ellos destacan la dependencia, entendida sobre todo como dependencia económica, y la ajenidad, propuesta por la doctrina española. En ninguno de nuestros países han tenido acogida, salvo en la doctrina.

4.- La porosidad de la frontera entre el trabajo subordinado y el autónomo genera muchas zonas grises y propicia, así mismo, la utilización de modalidades fraudulentas de evasión.

En la zona gris se ubican, entre otras, modalidades como la llamada “parasubordinación” o sea el trabajo autónomo económicamente dependiente, el teletrabajo y la empresa unipersonal de responsabilidad limitada.

Las modalidades fraudulentas más socorridas son la utilización de contratos civiles (locación de servicios, locación de obra) y también las empresas unipersonales.

5.- No es fácil y quizás sea simplemente no viable la extensión de las instituciones del Derecho individual del trabajo al trabajo propiamente independiente, en especial por la inexistencia de un empleador formal, que impide que haya una persona obligada frente a los derechos que se reconocerían a dichos trabajadores. Ninguna legislación de la Región contempla nada al respecto.

El país más avanzado al respecto es, sin duda, España con su Estatuto del Trabajo Autónomo, que contempla ciertos derechos básicos, como la limitación de la jornada, el descanso semanal y las vacaciones, cuando existe una relación con determinadas características, la principal de las cuales es, como está implícito en el título, la dependencia económica, más allá de la subordinación jurídica.

6.- Más eficaces resultan las instituciones del Derecho colectivo del trabajo. No sólo es viable sino que en la realidad están contemplados en muchas legislaciones el derecho a la libre sindicación, como también el de la negociación colectiva y aún la huelga.

Debe resaltarse al respecto que, a falta de un empleador formal, el ejercicio de derechos como la negociación y la huelga se ejercen frente al Estado, en tanto que representante del conjunto de la sociedad.

7.- El acceso de los trabajadores independientes a la seguridad social no sólo es posible, sino que está previsto y es promovido en la casi totalidad de los países.

Eso no elimina, sin embargo, muchos de los problemas dentro de un sistema de seguridad social contributivo, dadas las dificultades de fiscalización, por un lado, y el alto costo que representa para los trabajadores independientes el tener que asumir el pago de una contribución que en la mayoría de los casos es sufragada también por el empleador, y a veces incluso por el Estado.

8.- Aunque no hay una relación necesaria entre trabajo independiente e informalidad, la realidad social nos informa que existe un vínculo fáctico inocultable: la mayoría de trabajadores independientes labora en la informalidad.

La informalidad es uno de los grandes problemas de la vida moderna.....

9.- Hay otro vínculo que tampoco puede ser omitido: el de la informalidad y la microempresa. Por el contrario, se detecta una sensible interrelación: la mayoría de microempresas son informales, y a su vez muchas de ellas son unipersonales o familiares; y la informalidad reposa, en su mayor entidad cuantitativa, en microempresas.

El microempresario es a la vez trabajador y empresario. Las políticas tradicionales sólo lo registran en esta última calidad; es decir, ignoran o desdeñan su condición de trabajador él mismo: ser un trabajador, un típico trabajador independiente, que da trabajo a otros trabajadores.

Es urgente que nuestros países modifiquen su enfoque y puedan, por un lado, proteger al microempresario, en tanto que trabajador, y, por otro, dotarlo de un régimen que, al tiempo de reconocer los derechos básicos a sus subordinados, no lo asfixie con el peso de derechos que, siendo importantes, no son básicos ni esenciales.

Lima/junio, Guayaquil, octubre 2013.

