

LA SUBORDINACION EN EL SECTOR INFORMAL^(*)

por

ANTONIO GRZETICH

SUMARIO

INTRODUCCION; PRIMERA PARTE: LA REALIDAD; I. LOS NUEVOS RUMBOS DE LA SUBORDINACION; Una definición operativa. Clasificación de actividades informales subordinadas; Concretando la identificación; II. LOS VENDEDORES AMBULANTES; III. LOS CLASIFICADORES DE RESIDUOS; IV. LOS MECANISMOS DE VENTA DIRECTA; El modus operandi V. LA MICROEMPRESA INFORMAL; VI. EL MERCADO MODELO; Los feriantes; VII. SECTOR SUBORDINADO-RURAL; VIII. OTRAS ACTIVIDADES INFORMALES; SEGUNDA PARTE: EL ANALISIS JURIDICO IX. TRABAJO DE SUBSISTENCIA; EXCLUSION DE ACUMULACION CAPITALISTA; Pauta normativa; X. EXCLUSION DEL TRABAJO APARENTEMENTE INFORMAL QUE OCULTA RELACIONES DE SUBORDINACION; Comodato y venta; Los sucursaleseros; La venta directa; Pauta normativa; Refutación de una posición doctrinaria; XI. TRABAJO SUBORDINADO EN LA MICROEMPRESA INFORMAL; Informalidad "stricto sensu"; Pauta normativa; La microempresa subcontratada; Pauta normativa; XII. MERCADO MODELO; CONCLUSIONES.

INTRODUCCION

1. Nadie duda que el mercado de trabajo está en medio de un proceso de profundas modificaciones. No es ajeno al mismo, el acelerado ritmo de los cambios tecnológicos, que no han sido liberadores del nombre, por lo menos, en la dimensión posible.

Tampoco se discute que el derecho del trabajo es afectado por otros cambios productivos y de mercado de empleo. La tesis de la "flexibilidad laboral" no es más que una de las formas de expresarse ideológicamente esos cambios, actuando incluso como factor catalizador. Y, sin duda, el trabajo informal no escapa a esta relación de concausas.

(*) Informe final correspondiente a la investigación realizada para la Facultad de Derecho (Universidad de la República), junio de 1994.

Cabe preguntarse si estamos ante una disminución, o incluso, una futura desaparición del trabajo asalariado. Complementariamente, plantearse si este fenómeno puede verse optimistamente, como una superación de las relaciones de subordinación, o debe mirarse como un fenómeno en que la dependencia sólo cambia de forma. Podría tratarse, incluso, de una modalidad más grave de explotación, en que el trabajador informal sea, simplemente, aquel que no pueda ingresar al sector "privilegiado" del trabajo legalmente protegido.

2. Las diferentes estrategias de las empresas a fin de reducir los costos laborales conducen, irremisiblemente, a desdibujar los signos de la subordinación, sobre todo si la entendemos exclusiva o predominantemente como subordinación jurídica. En efecto, el trabajo se va a cumplir, en muchísimos casos, de manera no vigilada, alejado el trabajador de todo control directo, y la relación se va a documentar -y realizar- como si fuera una relación comercial.

Otras veces ese trabajador se va a hacer auxiliar con colaboradores y se convertirá en un aparente (o real) empresario, de pequeña escala, sin respaldo económico, es decir, sin margen de utilidades suficiente como para poder cumplir con las obligaciones laborales y de seguridad social para con sus trabajadores. Los beneficios los recoge, sin responsabilidades, el empresario del que depende. Posiblemente estamos ante una de las facetas más gravitantes de la informalidad.

3. Aquí aparece la disyuntiva del derecho del trabajo: o se buscan medios para proteger estas situaciones de nueva subordinación, o se las considera extrañas al derecho del trabajo. Ya el tema ha sido abordado en diferentes eventos internacionales. Jorge ROSENBAUM ha informado sobre un encuentro que tuvo lugar en Puebla, en noviembre de 1992, donde se discutió precisamente el problema mencionado, existiendo defensores de ambas posturas: quienes como Alonso Olea indicaban que todo trabajo que no fuera por cuenta ajena quedaba al margen del derecho del trabajo, frente a quienes señalaban que, necesariamente, a los trabajadores informales se les iban a ir concediendo derechos de seguridad social, limitación de jornada; etc.. A su vez, el tema ha ocupado la Memoria del Director General de la O.I.T. en 1991⁽¹⁾.

4. Históricamente, con la revolución industrial se produjo una gran explotación del trabajo humano, que originó luego, como respuesta, el derecho del trabajo. Esta nueva "gestación", ¿debe provocar el mismo sufrimiento para generar luego una nueva forma de regularlo, o debemos adelantarnos, encauzando el cambio?.

⁽¹⁾ Jorge Rosenbaum: informe verbal en el Instituto de Derecho del Trabajo-F.D. Y C.S.; HANSENNE, Michel: "El dilema del sector no estructurado", O.I.T., Ginebra, 1991.

Ha sido dicho que el derecho del trabajo nació en épocas de crisis y se ha desarrollado con ellas. ¿Estamos ante una crisis de crecimiento?. ¿Surgirá un nuevo derecho del trabajo que ampare al trabajador informal, tanto al "independiente", como al "dependiente" de las nuevas formas de trabajo sutilmente dirigido?.

No estamos en condiciones de responder estas preguntas. Ni lo pretendemos. Trataremos simplemente de plantear algunos problemas concretos mediante los que se expresa el fenómeno y sugerir algunas posibles líneas de análisis, o plantear eventuales vías de solución jurídica. Aquellas preguntas seguramente se responderán en el futuro, por el desarrollo de los hechos sociales y jurídicos.

5. El presente informe se dividirá en dos partes: la primera que buscará identificar las modalidades o "tipos" de trabajo informal dependiente; la segunda, en la que se realizará un análisis teórico de la realidad descrita en la primera parte.

PRIMERA PARTE

LA REALIDAD

I. LOS NUEVOS RUMBOS DE LA SUBORDINACION

Una definición operativa

6. A fin de poder desarrollar nuestra investigación, es preciso definir lo que entendemos por *trabajo informal subordinado*.

En tal sentido, puede intentarse una aproximación al fenómeno diciendo que el *trabajo informal es el realizado por trabajadores independientes o en pequeñas unidades económicas, con un capital limitado, una capacitación escasa y una tecnología rudimentaria o artesanal, con una organización elemental, sin división de trabajo y con una muy baja productividad sin cumplir las formalidades legales ni las normas tributarias, laborales y de seguridad social.*

Partiendo de este concepto y excluyendo el trabajo independiente, tenemos el concepto de trabajo informal subordinado. Se trata de tareas en empresas marginales, vinculadas al subempleo y a las llamadas "estrategias de sobrevivencia".

Sobre esta definición y el desarrollo del concepto que encierra, nos extenderemos con amplitud en la segunda parte de esta investigación.

Clasificación de actividades informales subordinadas

7. Pero más que una definición, lo que interesa especialmente es intentar *identificar diferentes categorías de trabajadores informales dependientes*.

A) *La subordinación oculta*. Una primera de ellas es la de aquellos trabajadores que aparentemente trabajan por cuenta propia, que muchas veces se consideran ellos mismos como tales, pero que "son esencialmente *asalariados encubiertos*", que reciben insumos y entregan bienes o servicios a un sólo y mismo "empleador".

En el mismo se encuentran también "*los artesanos o vendedores callejeros*", los cuales carecen de locales propios y cuyo trabajo puede estar controlado por los propietarios de esos locales o por proveedores de crédito o de factores de producción⁽²⁾.

En esta primera categoría podemos encontrar algunos casos en que la subordinación es notoria y, simplemente aplicando afinadamente los conceptos de subordinación clásica, se pueden detectar. Junto a esos casos, existen otros, en que la dependencia será difícil de probar y sólo podrán determinarse responsabilidades laborales y sociales, si se legislara expresamente. En esos casos, los instrumentos del derecho laboral clásico no son suficientes.

B) *Los asalariados de empresas informales*. A los fines de ubicar esta categoría es necesario delimitar concretamente lo que se entiende por empresas informales. Son aquellas de pequeña escala, que poseen un capital limitado y que encuadran en la definición expuesta (Nº 6).

C) Una tercera categoría que debe mencionarse es la de aquellas personas que *trabajan para empresarios formales*, pero que, por una serie de razones de hecho (tipo de producción o servicio, facilidades para eludir la fiscalización, etc.) funcionan en idénticas condiciones que los informales. Estamos *en la difusa zona entre el trabajo informal y el trabajo clandestino o negro*. Es discutible su inclusión dentro del trabajo informal, no respondiendo estrictamente a la definición esbozada, pero la profundización del tema nos lleva a no dejarla de lado, por lo menos, como una de las "categorías vulnerables de trabajadores"⁽³⁾.

⁽²⁾ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: "Promoción del empleo por cuenta propia", Informe VII, a la 77ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1990, p.2. subrayados ntros. Respecto de los artesanos cabe destacar la existencia de un tipo de artesano: el más vinculado a actividades artesano-artísticas, que elige muchas veces su trabajo como opción de vida. No sería un trabajador informal, en el sentido de que no se vería empujado a esa actividad por la necesidad de supervivencia, sino por una inclinación vocacional.

⁽³⁾ O.I.T.: "El trabajo en el mundo", 1987. Vol.3. Cap.6. p.123.

Concretando la identificación

8. decíamos recientemente que los vendedores ambulantes, con quienes más directamente se relaciona el tema de la informalidad, no son más que la parte visible del "iceberg", quedando escondida su mayor parte⁽⁴⁾. Es en esa parte oculta donde seguramente el nivel de dependencia es porcentualmente más alto. Debemos abocarnos a la difícil tarea de tratar de "revelar" este sector desconocido. Sin pretender lograrlo más que de manera muy parcial, iremos desarrollando el fruto de nuestras investigaciones.

II. LOS VENDEDORES AMBULANTES

9. La venta ambulante o callejera (ambulante en el sentido de que son puestos que se arman y desarman y callejera por su ubicación en lugares públicos) es la zona más visible de la informalidad. Sin embargo, su número no es tan significativo como su notoriedad. Por otra parte, existe en este sector un porcentaje importante, aunque de difícil determinación precisa, de trabajo independiente.

10. En Montevideo, la Intendencia Municipal realizó en 1990 una encuesta entre los vendedores que desarrollaban su actividad en el conjunto de puestos ubicados sobre 18 de julio, 8 de octubre y Av. Agraciada (Paso Molino)⁽⁵⁾, en que se censaron 1549 puestos. Si consideramos que, de acuerdo a la misma encuesta, existe un promedio de personas que atienden cada puesto, situado en la cifra de 1,21, podemos calcular que este universo comprendería el trabajo de unas 1874 personas. Ese número ha ascendido y a la fecha (mayo-junio/93) se han otorgado 2.300 permisos. Si siguiéramos la misma proporción de personas por puesto tendríamos un conjunto de 2.783 trabajadores.

Es cierto que también existe venta ambulante en otras ciudades del interior, algunas con importante contingente de trabajadores (experiencia de Salto), pero de todos modos, representa una cantidad exigua en el conjunto del trabajo informal. Recuérdese que se ha estimado entre un 28 y un 30% de la Población Económica Activa (P.E.A.)⁽⁶⁾, lo que significa un número aproximado de unas 280.000 personas.

⁽⁴⁾ GRZETICH, Antonio: "Un nuevo fantasma del subdesarrollo: la informalidad", en rev. Asesoría Laboral, Lima, 1992, N° 18 p.16.

⁽⁵⁾ Datos proporcionados por el Dr. Enrique Echeverría, Director de Servicios Generales de la I.M.M..

⁽⁶⁾ COBAS, E. Y NOTARO, J: "El mercado de trabajo", Montevideo, 1989, p. 46, lo sitúan en un 28%. Por su parte FAROPPA, Luis A.: "Expansión del sector informal", en periódico "Opinión" 17.9.89 refiere que el Ministerio de Trabajo lo habría estimado en un 30% según publicación de "El Día" del 17.9.89.

Ahora bien, decíamos que dentro de este grupo de trabajadores, por la propia índole de las tareas, es frecuente encontrar al trabajador individual e independiente. Junto a este tipo de trabajador existe otro, que trabaja como permisario o "dueño del puesto" junto a otros integrantes del grupo familiar, a fin de optimizar el ingreso del núcleo.

En tercer lugar aparecen dos categorías de trabajadores *dependientes asalariados* entre los ambulantes: a) los contratados por el permisario, para asistirlo o sustituirlo en determinados horarios o días y b) los permisarios que, individualmente o junto a otros trabajadores, dependen de un capitalista.

11. De la encuesta municipal pueden extraerse algunos datos de interés.

El primer elemento a consignar es el porcentaje de *trabajadores dependientes* dentro de los ambulantes. De acuerdo a la encuesta, el 74% de estos trabajadores son dueños, socios o familiares y *el 26%* restante sería empleado.

Estos datos son algo aleatorios, por cuanto esta pregunta seguramente no fue contestada sinceramente en muchos casos, ya que podría determinar una exclusión del permiso. La propia encuesta lo señala: "Conviene precisar en este punto que en los casos en que el entrevistado se declaraba dueño del puesto, pero en la pregunta sobre tipo de salario (pregunta filtro) declaraba percibir comisión, se cambió la situación del entrevistado por la de empleado, en el entendido de que ésta era la categoría que reflejaba mejor la realidad"⁽⁷⁾.

Otros datos que pueden extraerse confirman muchas de las tendencias que habitualmente se manejan al describir la informalidad.

En cuanto al *nivel socioeconómico*, interesa destacar que mientras que en la población general de Montevideo el 55% es propietario de su vivienda, en la población constituida por los encuestados, sólo el 16,8% lo es. Incluso el 13% de los ambulantes son usuarios de viviendas prestadas, ocupantes de hecho (intrusos) o personas que habitan viviendas municipales. Estos datos estarían demostrando el carácter de actividad marginal que hemos definido.

Por otra parte, el 80% de los puestos declaró no estar *inscriptos en la D.G.I. ni en el B.P.S.*

Los ambulantes trabajan *más de 8 horas* diarias en una proporción mayor que la población general.

Los *ingresos* varían según la edad (aunque en una relación inversa: a mayor edad menores ingresos), lo que se vincula al mayor nivel de instrucción de los jóvenes, que es una variable que se asocia positivamente con el ingreso.

⁽⁷⁾ Intendencia Municipal de Montevideo: "Encuesta de ambulantes" 1990, Capítulo III núm. 32.

Otro dato que interesa refiere al *tipo de salario* cobrado, ya que el 55% de los empleados percibe su salario como *comisión de ventas*.

La encuesta no profundiza algunos detalles, como si éste es el único pago que recibe el trabajador (o si percibe aguinaldo, licencia, o salario vacacional); cuál es el porcentaje de la comisión o el monto de los sueldos, lo que también sería de sumo interés.

12. Una entrevista mantenida con un vendedor ambulante y militante sindical del sector⁽⁸⁾, permite llenar alguna de estas lagunas. Expresaba que todos los puestos tienen un alterno o más de uno. Muchas veces es familiar; en otras ocasiones es asalariado. Los jornales pagados oscilarían entre \$15 y \$30 diarios (3.75 y 7.50 dólares respectivamente), lo que multiplicado por 25 jornales nos daría una mensualidad de \$375 a \$750. No obstante, también reconocía que en muchísimos casos no se superaba el salario mínimo nacional que, como se sabe, está determinado de manera sumamente baja y no guarda relación alguna con lo que pudiera ser un salario mínimo vital.

Afirma también que esa cifra es lo único que se paga, no existiendo licencia paga, ni aguinaldo, ni salario vacacional. El sueldo se fija exclusivamente por arreglo individual, de acuerdo a las posibilidades y aptitudes personales del empleador y a las mayores o menores necesidades de trabajo y de ingreso del empleado.

Es de destacar que nunca ha habido inspecciones del Ministerio de Trabajo.

13. El problema no es sólo montevideano, sino que existe en muchísimas ciudades del interior, seguramente en casi todas. En Colonia, en la Plaza Mayor del Barrio Histórico hay instalados unos 65 puestos (inicialmente de artesanos) que el gobierno municipal intenta trasladar de lugar, frente a la resistencia de los trabajadores que sostienen su derecho a permanecer en ella ya que la ocupan desde 1979⁽⁹⁾.

En Salto, SARNICOLA Y PANIAGUA, dos estudiantes del curso de Carlos Casalás en la Universidad del Norte, realizaron una investigación sobre el trabajo informal subordinado en la ciudad.

Allí se concentra en una cuadra (de una manzana perteneciente a un predio de la Universidad de la República), una importante venta callejera, donde buena parte de los vendedores trabajan en relación de subordinación,

⁽⁸⁾ Se trata del Sr. Edgardo Villarubia.

⁽⁹⁾ Fuente: "El País" de 6/6/93.

hablando del "patrón", que los estudiantes ubican concretamente como "los contrabandistas"⁽¹⁰⁾.

De sus entrevistas (12 personas interrogadas a través de un cuestionario de 10 preguntas uniformemente realizadas) obtienen los siguientes datos:

- * Los lugares de trabajo presentan serias deficiencias sanitarias.
- * Los informales trabajan entre 10 y 12 horas diarias.
- * Descansan únicamente los domingos por la tarde.
- * No gozan de licencia anual, salario vacacional, ni beneficios laborales.
- * No existe ningún tipo de organización sindical que los agrupe.
- * La retribución por el trabajo cumplido es variable y puede consistir en pago por día, semanal, mensual o comisiones sobre las ventas. A eso debe agregarse el pago de la alimentación que a veces la costea el empleado, en otros el patrón y en terceros casos lo hacen por mitades⁽¹¹⁾.

III. LOS CLASIFICADORES DE RESIDUOS

14. En Montevideo se han registrado (voluntariamente) 3.153 clasificadores en el período comprendido entre setiembre de 1990 y diciembre de 1991. De ellos 2.807 (89.03%) son hombres y 346 (10.97%) son mujeres. De cada registrado dependerían unas 4 o 5 personas. El 65% declara tener familiares a cargo, mayoritariamente menores de 12 años.

Un grupo de trabajo de la I.M.M., formado por diez hombres y una mujer, coordinado por una asistente social, está supervisando las 24 horas del día la problemática de los recolectores. Esto ha generado un contacto fluido donde los integrantes de la Comuna y los clasificadores se conocen y reconocen mutuamente. Un dato interesante es que al entregársele la matrícula para el carro (que persigue fines objetivos de identificación) algún recolector ha manifestado su satisfacción y su dignificación: "Ahora soy un trabajador; ya no soy un pichi"⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ SARNICOLA Héctor F. y PANIAGUA Lido R.: "Investigación sobre el trabajo informal en la actividad realizada por los contrabandistas, dentro del vínculo con sus subordinados, en relación al derecho laboral y la aplicación o no de sus normas y principios", p. 6.

⁽¹¹⁾ Idem: pp. 8 y 9.

⁽¹²⁾ Estos datos fueron recogidos en la entrevista que nos concediera la Asistente Social Ethel Gazzana, encargada del Grupo de Trabajo con Clasificadores de Residuos, así como de la documentación censal que nos facilitara.

15. Las edades de los clasificadores censados oscilan entre los 18 y los 74 años, ubicándose entre los 20 y los 50 años el grueso de la población. El "pico" censal se produce entre los 35 y los 39 años.

El Centro Comunal Zonal (CCZ) que tiene más hurgadores residentes es el N° 11, seguido por el N° 9, 17 y 14, aunque existen en todos los lugares. El CCZ N° 3 es el que registra menor número de residentes.

Un 44% declara conocer otro oficio (un 6% lo ejerce en la actualidad). Un 29% de ellos dejó ese oficio en la década de los 80. La experiencia en "clasificación" tiene una antigüedad menor a un año en un 7% de los trabajadores; el 30% posee una experiencia de entre 2 y 5 años; entre 6 y 10 años se ubica un 26%. Esto significa que un 63% de los hurgadores tienen una antigüedad en este nuevo trabajo menor a 10 años y un 87% no alcanza los 20 años. Lo que permite ubicar temporalmente la crisis del empleo y el auge de la informalidad, coincidente con el desarrollo que ha tenido en casi todos los países subdesarrollados.

Los hombres son -normalmente- los que cumplen la tarea de recolección; las mujeres y los niños realizan la clasificación en sus casas. Las cifras del censo: 70% de los clasificadores trabajan solos; un 23% acompañados por un familiar y un 7% ayudado por otro no familiar. De las declaraciones censales surge que *el 99% trabaja por su cuenta y sólo el 1% trabaja para terceros.*

El 43% trabaja 6 días a la semana; el 22% trabaja todos los días y el 17% lo hace sólo 5 días semanales. En cuanto al horario, la mayoría (62%) trabaja entre 5 y 8 horas; el 20% trabaja más de 8 horas y un 18% trabaja menos de 4 horas diarias.

La mayoría de estos trabajadores tienen vehículo propio, que emplean individualmente o en el grupo familiar. Un 81% declara poseerlo (ya sea de tracción animal o humana), un 10% trabaja con carro prestado por algún familiar o amigo y un 1% *declara que pertenece a un depósito empresa u otro.*

Cuando son los "depositeros" quienes se los dan para trabajar (1% de los casos) aparece una situación de subordinación. Algunos de estos dueños de depósitos son egresados del sector trabajador, otros ya tienen un perfil más empresarial. La relación entre depositeros y hurgadores es bastante especial: sin duda hay un importante grado de explotación por parte de los primeros, pero a su vez, en algunos casos, asumen un papel paternalista, funcionando como verdaderas cajas de auxilio del informal. Cuando el vínculo se desarrolla con exclusividad (o preminentemente exclusivo) y, sobre todo, con continuidad, se crean lazos de conocimiento y el trabajador recurre muchas veces al depositero, en situaciones críticas, para que le conceda préstamos u otro tipo de ayuda.

La ganancia obtenida por un clasificador puede oscilar entre los 30 o 40 pesos uruguayos por día (unos 8 a 10 dólares) aunque esta cifra es muy variable.

16. En todo caso, e independientemente de los análisis jurídicos que puedan determinar lazos de subordinación y aún de explotación es evidente que antes que nada, nos enfrentamos a un problema social, que de ninguna manera se puede resolver sólo con normas jurídicas, sino que es necesario cambiar hábitos mentales muy arraigados, y desarrollar una intensa labor de promoción de estos trabajadores.

El Grupo de Trabajo mencionado intenta, por distintos medios, la promoción social y humana de los hurgadores. Es ilustrativo que el simple otorgamiento de una matrícula (que podría identificarse como un ataque a la independencia) se valora como dignificador: dedicarse al tema ya genera reacciones positivas en sí mismas. Lo demás, sugiere un trabajo mucho más arduo. El intento de formar asociaciones para mejor producir o comercializar choca con el individualismo y la precariedad profundamente introyectado en los hurgadores. Sólo el 2,5% declara integrar algún grupo de trabajo. Muy pocos limpian o clasifican el material introduciéndole un "valor agregado". En todo caso los métodos utilizados son absolutamente primitivos.

En este momento existen unos 10 lugares de clasificación en la vía pública o en campos municipales y se están proyectando dos plantas de clasificado, las que estarían cerradas y contarían con servicios higiénicos, etc..

17. No sabemos lo que ocurre en el interior del país, pero tenemos noticias de que en Juan Lacaze han aparecido estudios en la prensa al respecto, lo que está demostrando su importancia en la zona. Seguramente no es el único caso.

IV. LOS MECANISMOS DE VENTA "DIRECTA"

18. Se trata de un mecanismo de comercialización de bienes de consumo que se expande cada día más. Comenzó con la venta de algunos plásticos y cosméticos, pero ha ido abarcando cada vez mayor cantidad de productos.

Estas empresas (formales y en muchos casos con importantes capitales) tienen personal propio: administrativo, de servicio, etc. y, además, un núcleo de "supervisoras" o "encargadas de grupo". Estas empleadas trabajan en zonas delimitadas por la empresa, captando y capacitando "vendedoras independientes". Establecen contacto con amas de casa, estudiantes, jubilados o trabajadores que buscan complementar su salario. Obtienen la casa de una de estas personas para realizar reuniones con un núcleo de invitados del dueño de casa. Allí explican las bondades del producto en cuestión, entregan folletos, catálogos, muestras y listados de precios sugeridos.

El modus operandi

19. Los interesados en entablar una "relación comercial" con la empresa, firman un contrato, obviamente, "mercantil". Tenemos un ejemplar impreso de

uno de ellos, del que extraeremos las cláusulas principales a fin de ilustrar precisamente sobre la modalidad en estudio: el contrato, encabezado por una descripción de "zona" y "área", se realiza entre la empresa y "la revendedora".

La primera de las cláusulas describe las "directivas" de comercialización de la empresa, como por ejemplo, que la empresa divide cada año comercial en un número determinado de campañas de venta.

En la segunda se manifiesta que la empresa venderá a la revendedora los productos que figuran en sus catálogos en las fechas que indica y en determinadas condiciones formales establecidas. Puede considerarse como un contrato de adhesión, aunque si lo vemos con óptica laboralista detectamos un claro poder de dirección, aunque sutil y desdibujado por matices atípicos.

Existe una cláusula en que "la revendedora se reserva el derecho de vender otros productos (...) y celebrar contratos con otras empresas para la distribución de sus productos". Queda claro que no se exige exclusividad.

Por otra cláusula "las partes *de común acuerdo* han seleccionado un vecindario cercano al domicilio de la revendedora en el cual ésta desarrollará *preferentemente* las *actividades comerciales* relacionadas con este contrato" (sbryo.ntro.).

También se indica que "en el desarrollo de su negocio, la revendedora actuará con absoluta libertad, en materia de precios y de técnicas de venta". Aunque "siempre que la revendedora lo solicite la empresa suministrará a ésta las técnicas de venta, que le permitan un mayor rendimiento de su trabajo".

Al contrato se le pone un plazo de seis meses, prorrogables automáticamente, salvo comunicación expresa y con antelación, de la voluntad rescisoria, o mediante la omisión de parte de la revendedora de remitir "ordenes de compra" en determinado lapso.

En otros casos, las revendedoras son denominadas "clientas", las supervisoras como encargadas, u otras denominaciones, pero, en definitiva, el mecanismo es el mismo.

V. LA MICROEMPRESA INFORMAL

20. La forma más típica de relaciones de trabajo subordinada en el ámbito de la informalidad ocurre, naturalmente, dentro de las microempresas. Por éstas entendemos todas aquellas actividades que son realizadas por dos o más personas, donde existe, aunque sea incipientemente, una organización empresarial. Además, aunque predominantemente tienen una composición familiar, utilizan, en algunas oportunidades, mano de obra asalariada. La microempresa puede dedicarse al comercio ambulante o a las ferias vecinales

o almacenes de barrio, tanto como a pequeñas industrias o servicios. También puede existir en las tareas rurales.

Si esa microempresa puede considerarse informal, en virtud de caracterizarse por la baja dotación de capital, reducida productividad, limitada tecnología, escasa o nula división de trabajo, etc., estamos entonces ante la subordinación clásica, pero dentro de una empresa caracterizada por no perseguir (o, mejor dicho, objetivamente no lograr) un proceso de acumulación capitalista, sino que busca o logra únicamente *optimizar el ingreso familiar*, en una típica *estrategia de sobrevivencia*.

Personalmente cuando nos situamos ante el microempresario informal, entendemos encontrarnos frente a quien socialmente no es más que un trabajador. Aunque sea el dueño de sus herramientas o máquinas, debe trabajar personalmente para sobrevivir y muchas veces será dependiente de otra empresa mayor. Sin perjuicio de esa consideración -importante en cuanto se pretende un tratamiento tuitivo- no deben dejar de indicarse las diferencias: la más importante de todas, desde el punto de vista del derecho laboral, es que dicho trabajador-empresario se convierte en empleador, es decir, contrata (o subcontrata) mano de obra asalariada.

21. LONGHI caracteriza estas microempresas por la inexistencia de trabajo asalariado, pero cuando éste, excepcionalmente existe, se dan relaciones de trabajo cuyas obligaciones son altamente difusas, tanto en la tarea que le corresponde desempeñar, como en los días de trabajo y la extensión de la jornada, del trabajo semanal o anual. También es difuso el tema de las remuneraciones y no existe cobertura de seguridad social. Señala el autor que "estas unidades contribuyen entonces a la diferenciación y desigualdad en el conjunto de los trabajadores dependientes, al constituir un componente de trabajadores más desposeídos, más desprotegido legalmente, más aislado, con vínculos más directos con su patrón, menos calificado, peor remunerado y más explotado. Estos datos sugieren que se trataría de un trabajador menos sindicalizado y movilizado"⁽¹³⁾.

22. BAYCE, por su parte, señala que "aunque un alto porcentaje de la mano de obra es familiar y dentro de ella una buena parte sobreexplotada y femenina, las razones del uso de mano de obra familiar están más ligadas a la identificación física del hogar con el negocio (lo que lleva a no introducir muchos extraños) y también a *la necesaria confianza que debe existir para tolerar la zafralidad, la clandestinidad, el impago de beneficios sociales, etc.* Todo esto implica una dosis de confianza interpersonal que es visualizada como

⁽¹³⁾ LONGHI, Augusto: " Sobre la pequeña empresa y las empresas de Montevideo", en "El trabajo informal en Montevideo", Montevideo, 1986, pp. 97-98.

más probable entre familiares (aunque se busca también vecinos, compañeros de trabajo, amigos, etc.). O sea, todos aquellos que pueden compartir la aventura sin exigencias que se consideran inviables en muchos casos (...)"⁽¹⁴⁾.

23. En lo interno, pues, la microempresa informal significa, como el resto del sector, incumplimiento de la normativa laboral y social... entendiéndose que ese incumplimiento es forzado por las circunstancias económicas en que dichas empresas se desenvuelven. Pero agravado en cuanto existe diferenciación patrono-obrero. Y aunque la diferencia esté minimizada, por cuanto el patrón es un trabajador más que apenas sobrevive, el empleo de trabajo asalariado sin cumplir la normativa mínima existente obliga a un análisis aparte. Exige intentar fórmulas que permitan un mejor relacionamiento.

A esos efectos es interesante ver como funcionan estas microempresas en lo externo...

24. Nos referimos a las relaciones de subcontratación existentes entre estas empresas y otras mayores, netamente incluídas en la economía capitalista.

Afirma RUAS⁽¹⁵⁾ que "las relaciones de subcontratación aparecen como una de las configuraciones de la división social de trabajo, a partir de la cual una de las partes, la subcontratante (en general representada por una empresa de gran tamaño), solicita a otra, la subcontratada (representada a veces por empresas, a veces por individuos aislados), la elaboración o el mejoramiento de un producto entero o de una parte, bajo la forma de piezas o componentes, o asimismo un servicio que va a componer de algún modo el producto final".

La subcontratación reporta evidentes ventajas a las empresas contratantes. Entre ellas cabe mencionar la economía en el uso de locales, instalaciones, máquinas y equipamientos, reducción de los costos referentes a la admisión y gestión de la mano de obra y, especialmente, más flexibilidad para enfrentar las fluctuaciones de la demanda⁽¹⁶⁾.

Para este autor el trabajo a domicilio aparece como la forma más rudimentaria de subcontratación, mientras que las "redes de subcontratación" serían de las formas más adelantadas⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ BAYCE, Rafael: "Una refutación de teoría, una crítica de la práctica: pequeñas empresas manufactureras uruguayas 1968-78-84" en ob. colect. "La nueva crisis urbana, pobreza extrema y pequeñas empresas", Montevideo, 1985, p. 55, (subrayado nuestro).

⁽¹⁵⁾ RUAS, Roberto: "Notas acerca das relações entre trabalho a domicílio, redes de subcontratação e as condições de competição", en ob. colect. "O trabalho invisível", Rio de Janeiro, 1993, p. 26, traducción nuestra.

⁽¹⁶⁾ Idem, idem.

⁽¹⁷⁾ Idem, p. 27.

Muchas veces a través de estas redes se generan ciertas relaciones estables y un grado importante de asistencia técnica. Pero junto a estas formas de relacionamiento avanzado, se conoce ampliamente la contratación de firmas marginales, donde la gestión de la mano de obra sería mucho más precaria, especialmente en lo que se refiere al trabajo femenino. Es interesante la forma de "visualizar" este trabajo "invisible", según un trabajador del calzado: *"às vezes se conhece um ateliê pela quantidade de carrinhos de bebê parados ao lado da casa; parece um estacionamento"*⁽¹⁸⁾.

Por último nos interesa destacar en este espigamiento que hacemos del trabajo del autor brasileño, como, de acuerdo a las respuestas de gerentes de empresas entrevistados, *"el principal interés de las empresas contratantes es, también, la reducción de los costos de producción y la transferencia a terceros de los problemas de control y disciplina de la mano de obra y de los pagos de los beneficios sociales"*⁽¹⁹⁾.

25. Por su parte, LINDENBOIM hace un análisis evolutivo de la informalidad, señalando como en los años setenta y ochenta *reaparece la pequeña producción "aunque esencialmente subordinada a las grandes empresas"*, explicando que "la búsqueda de menores costos por parte de esos sectores líderes los impulsa a contratar a pequeñas unidades productivas que son las que se hacen cargo -o evaden- los costos de la legislación laboral y social así como de los problemas de estacionalidad (...) tal tipo de fenómenos también se verifican junto con los vinculados con la evasión de las obligaciones legales (laborales, impositivas, etc.). De este modo ingresa en la escena la economía negra o subterránea"⁽²⁰⁾.

26. De este autor importa destacar que luego de reseñar los distintos enfoques explicativos de la informalidad, como fenómeno estructural, indica que aparece uno más reciente que postula que las causas se encuentran en la superestructura, en especial, en la abundancia de normas estatales que justificaría la alta proporción de evasores que manifiestan, de ese modo, el "ahogo" de su espíritu empresarial, debido a la amplitud de las regulaciones estatales. Se refiere al enfoque neoliberal, y más concretamente, a Hernando de Soto⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ Idem, pp. 33,34 y 38.

⁽¹⁹⁾ Idem. p. 40.

⁽²⁰⁾ LINDENBOIM, Javier: "Microempresa, situación ocupacional y precariedad", en "La precarización del empleo en la Argentina", pp. 111 y 112.

⁽²¹⁾ Idem p. 112.

Nos importa esta mención, para explicar por qué nosotros deslindamos el trabajo informal (aquel fenómeno de autoempleo real), del trabajo negro, donde se esconden relaciones de subordinación jurídica ineludible, y entre ellas, las relaciones de subcontratación que estamos abordando.

Precisamente, porque no consideramos ese "ahogo" empresarial, como justificativo para la elusión del derecho del trabajo o de la seguridad social: por eso decimos que cuando no se trata de mera subsistencia, estamos ante el puro incumplimiento.

Admitamos la necesidad de cambios en materia de tramitación, e incluso en las bases de tributación de la seguridad social, pero sin que la promoción de esos cambios signifique la justificación que hace DE SOTO⁽²²⁾.

27. Por último, recordemos que el fenómeno ha sido destacado para Uruguay por Prates, Longhi y Raso, entre otros, e incluso, a nivel mundial, por el propio Director de O.I.T., Michel Hansenne⁽²³⁾.

28. Sin duda el fenómeno de la subcontratación incide fuertemente en el incumplimiento del derecho laboral, ejerciendo una forma de producción que dificulta ver con claridad las relaciones de subordinación existentes. Los empleadores mediante la aplicación de esos procesos productivos se autoexoneran de las obligaciones laborales y de seguridad social, sin que hasta ahora exista una reacción político jurídica, de reforma y actualización de la normativa laboral para abarcar estas situaciones que pretenden escapársele. En la segunda parte de este trabajo volveremos sobre el tema.

VI. EL MERCADO MODELO

29. Como arquetipo de otros mercados similares, el Mercado Modelo aparece como fuente de trabajo subordinado, que consideramos puede calificarse de *generador de informalidad*.

Con esto queremos decir que a pesar de que estos trabajadores podrían registrarse por el derecho laboral común, existen algunas características particulares que inciden para que ese derecho no se cumpla (integra la categoría C de nuestra definición).

(22) DE SOTO, Hernando: "El otro sendero". Lima, 1987. Nuestra crítica a este intento explicativo puede verse en "El trabajo informal. Un enfoque jurídico laboral" cit. pp. 48 y 49.

(23) PRATES, Suzana: "Las trabajadoras domiciliarias en la industria del calzado". Montevideo, 1987, pp. 14-15; LONGHI, Augusto, ob. cit. p. 101, entre otras; RASO DELGUE, Juan: "El papel de la concertación", en ponencia presentada al Segundo encuentro de Ex-becarios de Bologna, pp. 9 y 10; HANSENNE, Michel: "El dilema del sector no estructurado", Memoria del Director General, Ginebra, 1991 p. 7.

30. El tema del Mercado Modelo es de los menos ocultos, por cuanto los problemas allí existentes han trascendido a la prensa⁽²⁴⁾, e incluso, han generado estudios a nivel del Ministerio de Trabajo.

En efecto, en el correr del año 1989 (aunque cabe citar antecedentes más remotos como un proyecto de ley de 1971), la Asesoría Técnica de la Dirección Nacional de Recursos Humanos de ese ministerio, decidió analizar en profundidad la problemática laboral y de funcionamiento de este mercado, a raíz de un planteo de la organización de gremiales vinculadas al mismo⁽²⁵⁾.

31. El Mercado Modelo es precisamente un lugar donde concluyen oferta y demanda de productos agrícolas, pero también un importante mercado de trabajo. Se mueve dentro de él una población trabajadora de entre 3.000 y 4.000 personas.

Actualmente, a partir de la nueva administración municipal⁽²⁶⁾, en la dirección del Mercado se encuentra una Comisión Administradora (C.A.M.M.) integrada con delegados de la Intendencia y de cada uno de los sectores involucrados: productores, intermediarios, sindicatos, etc, en un muy amplio espectro participativo. Sólo la Administradora tiene unos 100 empleados (fijos y formales). A su vez esta comisión se encarga de la contratación de una empresa a los efectos de la limpieza mayor.

Existen productores, mayoristas (de primera y de segunda venta -estos últimos conocidos como "lechuzas"-), algunos con puestos fijos y galpones; otros con puestos fijos pero en la explanada central del mercado. Entre ellos se fijan los precios de los productos agrícolas.

Los productores pueden traer personal propio y fijo o contratar trabajadores en el mercado, ya sea directamente a "peones sueltos" o a través de los "pandilleros" (subcontratistas de mano de obra) que son quienes contratan con los changadores, generalmente de manera más o menos fija.

También están los "zorreros" (propietarios de una "zorra" o carro para el traslado de la mercadería) que trabajan solos o con ayudantes. Algunos son trabajadores independientes y otros pequeños empresarios que pueden poseer dos, tres o más zorras y por lo tanto un número mayor de trabajadores dependientes.

⁽²⁴⁾ A sólo título ilustrativo citaremos: ROLDOS, Enrique, "Antimodelo de Mercado", en semanario "Brecha" de 18/8/89.

⁽²⁵⁾ La Dra. Rosario LAGARMILLA fue quien nos proporcionara abundante material sobre el tema, siendo la funcionaria que realizó la investigación y el informe en el que basamos nuestra exposición.

⁽²⁶⁾ Los datos actualizados a junio de 1993 nos fueron proporcionados por el Sr. Marcelo Amado de la Inspección General de la I.M.M..

Los "rondas" son los vigilantes (internos y externos). Los rondas internos son autorizados por la Comisión Administradora del Mercado Modelo (C.A.M.M.), los externos, vigilantes de los alrededores donde estacionan los camiones, son autorizados por la I.M.M..

Existen puestos fijos con personal permanente. Tanto de productores como de servicios accesorios: desde las cámaras para la maduración de la banana en los sótanos, en condiciones de seguridad e higiene deficitarias, hasta la muy numerosa y variada gama de puestos de comida (fijos y ambulantes), que proveen las necesidades de alimento dentro del Mercado. A su vez, en los alrededores del Mercado se ha creado una nueva feria de vendedores ambulantes, de la mayor heterogeneidad, que busca satisfacer las necesidades de ropa, alimentos o elementos de ferretería o barraca de los productores o comisionistas que, "de paso", se proveen de elementos necesarios para sus actividades.

No todos son informales (o clandestinos)⁽²⁷⁾, pero sí un núcleo muy importante de estos trabajadores carecen de todo tipo de protección laboral y de seguridad social. Un fenómeno a destacar es la existencia de numerosos niños de ambos sexos, desde los 7 años en adelante, que van como hurgadores, buscando cajones de fruta o verdura desechada, para comer y para vender. A determinada edad, difícil de precisar, se convierten en peones changadores.

32. El informe del Ministerio de Trabajo a que aludíamos al principio destaca la complejidad de las relaciones laborales del Mercado Modelo, indicando que "la heterogeneidad de la demanda, compuesta por puestos, productores, feriantes, almaceneros, particulares, determina un número muy diferente de empleadores que constituyen un escollo muy difícil de salvar para establecer no sólo quien es el obligado frente al derecho laboral y previsional, sino cómo y cuándo se pagan esas obligaciones en un fluir de relaciones diversas y cambiantes".

Es posible que en un mismo día un trabajador realice tareas para multitud de empleadores diferentes, con lo que completa su "jornada". Lo dice el informe citado: "Hacen una changa para un particular que compró un cajón de tomates, cargan cajones para un almacenero, descargan un camión de un productor, trabajan con un pandillero para un puesto fijo, trabajan con un zorrero trasladando bultos, etc.". Es corriente que muchas personas al salir de prisión concurren a trabajar allí dado que el anonimato les permite conseguir una fuente de trabajo que de otro modo les sería dificultada. También los trabajadores de los "packings" buscan trabajo allí una vez terminada la zafra en sus empresas.

(27) Cuando hablamos de clandestinos nos estamos refiriendo a empresarios o trabajadores que no están inscritos en los registros respectivos del Ministerio de Trabajo o del Banco de Previsión Social.

El trato "de contado" asimila en muchos casos la prestación de estos servicios a la venta callejera caracterizada por el mismo modo operativo. La presencia del pandillero como empleador subcontratista podría ser una figura un poco más aprehensible, dentro del marco de dificultades existentes.

Los feriantes

33. Vinculado a esta problemática, aunque con perfiles algo distintos está el trabajo subordinado en las ferias vecinales. También aquí, en la mayoría de los casos estos trabajadores no gozan de beneficios laborales ni de seguridad social.

Existen dos tipos de trabajadores: aquellos que figuran como permisarios del puesto, pero que, en realidad son empleados, en tanto que los medios de producción (mesas, balanzas, productos a vender, etc.) pertenecen a otra persona para la cual trabajan por un salario, fijo o variable, (asalariados encubiertos); otros que trabajan como ayudantes del permisario y que, en algunas ferias y algunos puestos, pueden llegar a 6 o 7 empleados⁽²⁸⁾.

En estos casos existe la posibilidad de fiscalización por parte del M.T.S.S. y del B.P.S., incluso de coordinación con la I.M.M. que, por sus funciones específicas, tiene una presencia constante en las mismas. No obstante, la información recogida es que ese contralor no se produce.

VII. SECTOR SUBURBANO-RURAL

34. El trabajo informal no existe sólo en Montevideo, ni siquiera es únicamente un acontecer urbano, aunque tal vez, por las características de desconocimiento y mayor desprotección generalizada del interior del país, el fenómeno pasa mucho más desapercibido. Es una constante en los estudios sobre informalidad la referencia casi exclusiva al sector urbano. Trataremos de apartarnos de la regla, incluyendo una referencia al sector suburbano que realiza tareas rurales.

Partiremos de un caso concreto: la entrevista a una persona que, posiblemente, refleje un "tipo" de trabajador informal en tareas de carácter rural⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Los datos sobre los feriantes también nos fueron proporcionados por el Sr. Marcelo Amado, de la I.M.M..

⁽²⁹⁾ Esta entrevista fue realizada por la Dra. Elena Silva, abogada y funcionaria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en junio de 1993. En la misma se han recogido con la mayor fidelidad posible las palabras del trabajador.

El hombre en cuestión trabajaba en un frigorífico hasta que éste cerró y quedó desocupado. Vive a unos seis kilómetros de Pando y desde hace un año y medio "anda caminando" (según su expresión) de quinta en quinta, en busca de "changas". Pero no es él sólo: "anda mucha gente "caminando" de quinta en quinta. Si no hay trabajo en una, siguen a otra".

Sobre *la jornada* expresa lo siguiente: "Se trabaja de sol a sol. En verano el horario es larguísimo. En invierno son muchas horas, pero en todos los casos, *siempre más de ocho horas*". Por supuesto no se pagan horas extras.

35. Las *tareas cumplidas* son variadas y "zafrales". En este momento está "descolando zanahoria", que es una tarea de todo el año, pero fundamentalmente de invierno. Se paga de \$5 a \$20 por cantero (según lo sucio, lo espeso o lo largo del mismo). El precio se discute entre el patrón y el trabajador, y varía según "la necesidad del peón", si es práctico o no, etc.. Nuestro entrevistado, como persona "práctica", puede sacar entre \$45 a \$50 por día (entre 11.25 y 12.50 dólares), pero los días de lluvia no se trabajan, salvo que se posea un buen equipo de lluvia (lo que en general no ocurre).

Del 1º al 30 de marzo (pudiendo extenderse o adelantarse unos días según las vendimias), es la época de la "corta de uva". También el sistema de pago es a destajo, "por un tanto". En este caso se paga por cajón cortado. Una persona práctica puede cortar de 70 a 80 cajones por día, sacando un jornal promedio de \$50. Esta tarea ocupa en la zona mucha gente: "medio Hipódromo y El Estadio trabajan en ésto" (se trata de dos barrios marginales). También lo hacen "los que andan caminando", e incluso, otras personas que tienen empleo, pero piden licencia en marzo, y aprovechan ese tiempo para obtener un ingreso extra. Antes trabajaban mucho "gurises" pero ahora desde hace 2 o 3 años "los están ladeando" porque hay mucha oferta de gente mayor que antes trabajaba en los frigoríficos o en la construcción y que con el cierre de muchos establecimientos se ha volcado a la zona rural.

De febrero en adelante se presenta "la juntada de catalán" y, en invierno, de espinaca y acelga. Esta es para "secadero" (luego de la recolección la pasan por una especie de centrifugadora y hacen pasta de acelga o espinaca, que el patrón vende a las fábricas de pasta. A los recolectores se les paga por cantero y los salarios varían según patrón y empleado.

También ocupa mucha gente la cosecha de manzana, que se produce a fines de marzo y abril.

36. En el relato de nuestro entrevistado aparece el fenómeno de *la subcontratación*: el patrón elige un peón de su confianza y le ofrece, además de su jornal diario de \$40 aproximadamente, (estamos hablando de un peón efectivo, a jornal, que generalmente está en planilla y "en caja") un porcentaje de lo que obtienen los hombres de la cuadrilla que integra. Este peón (ahora

"encargado" o "patrón ocasional" toma gente para juntar espinaca, acelga, manzana, etc., y le paga digamos \$1.80 por kilo, mientras que el patrón le paga a éste \$2.- guardando la diferencia de \$0.20 por kilo. Este peón recibe "un favor" del patrón, en él se deposita la confianza y la dirección de la peonada; gana dinero extra y, a la vez, queda bien con el patrón. Como contrapartida, asume toda la responsabilidad en la conducción de la tarea, apareciendo en algunos casos como el empleador, llegando a decidir si tomar o no a tal o cual persona y fijando la retribución. Estas cuadrillas son solamente ocasionales. No se trasladan de un lugar a otro, ya que quien las dirige no es un trabajador independiente sino, como se expresó, personal de confianza o "alcahuete" del patrón. Es curioso como funciona la paga: generalmente el encargado se ubica al lado del pagador y va indicando cuanto debe ser abonado a cada trabajador, En otros casos, es él mismo quien efectúa el pago (con dinero que previamente le dió el empleador, por supuesto).

37. También *la mujer* trabaja en las tareas de quinta. En general, son las esposas de los peones estables, que son retribuidas con un porcentaje menor que los hombres. Muchas veces, es un favor que le hace el patrón a su peón, "una gauchada", dándole "unos pesos a la mujer" para poder así incrementar el ingreso familiar. La discriminación sexual es evidente, ya que la mujer trabaja en esas tareas a la par que el hombre⁽³⁰⁾.

38. Preguntado sobre *las causas* de que tanta gente "anduviera caminando" responde con lucidez:

1) Por la gran desocupación. El cierre de frigoríficos dejó mucha gente en la calle.

2) Por lo mucho que subieron los aportes. A muchos peones que estaban en Caja, efectivos, el patrón los tuvo que sacar y la tarea la realiza con changadores.

3) Porque *"gente como yo, que tengo un pedazo de tierra, no puedo explotarlo, porque con una yunta de bueyes no hago nada. Comprar un tractor o poner un sistema de riego es imposible. Y cuando salen los créditos del BID para pequeños productores, en general no se dan verdaderamente a pequeños productores como podría ser yo, sino a los que ya tienen capital y compran maquinarias que no llegan a usar. Esta política es un desastre"*.

39. Plantea su deseo de que mejoren *los controles inspectivos* para ir terminando con esta situación de desprotección en que se encuentran trabajando.

⁽³⁰⁾ Cabe señalar, sin embargo, que los casos de discriminación son, fundamentalmente, éstos en que trabaja la esposa del peón en forma ocasional. Si la mujer trabaja en forma habitual en esas tareas la remuneración generalmente es la misma que para el hombre.

Por supuesto, todos los que "andan caminando" no están afiliados a la seguridad social ni cubiertos por el Banco de Seguros. No perciben aguinaldo, licencia ni salario vacacional. Casi nunca reclaman ante el Ministerio de Trabajo. En general no les interesa: sólo quieren trabajar y vivir al día.

El entrevistado se despide quedando a las órdenes para cualquier otra pregunta que se le desee hacer. Sólo pide, y es también un dato importante, *que su nombre no figure para nada porque no quiere tener problemas.*

VIII. OTRAS ACTIVIDADES INFORMALES

40. Existen muchos más *trabajos de subsistencia*. Es muy difícil, si no imposible, abarcarlos a todos. Posiblemente toda rama de actividad tenga personas trabajando informalmente o en condiciones de subordinación desprotegida.

En los espectáculos deportivos, la venta de café, de helados, garrapiñada, maní; en el turf, los cuidadores y ayudantes; el reparto de café o comidas en los "estudios" de ciudad vieja; la venta de ropa en oficinas públicas y privadas; el trabajo en los parques de diversiones; la venta en los ómnibus; la de helados en las playas; los músicos que deambulan por bares y restaurantes de los balnearios en busca de una propina; los vendedores de diarios en algunas de sus diferentes modalidades. En la hotelería, que genera trabajo informal al poner "afuera" trabajos de lavandería o de gastronomía; en el sector financiero, al contratar servicios de microempresas para el reparto de tarjetas de crédito o resúmenes; en los correos privados que se valen de trabajadores "independientes" o nuevamente microempresas.

Según la variante o la evocación que hacemos emerge la informalidad, la subordinación clara pero desprotegida o la subordinación disfrazada.

41. Profundizar el concepto de informalidad y distinguirlo de las formas de trabajo precario dentro de la formalidad es una de las tareas. Nada sencilla: un lustrabotas que está permanentemente en un bar, donde su servicio es casi un complemento de los que presta la empresa, al que el dueño del bar le da el almuerzo, ¿estamos ante un caso de trabajo informal o nos encontramos ante una sutil subordinación?⁽³¹⁾ Como decíamos antes: no es fácil dilucidar muchas veces las situaciones. Los jueces, al enfrentarse a tales casos carecen, muchas veces, de elementos suficientes para inclinarse por una u otra solución.

Se ha señalado que la utilización de criterios excesivamente rígidos en esos casos límite, redundaría en la eliminación de esa fuente de trabajo. Claro

⁽³¹⁾ El ejemplo y el comentario, junto con otros, nos lo proporcionó el Profesor Américo Plá Rodríguez.

que puede discutirse si esa forma de trabajo merece preservarse o no, aunque sin olvidar que para el sujeto concreto es la única que le permite ganarse el sustento.

42. En la segunda parte de esta investigación, trataremos de analizar estas cuestiones, intentando hacer algunas grandes divisiones dentro del trabajo informal, a fin de estudiar las posibles reacciones del orden jurídico.

Primero trataremos de determinar (y diferenciar) qué situaciones responden al concepto económico de trabajo de subsistencia y cuáles hipótesis no son otra cosa que elusión del derecho del trabajo y de la seguridad social.

Esta primera situación puede subdividirse, a su vez, en otras dos: una, establecer cuáles son aquellas empresas que "grosso modo" entrarían dentro del concepto de informalidad, pero que, si afinamos el concepto por su nivel económico, escapan del concepto de estrategia de sobrevivencia y ameritan un tratamiento de *empresa formal*. Dos, determinar aquellas situaciones en que empresas formales ingresan directamente (a través de dependientes disfrazados de autónomos) o indirectamente (utilizando mecanismos de subcontratación, u otros) al campo de la *informalidad aparente*. En estos casos lo que existe es una *economía negra*, evasora de tributos y derechos laborales, en una hipótesis de clara competencia desleal con las empresas formales (supra, Núm. 7, lit. A).

Esta tarea es importante desde el punto de vista académico, en cuanto diferenciar y distinguir las situaciones diversas, es parte de la labor teórica. Pero asimismo la diferenciación tiene enorme significación práctica. Si no nos limitamos a diagnosticar las situaciones, sino que pretendemos tratar de incidir sobre ellas, en tanto la meta del derecho es intervenir para lograr la mejor convivencia social, entonces cobra especial énfasis pragmático la distinción: deberemos tender a proteger las situaciones de trabajo informal en sentido estricto, y en cambio, desenmascarar y regularizar las situaciones de trabajo negro.

43. Un segundo tipo de reflexiones tiene que ver con las respuestas que deben darse a los problemas que generan aquellos casos de *subordinación* inequívocamente situada en el ámbito de la informalidad (el caso de las *microempresas informales*) (supra Núm. 7 lit. B). En esta hipótesis es indispensable aludir, como contracara, a las relaciones entre las microempresas informales y las empresas que los subcontratan o establecen con aquellas diferentes formas de vinculación.

44. Es posible un tercer orden de ideas, aunque ya en una zona límite: considerar las posibles soluciones jurídicas a casos de subordinación difíciles de regular y/o hacer efectiva en la realidad (supra Núm. 7 lit. C).

A desarrollar los aspectos mencionados nos dedicaremos en los próximos capítulos.

SEGUNDA PARTE

EL ANALISIS JURIDICO

IX. TRABAJO DE SUBSISTENCIA. EXCLUSION DE ACUMULACION CAPITALISTA

45. En primer lugar, decíamos, debemos excluir del concepto de informalidad todo aquello que no es trabajo de sobrevivencia, sino empresa capitalista trabajando en negro (aunque sea, eventualmente, pequeña).

Para dejar fuera estas situaciones que no son de trabajo informal sino de lisa y llana evasión, corresponde recurrir a los elementos definitorios de la informalidad que detalláramos al inicio de este trabajo (supra N° 6).

46. A los efectos del análisis de la definición expuesta nos remitimos a nuestro trabajo anterior⁽³²⁾. Sin embargo, nos interesa detenernos en el elemento de marginalidad legal. Como juristas que somos, atribuimos importancia fundamental al aspecto formal: el cumplimiento o no de los registros legales, el pago de los tributos -en especial los de seguridad social-, sobre todo, la observación de las normas laborales cuando existe subordinación. De este elemento se derivan las mayores consecuencias socialmente negativas que son características del sector: desprotección de los trabajadores, ausencia de cobertura de seguridad social, y, a la larga -sin pretender un exceso de dramatismo- se produce una cultura de la "anomia" y una laxitud del entramado social, que debe ser objeto de evaluación.

Pero no es un elemento definitorio. Por lo menos en nuestro enfoque. Si nos limitáramos a examinar el fenómeno desde un punto de vista asépticamente jurídico, utilizaríamos el elemento informalidad en su sentido obvio: aquello que no cumple las formalidades estatuidas por el derecho.

Si nos atuviéramos a ese sentido literal aparecerían dos categorías únicas y claramente diferenciadas: el sector económico, la empresa y el trabajo formal de un lado, y el sector económico, la empresa y el trabajador informal del otro. Pero se confundirían en una sola categoría el trabajo clandestino, el negro y el informal.

47. A nuestro entender, la realidad del trabajo informal puede encararse desde esa perspectiva, tal como se hace normalmente en los países desarrollados, donde lo que importa es la declaración u ocultamiento de la actividad; la incorporación o exclusión en las estadísticas oficiales.

⁽³²⁾ GRZETICH LONG, Antonio: "El trabajo informal. Un enfoque jurídico laboral", Montevideo, 1992, pp. 23 y ss..

Planteadas así las cosas, la solución al tema sería sólo una: buscar su eliminación, reprimir algo que no se ajusta al sistema legal, radicando la dificultad únicamente en la forma de lograr ese objetivo.

48. Pero, desde su aparición, el concepto de informalidad posee un sentido más amplio y complejo, con connotaciones en el ámbito social, económico y jurídico. Ese es su sentido técnico específico (art. 19 del Código Civil).

Quedarnos con el enfoque exclusivamente jurídico sería escamotear una parte sustancial del problema. No podemos, como académicos, quedarnos exclusivamente en la forma, ya que nos conduciría a equivocarse el planteo. En efecto, si trazamos una línea divisoria entre formalidad e informalidad, en función privativa de la observación de la legalidad, dividiríamos la economía en *formal* (la que cumple todas las leyes) e *informal* (que no las cumple). *Pero no distinguiremos el motivo por el que no se observa el derecho.*

Si bien este elemento puede considerarse extrajurídico, no olvidemos que estamos investigando un fenómeno de índole social y económica, tratando de examinar cuál es el derecho aplicable al caso, o las modificaciones que el ordenamiento jurídico debería introducir para guardar su coherencia interna.

49. El motivo del incumplimiento puede ser, en unos casos, la finalidad de *intensificar el lucro* a costa de la explotación del trabajo ajeno; en el otro extremo, la *única forma de sobrevivir*.

Como resulta evidente, se trata de dos fenómenos absolutamente distintos y que deben ser sometidos a tratamientos diferentes por parte del Estado (*desalentar y sancionar el trabajo negro*, de quien ejerce derechos y no asume las obligaciones correlativas), y *promover*, en cambio, *el trabajo de quien es informal por necesidad*, marginado, excluido o expulsado del mercado formal, que debe ingeniar para desarrollar una actividad, inventándose un empleo (la expresión autoempleo se ha generalizado), intentado hacer valer por sí mismo un derecho constitucional al trabajo que le es negado por el sistema societario vigente.

50. Cabe aquí una digresión respecto de la denominación del fenómeno como sector informal. A pesar de la mayor difusión que posee, no es la más ilustrativa. Quizá la de trabajo marginal o, mejor aún, la de *trabajo de subsistencia*, refleje mejor la realidad que interesa poner de relieve desde la óptica del derecho del trabajo.

51. Retornando a la conceptualización, cabría realizar una nueva distinción dentro del sector del "autoempleo" o de la microempresa de subsistencia: los que desenvuelven actividades socialmente aceptables ("en beneficio de la colectividad" como define la Constitución en su artículo 53), frente a quienes

para sobrevivir desarrollan tareas tipificadas como delito: por ejemplo el contrabando o el juego clandestino. Este último también debe excluirse del concepto de informalidad.

52. El trabajo informal es el trabajo de subsistencia. Por lo tanto, se hace imperioso enmarcarlo, delimitarlo, definirlo específicamente (a pesar de lo difícil de la tarea), ubicando en campos diferentes al mero evasor de la legalidad, y al trabajador que no cumple por imperio de la necesidad.

Es para esta finalidad que sirven los elementos de la definición, que aparecen en todos los trabajos de quienes tratan el tema: *facilidad de entrada al sector, pequeño tamaño, capital escaso, mínima capacitación, tecnología rudimentaria, ínfima o nula división del trabajo*, y, como consecuencia, *una muy baja productividad*, que sólo permite la *obtención de un ingreso familiar de sobrevivencia* y conduce a la *evasión fiscal y el incumplimiento laboral*.

Pero todos estos elementos deben *determinarse específicamente*: se dirá por ejemplo que el número de trabajadores no podrá superar un límite determinado, que las máquinas a utilizar tendrán tales características, que el capital fijo no podrá exceder tal tope, que el movimiento de "facturación" no será mayor de tanto, que las ganancias o ingresos no sobrepasen la cifra que se considere pertinente. Cada legislador, cada estadístico, cada sindicato, debe concretar uno o alguno de estos elementos, o todos, a fin de definir para su objetivo específico lo que considera trabajo de subsistencia.

En muchos casos será una decisión más o menos arbitraria (¿porqué a una empresa de 5 trabajadores y con un capital de US\$ 4.000.- le otorgaremos determinadas facilidades o la afiliaremos al sindicato y, en cambio, excluirémos a la que tenga 6 trabajadores o un capital de US\$ 5.000?.-). Sin embargo, a pesar del margen de arbitrariedad necesaria en el corte (que podrá atenuarse con fórmulas de cierta elasticidad), deberá definirse expresamente lo que es el trabajo de subsistencia, a fin de intentar una estrategia enmarcada por criterios manejables.

53. En ese sentido, avanzando lentamente en el difícil camino de distinguir conceptos y hacerlo de manera clara, creemos que el elemento *dotación de capital* es determinante para la inclusión o exclusión de un determinado trabajo o empresa dentro del concepto de informalidad.

Si bien es el conjunto de los caracteres señalados, el que define la informalidad, casi seguramente es el capital el factor determinante de los otros: es por la escasez de capital que se produce con tecnología atrasada y/o con trabajadores menos capacitados; esto conduce a una baja productividad y a su vez ésta deriva en los incumplimientos legales⁽³³⁾.

⁽³³⁾ Hemos trabajado este aspecto de la cuestión, conjuntamente con el economista Jaime MEZZERA (del Equipo Técnico Multidisciplinario de O.I.T. -ex-PREALC- con sede en Santiago), en trabajo aún inédito.

54. Quien no respeta la legalidad en la informalidad es porque no puede. Porque pagando todo lo que exigen las leyes no subsistiría como empresa ni como fuente de trabajo.

En cambio, quien está por encima de determinada dotación de capital *puede y debe cumplir* con la tributación en general, con la seguridad social en particular y con los derechos laborales. Un tema distinto es cómo deben graduarse los tributos, las aportaciones sociales y, eventualmente, las obligaciones laborales, según el volumen de capital empresarial⁽³⁴⁾.

55. Ahora bien, una de las soluciones que se han puesto en práctica para intentar regularizar estas situaciones, ha sido la de promover la microempresa informal, otorgándole determinados beneficios. Pero limitado a aquellas unidades productivas que realmente lo necesitan. Normalmente en las leyes que abordan el tema (exoneraciones y facilidades a las microempresas o al trabajo artesanal, etc.) parten del establecimiento de un tope económico.

Así, la ley colombiana N° 78 del 21/12/88 establece un límite de 15 millones de pesos de activo, junto a otro referido al número de personas (admite un máximo de 20)⁽³⁵⁾.

Otro ejemplo está constituido por la ley brasileña N° 7256 de 27/11/89 que incluye en la definición de microempresas el límite de 10.000 "obligaciones del tesoro nacional".

También en Ecuador existe una ley para la pequeña industria y artesanía que incorpora en su definición un tope fijado en 360 Salarios mínimos vitales generales.

En Argentina, a través de la Ley Nacional de Empleo⁽³⁶⁾ se busca la caracterización a través de la productividad. Dispone el art. 90 de dicha ley que "se considerarán como actividades informales aquellas cuyo nivel de productividad esté por debajo de los valores establecidos periódicamente por el Consejo Nacional de Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, o bien, presenten otras características asimilables según lo establezca dicho Consejo".

⁽³⁴⁾ Cabe señalar que en el derecho laboral, en el que se establecen mínimos, las diferencias se deberían manifestar predominantemente a través de la negociación colectiva, en los diferentes grados de sobrepujamiento de esos mínimos ineludibles.

⁽³⁵⁾ Para nuestro país con este número de trabajadores seguramente nos encontraríamos ante una pequeña empresa pero no una microempresa informal, en principio. Aunque debe recordarse que la ley 12.242, admitía dentro de la categoría de obrero-tallerista, a quien tuviera hasta 6 máquinas y 11 trabajadores, entre asalariados y aprendices.

⁽³⁶⁾ Sancionada el 13 de noviembre de 1991.

Este criterio, que creemos ineludible si se quiere abordar el tema, exige la existencia de comisiones de calificación. Estas comisiones inspeccionan y avalúan los bienes de la unidad productiva: las máquinas, vehículos, mercaderías, etc., que posee el trabajador independiente o el microempresario que se presenta a solicitar el amparo a un régimen de preferencia, determinando si está comprendida o no en el eventual sistema legislado.

Esa calificación deberá revisarse periódicamente para mantenerla o dejarla sin efecto.

56. Esta primera disposición definitiva, *excluiría* del llamado trabajo informal (o de subsistencia), a todos aquellos que son en realidad *empresarios capitalistas*. Esto conduciría a un acotamiento importante del volumen de la llamada informalidad, terminología en la que se mezclan situaciones muy diversas. Permitiría, asimismo, obviar las críticas sobre competencia desleal, legítimas cuando nos encontramos frente a empresas simplemente évasoras.

Pauta normativa

57. De las consideraciones expuestas surgen con claridad los elementos a tener en cuenta, y entre ellas básicamente el tope en la dotación de capital, para delimitar mediante una definición legal, el ámbito subjetivo del amparo que se pretende otorgar, excluyendo las actividades que no son de mera subsistencia.

X. EXCLUSION DEL TRABAJO APARENTEMENTE INFORMAL QUE OCULTA RELACIONES DE SUBORDINACION

58. Tal como lo adelantáramos en la conceptualización del fenómeno (supra N° 6), en algunos casos la subordinación se presenta de manera nítida, tajante, indiscutible, independientemente de que lo haga en el terreno de la informalidad o en el del trabajo negro.

Nadie duda que el empleado del vendedor ambulante pago a comisión es un trabajador dependiente y asalariado. O que el empleado de un "reciclador" lo sea (sector informal). Tampoco se discute que el vendedor ambulante, con o sin ayudantes, es un trabajador subordinado, si se prueba que su puesto de trabajo y su mercadería le son proporcionados por un capitalista que es quien fija los precios, controla los resultados y le paga un sueldo (trabajo negro).

Tampoco se puede sostener con fundamento que los trabajadores del que denominamos sector suburbano rural (supra N° 34 y ss.) sean empresarios independientes, sino que se trata de típicas actividades asalariadas no protegidas.

En otros casos, en cambio, es necesario entrar a investigar, razonar, examinar las condiciones reales por debajo del manto formal utilizado, o de las excusas que el empleador intenta para su defensa.

Comodato y venta

59. Un ejemplo del primero de los casos es el de una interesante sentencia del Juez Torres Collazo, de Rivera, (agosto de 1992), confirmada por el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2º Turno (marzo de 1993)⁽³⁷⁾, en la que utilizando adecuadamente los principios del derecho del Trabajo, se hacen caer las argumentaciones del demandado en el sentido de la existencia de un préstamo de uso (de un carro con caballo), con el que se repartían frutas propiedad del propietario del carro que, según afirma, las vendía al actor. La defensa sostiene que existe comodato y venta, de ninguna manera relación de trabajo. Pero en definitiva se trata de un contrato de trabajo disfrazado, como lo determinan ambas sentencia.

No estamos en el campo informal sino en el del mero incumplimiento. Pero interesa destacarlo porque en la realidad aparecen confundidos.

Los sucursaleseros

60. Un segundo caso a reseñar trata de los "Sucursaleseros", encargados de la distribución de periódicos. Aquí se cumplieron tres instancias judiciales. El Juzgado Letrado del Trabajo de 4º Turno desestima la demanda por entenderse que no se acreditó la existencia de contrato de trabajo entre las partes. El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno⁽³⁸⁾, integrado por discordia total, revoca el primer fallo, al entender que existió un contrato de trabajo. Pero con la discordia de dos de los ministros. La Suprema Corte de Justicia⁽³⁹⁾ anuló la sentencia del Tribunal por entender que no existió subordinación.

Estas oscilaciones muestran lo complejo del tema.

No nos corresponde analizar la existencia o no de subordinación en el caso planteado. Pero la dificultad en resolverlo, estaría señalando, quizá, una falla del sistema jurídico, una ausencia de regulación, que se constituye en una puerta más de ingreso a la informalidad.

(37) Ambas sentencias han sido publicadas y acompañadas de una Nota de Jurisprudencia a cargo de GARMENDIA, Mario, publicada bajo el título de "Un vendedor de frutas y los principios del derecho del trabajo", en la rev. Derecho Laboral, Montevideo 1993, Tomo 36, N° 171, pp. 637 y ss.

(38) Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno: Sentencia N° 195 del 13/11/1990.

(39) Suprema Corte de Justicia: Sentencia N° 78 de 16/12/1992.

En efecto, la no asunción de responsabilidad por parte de la empresa demandada (formal y de alta dotación de capital) frente a esos distribuidores, lleva a que éstos distribuidores, con mucho menor capital, contraten trabajadores en condiciones más difíciles de controlar y seguramente, de más difícil cumplimiento de las normas del trabajo y la seguridad social.

Cabe preguntarse si no deberán regularse expresamente determinadas situaciones, a fin de determinar con claridad las responsabilidades laborales.

La venta directa

61. Un caso más complejo aún lo representa la llamada "venta directa" (supra N° 18 y ss.).

El Ministerio de Trabajo ha realizado diversos estudios sobre el tema: primero a nivel de abogados de la Inspección General (22/8/1990); luego por la Sala de Abogados integrada (23/12/91), y por último por una Comisión creada especialmente (informe del 26/6/92).

Existen dos tipos de trabajadores nítidamente diferenciados en esta actividad: las *supervisoras* (en los informes se plantea alguna duda que no comprendemos, pese a que en definitiva se inclinan por la solución que aceptamos): indiscutiblemente son personal subordinado y normalmente formal⁽⁴⁰⁾. En cambio "*las clientas*" o "*las revendedoras*" son para los abogados del Ministerio, un "tercium genus". Señalan que no estaría dado plenamente el carácter "intuitu personae", que no existe horario preestablecido, no se abona un salario con regularidad, "existiendo una relación más asimilable al carácter comercial que a la relación laboral típica entre empresa y empleado"⁽⁴¹⁾.

Esta condición de género diferente, que no encuadra correctamente ni en una relación laboral, ni tampoco en una relación comercial típica, lleva a la Sala de Abogados del Ministerio a entender que es necesario una medida especial que deberá ser dispuesta por las jerarquías de la autoridad administrativa, en función de los inconvenientes que este "mecanismo de trabajo informal" presenta: 1) la existencia de personas sin posibilidades de cumplimiento de las normas laborales ni de seguridad social; 2) la competencia desleal que estas empresas realizan frente a las cumplidoras de la normativa y 3) las pérdidas de recaudación que el Estado sufre por estas situaciones.

(40) Aunque conocemos casos en que se obliga a las supervisoras a inscribirse como "empresas unipersonales", en un caso claro de fraude a la ley.

(41) Informe del 22/8/90.

62. Sin perjuicio de reconocer las peculiaridades del mecanismo, queremos señalar una serie de elementos, que surgen de los contratos o de las inspecciones, que llevan a una presunción de relación laboral.

En efecto, esos síntomas son los siguientes:

1) Las campañas de ventas fijan las posibilidades de "compra" de las revendedoras. *No es en cualquier fecha ni de cualquier forma que "se negocia" el producto.*

2) "Cuando se inicia la actividad con la firma *se le da una calificación* de candidata a consultora de belleza con un determinado porcentaje; si supera determinados toques de ventas asciende en su calificación y en su porcentaje"⁽⁴²⁾.

3) Existe la posibilidad ("siempre que la revendedora lo solicite") de que se impartan *cursos de capacitación* por parte de la empresa.

4) Se establece un *área específica* para la venta; "de común acuerdo han seleccionado un vecindario cercano al domicilio de la revendedora".

5) Rigen *plazos determinados* de duración del contrato, como vimos anteriormente.

Pero, por sobre todo, existen cientos o tal vez miles de trabajadores que desempeñan tareas *por cuenta ajena*, a cambio de *una comisión (forma de salario)* por más que los elementos más claros de subordinación jurídica aparezcan desdibujados.

A pesar de las intencionales apariencias comerciales, los vendedores no son comerciantes: se golpea a la puerta de sus casas para sugerirles un negocio, que no es más que un mero trabajo por cuenta ajena, aunque tenga un desempeño con un amplio margen de libertad. Trabajo que, salvo la comisión que percibe (o la diferencia entre el precio de venta y el de compra), no le reporta ningún otro beneficio. Si se enferma queda sin remuneración; si desea tomar unos días de licencia luego de un año de trabajo es por cuenta y riesgo; si desea jubilarse no podrá hacerlo.

Algunos de esos trabajadores (jubilados o estudiantes, tal vez trabajadores formales que complementan ingresos) se ven beneficiados, pero no así la sociedad. Se perjudican en primer lugar los trabajadores: los formales excluidos por la mayor baratura de esta mano de obra y los informales por la ausencia de protecciones legales. También, como señalan los juristas del Ministerio, se afectan los comercios formales y se daña la seguridad social.

(42) Extraído de un informe de Inspección General del que no tenemos la fecha por ser parte (punto 11) de un documento más extenso. Subrayados nuestros.

Parecería adecuado tomar las decisiones necesarias a fin de que estas situaciones enmarquen en el resto de la normativa jurídica nacional, por lo menos en lo que respecta a derecho del trabajo y de la seguridad social⁽⁴³⁾.

Los comerciantes, de tanto en tanto, arrecian sus críticas respecto de la venta callejera, de su competencia desleal, de la ruina de sus comercios. ¿Porqué ignorar estas situaciones de venta directa donde ocurre la misma competencia desleal y la posible ruina de otros tantos comerciantes que operan en la legalidad?. Con la diferencia de que en la venta ambulante, en la mayoría de los casos nos encontramos ante situaciones de autoempleo de supervivencia (única hipótesis a tutelar) mientras que aquí enfrentamos a una inteligente técnica de grandes empresas formales, muchas ellas incluso de carácter multinacional.

Pauta normativa

En este caso la norma a dictarse (tal vez una simple Resolución del Ministerio de Trabajo y otra del Banco de Previsión Social) sería muy sencilla: declarar que este tipo de actividad está comprendida por las leyes del trabajo y de la seguridad social. Caben otras fórmulas alternativas.

Refutación a una posición doctrinaria.

63. Pesí critica que los jueces se conviertan en "investigadores en la búsqueda de indicios, para descubrir ese contrato "oculto" de trabajo subordinado"...⁽⁴⁴⁾, en un interesante trabajo donde aboga por extender una cierta orientación jurisprudencial, donde "asume particular trascendencia la búsqueda de la voluntad de las partes" y es "revalorizado el momento contractual que constituye siempre el fundamento de las recíprocas situaciones subjetivas"⁽⁴⁵⁾, desconfiando de los juicios de aproximación, de la búsqueda de indicios jurídicos y más aún de los metajurídicos como la subordinación

⁽⁴³⁾ Interesa consignar que en materia fiscal, apareció recientemente el Decreto 186/94, de 3/5/94, que impone la calidad de agentes de retención del I.R.I.C. y el I.V.A., a los fabricantes o importadores que comercialicen sus productos a través del sistema de venta directa. A esos efectos se toma en cuenta las ventas realizadas por este sistema en cada mes, y la base imponible es "la diferencia entre el precio de venta al consumidor final sugerido al vendedor y el precio de venta del fabricante o importador, excluido el Impuesto al Valor Agregado en ambos casos". Cuando no existe precio sugerido, "la percepción se determinará indistintamente en base a los márgenes de utilidad o a los precios fictos que establezca la Dirección General Impositiva, la que queda facultada para modificarlos en función de la variaciones del mercado" (art. 1°).

⁽⁴⁴⁾ PESI, Roberto: "Trabajo autónomo y subordinado", en rev. Debate Laboral, N°3/89 p. 89.

⁽⁴⁵⁾ Idem. p. 94.

socio-económica. Para el referido autor "no pueden tener relieve significativo los datos externos, aducidos por la jurisprudencia, de la funcionalidad objetiva de la prestación laboral en orden a la realización de los fines de la empresa, de la recíproca situación de las partes en términos de capitalista y proletario, de la dependencia económica del prestador de trabajo"⁽⁴⁶⁾.

Luego de un exhaustivo estudio hermenéutico del art. 1362 del Código Civil italiano, llega a la conclusión de que cuando las partes de un "nomen juris" y un determinado contenido escrito a una relación de trabajo, y luego (desde el inicio o con posterioridad) se apartan del esquema descripto en forma ostensible, recién allí podrá investigarse la existencia de error, de simulación o de un eventual fraude a la ley. Salvo ese apartamiento ostensible, no es posible calificar la relación en base a como se desenvuelve en la realidad, prescindiendo de las estipulaciones contractuales⁽⁴⁷⁾.

Sin perjuicio de que el autor, en diversas oportunidades, reconoce la importancia de los datos de la realidad socioeconómica, los deja de lado, priorizando claramente la voluntad negocial. Los argumentos más fuertes a favor de su posición consisten en demostrar cómo la complejidad de la vida real lleva a los jueces a interpretaciones casuísticas, muchas veces contradictorias, según la sensibilidad humana de cada juez, o las peculiaridades del caso concreto, imposibilitando que el empleador valore, o sepa como va a ser valorada por el juez la situación económica de la contraparte⁽⁴⁸⁾.

A pesar de que reconocemos la necesidad de la *juridicidad del Derecho del Trabajo*⁽⁴⁹⁾, no podemos olvidar su finalidad de tutela de la parte más débil de la relación laboral, su objetivo equilibrador y la circunstancia de que la posición de debilidad del trabajador frente al empleador permanece.

Es cierto, y podemos coincidir en cierto sentido con Pesi, que el derecho debe ser interpretado de acuerdo a determinados cánones objetivos, "científicos", en el especial sentido que la palabra ciencia posee en el ámbito jurídico. Pero también es cierto que los principios "jurídicos" que inspiran el derecho del trabajo deben tomarse en cuenta y utilizarse cuantas veces la finalidad protectora de la disciplina lo requiera.

(46) Idem: pp. 95 y 96.

(47) Idem: pp. 101 a 107.

(48) Ob. cit., pp. 98 y 99 respectivamente.

(49) Título de un excelente trabajo de PLA RODRIGUEZ, Américo : en rev. Derecho del Trabajo, Montevideo, 1984, T.27 N° 136 pp. 677 y ss.

Sobre todo, considerando cómo el manejo hábil de los instrumentos del derecho permiten disfrazar las realidades (fácticas) con ropajes jurídicos engañosos, para de esa manera evadir cargas sociales, gozar de una plantilla de trabajadores flexible, eludir indemnizaciones, etc.

Tampoco se podrá negar que la explosión del trabajo informal está demostrando que cada día más los trabajadores, están en peores condiciones negociales. No es posible afirmar que el trabajador discute en pie de igualdad las condiciones de su empleo (subordinado expresamente o con la dependencia enmascarada de mil sutiles formas). Tanto o más que siempre existe un "vicio del consentimiento" que debe considerarse tal "ope legis", única manera de cumplir los objetivos del derecho laboral⁽⁵⁰⁾.

Nos animamos a sostener, y los ejemplos de la primera parte de este trabajo avalan nuestra afirmación, que un porcentaje muy alto del llamado trabajo informal, no es más que trabajo subdesarrollado "oculto".

Tal vez no le alcancen al Juez los instrumentos tradicionales para ponerlo de relieve y calificarlo correctamente. Seguramente el legislador -en cumplimiento de los mandatos constitucionales- deberá ir normalizando las actividades que se encuentran en "nebulosa", ya sea para darle el mismo tratamiento que al trabajo subordinado clásico, ya para darle un tratamiento específico, de acuerdo a cada realidad. Creemos que la peor solución es dejar que la realidad se maneje sola, anómica, aflorando por aquí o por allá las consecuencias nefastas de la misma.

Aunque sabemos que la libertad de mercado, la libertad negocial, la política de los "emprendimientos" están hoy en boga en el mundo, pese a ello, desconfiamos de sus resultados. Raso lo ha dicho de esta forma: "Al finalizar el siglo, el sistema -o los sistemas políticos- recorren con sus soluciones de "ajuste" la misma senda que el liberalismo del siglo XIX y como éste concluyen en el más grande de los errores "económicos": descuidan al ser humano como factor principal del proceso productivo"⁽⁵¹⁾. Asimismo, agregamos nosotros, incurren en el más grave olvido de los derechos humanos que se han ido consagrando a lo largo de todo el siglo XX.

XI. TRABAJO SUBORDINADO EN LA MICROEMPRESA INFORMAL

64. En la microempresa informal nos enfrentamos al contrato de trabajo subordinado, al igual que en la empresa capitalista. Recordemos que si bien la microempresa de subsistencia se conforma fundamentalmente con el trabajo del "patrón" y su familia, en muchos casos aparecen trabajadores asalariados.

⁽⁵⁰⁾ Hace pocos días escuchábamos una exposición del Dr. Hugo BARRETO (representante alterno de los trabajadores en la Junta de Empleo), en la que mencionaba cifras oficiales por las cuales más del 50% de la PEA, tiene diferentes grados de precariedad laboral en Uruguay.

⁽⁵¹⁾ RASO DELGUE, Juan: Ob. cit. p. 6.

En esos casos entra a regir, teóricamente, todo el derecho laboral, pero las precarias condiciones de la empresa (piénsese por ejemplo en un vendedor ambulante) dificultan -si no impiden- la regulación total. Es más, en muchos casos, el futuro "empresario" comienza con muchos bríos, inscribiendo su pequeño almacén por ejemplo, "poniendo en planilla" al ayudante e inscribiendo en la seguridad social, pero luego cae en el incumplimiento.

En otras situaciones, se comienza a trabajar sin pensar siquiera en las obligaciones formales.

65. Ahora bien, como anticipábamos -supra Nos. 23, 24 y 43-, en estos casos cabe plantearse un doble enfoque: de un lado debemos considerar los derechos de los trabajadores subordinados que no se ven contemplados como corresponde, en función, como decíamos, de la realidad económica de las empresas que pueden calificarse como informales. Del otro, es necesario estudiar las relaciones de subcontratación y la forma de articular las ventajas que las empresas contratantes adquieren mediante esa modalidad, con las responsabilidades jurídicas que eluden con ella.

Informalidad "stricto sensu"

66. Ocupémonos, pues, en primer lugar, de aquellas empresas informales puras, que trabajan solas, que venden sus productos o servicios al público en general y no tienen ninguna conexión estable con una empresa mayor de la que puedan considerarse dependientes.

Creemos que para esos casos es conveniente, como en otros países, establecer un sistema de promoción.

Primero, porque así lo amerita su carácter de empresa de subsistencia, de fuente de trabajo autogenerada. Esto es, como derecho a la protección especial del trabajo que la Constitución encomienda al legislador.

En segundo término, por cuanto es la única forma de lograr el cumplimiento de la legislación laboral, sin eliminar esa fuente de trabajo.

En tercer lugar, por cuanto de no hacerlo estamos perdiendo una oportunidad de regularizar ese trabajo: o lo regulamos concediendo ventajas o permanece en forma marginal con las consecuencias que esto implica.

67. El derecho comparado muestra diferentes esfuerzos por legalizar la informalidad. La promoción de formas asociativas que permitan reunir capitales, capacidades y esfuerzos, es sin duda la más importante. Se busca transformar un conjunto de microempresas informales en una cooperativa, u otra forma asociativa, con productividad suficiente, que permita el desarrollo del trabajo en condiciones adecuadas.

Por supuesto, existen otras formas de abordar el fenómeno, más sencillas, donde simplemente se intenta facilitar la regularización y mejorar la productividad, exonerando de determinadas cargas fiscales o de tramitación a las microempresas.

68. La Ley Nacional de Empleo argentina, por ejemplo, se plantea como objetivo una política de empleo, tendiendo a *hacer operativo el derecho constitucional a trabajar*, según reza su art. 1º.

Esta ley se propone atacar diversos frentes relacionados con la ocupación, aunque comprende tanto al trabajo informal como al trabajo negro, que aparecen confundidos.

Respecto del trabajo no registrado (negro) se busca su regularización mediante una combinación de estímulos y sanciones.

La lotería laboral en Uruguay realiza un esfuerzo en el mismo sentido⁽⁵²⁾.

69. Pero en la ley argentina existe, además, un capítulo destinado expresamente a *las actividades informales*, buscando su reconversión productiva.

Ordena promover "la pequeña empresa, microemprendimientos, modalidades asociativas como cooperativas de trabajo, programas de propiedad participada, empresas juveniles y sociedades de propiedad de los trabajadores" (art. 91), a través de una simplificación registral y administrativa, asistencia técnica, formación profesional, creación de fondos solidarios de garantía para facilitar la obtención del crédito y prioridad en el acceso a la modalidad de pago único de la prestación por desempleo.

Se encarga al M.T.S.S. una definición de los lineamientos básicos del diseño de planes que se incorporarán en un "banco de proyectos", así como una declaración expresa de viabilidad económica de los mismos.

70. Una norma de alguna manera similar fue recientemente aprobada en Uruguay. En efecto, en la última Rendición de Cuentas, Ley 16.320 de 1/11/92, se crean dos organismos con competencia en materia de empleo, en la órbita del Ministerio de Trabajo (la Dirección Nacional de Empleo y la Junta Nacional de Empleo) y entre los cometidos del primero de los nombrados se enuncia el siguiente: "desarrollar programas de orientación y asistencia técnica a trabajadores que deseen transformarse en pequeños empresarios" (lit. h del art. 322).

⁽⁵²⁾ Ley 16.107 de 31/3/90, denominada de "Ajuste fiscal y tributario y de aportación al B.P.S." y dec. 338/92.

71. Cabe observar que en ninguna de las dos normas aparece ninguna mención al cumplimiento del derecho del trabajo y de la seguridad social. Esa carencia puede explicarse por tratarse de normas programáticas.

Sin embargo, nos interesa acentuar este aspecto. Nada mejor para ello que hacer notar la coincidencia de nuestro pensamiento con lo escrito por un autor argentino: "está lejos de estar probado que la precariedad laboral sea un atributo exclusivo de la pequeña producción. Sin embargo, ello no obsta para afirmar que en tal contexto tiene una alta probabilidad de aparición el empleo no registrado y, por lo tanto, *los programas de promoción a este tipo de unidades productivas deben incluir, de manera explícita, elementos concurrentes a la preservación de las condiciones de protección laboral. De lo contrario, una estrategia de estímulo a las empresas de menor capacidad económica relativa podría provocar como efecto no deseado el incremento de las condiciones de inserción laboral definidas como precarias*"⁽⁵³⁾.

72. La misma omisión aparece en la ley colombiana antes citada y en su decreto reglamentario, dónde no sólo no aparecen menciones a los derechos sociales, sino que además en diversos organismos que se crean con la finalidad de fomentar las microempresas, sólo accidentalmente aparece el Ministerio de Trabajo integrando algunos de ellos, cuando todos están compuestos por diversos ministerios.

73. En la ley brasileña N° 7.256 de 27/11/84, se establece que el Poder Ejecutivo deberá establecer procedimientos simplificados, *que faciliten el cumplimiento de la legislación del trabajo y de la previsión social por las microempresas*, así como eliminar exigencias burocráticas y obligaciones accesorias que, aunque previstas en la legislación en vigor, sean incompatibles con el tratamiento diferenciado y favorecido previsto en esta Ley (art. 18).

Expresamente se establece que las contribuciones de seguridad social del empleado se harán por el porcentual mínimo. Lo mismo, respecto de las contribuciones de la microempresa por accidentes de trabajo, e, incluso, alguna simplificación de tramitación.

En materia de derecho laboral se plantean determinadas "dispensas": en materia de licencia se exonera a la microempresa de efectuar determinadas notificaciones de las fechas de inicio y fin de la licencia (una al Ministerio de Trabajo y otra al sindicato respectivo).

En cambio el art. 20 señala expresamente algunas obligaciones que se mantienen: anotaciones en la "Carteira de Trabalho e Previdência Social"; archivo de documentación comprobatoria de los derechos y obligaciones del

⁽⁵³⁾ LINDENBOIM, Javier: ob. cit., p. 116, subrayado nuestro.

derecho del trabajo y de la seguridad social (recibos, etc.). Asimismo están sujetas a informes anuales en materia social, así como al depósito para el Fondo de Garantías de Tiempo de Servicios.

Por su parte, el decreto N° 90.880, de 30/1/85, extiende algunas otras exoneraciones: de algunas medidas referidas a actividades insalubres; de los documentos de contralor del horario de trabajo; de la existencia de órganos de seguridad y medicina de trabajo en las empresas; de los exámenes médicos preventivos, así como de la existencia de material de primeros auxilios; de la presentación de la planilla de trabajo y de la obligación de tener entre sus cuadros, determinado número de aprendices.

En algunos casos estas medidas pueden justificarse, tales como el tener determinado número de aprendices o el de la existencia de órganos de seguridad o medicina del trabajo; en cambio otros no son aceptables, tales como no tener material de primeros auxilios o, más grave aún, la aceptación, implícita en la exoneración del art. 60, del mantenimiento sin controles de actividades insalubres.

Sin entrar a considerar el exceso del decreto frente a la ley, conviene señalar los peligros de estas exoneraciones, si no se realizan con el cuidado debido y, en todo caso, previendo controles sustitutivos que permitan asegurar el cumplimiento del derecho laboral.

74. Un paso más da la legislación ecuatoriana con el Decreto Ley N° 26 del 29/5/86, llamada ley de fomento artesanal, en la cual, luego de establecer una serie de exenciones de tipo impositivo, se establece el seguro social del artesano y algunas normas de derecho laboral.

Respecto del primer punto, la ley señala que la protección del seguro social artesanal se extenderá a los integrantes del grupo familiar del artesano, siempre y cuando contribuyan con su trabajo para el funcionamiento de su taller o mantenimiento de la actividad artesanal.

Asimismo indica que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, deberá otorgar atención preferente a este seguro (arts. 22 a 24).

Luego, incluídas como dos primeras "disposiciones generales" (arts. 25 y 26), se incluyen referencias laborales.

La primera señala que *"los artesanos amparados por esta Ley, no están sujetos a las obligaciones impuestas a los empleadores por el Código de Trabajo"*. Aunque luego, señala dos *excepciones*: las disposiciones sobre *salarios mínimos* determinados para el sector artesanal y el pago de las *indemnizaciones por despido* intempestivo.

La segunda describe al aprendiz y señala que, en caso de que prestara sus servicios personales, percibirá un salario no inferior al 60% del fijado para el operario artesanal.

75. Debe tenerse presente que en Ecuador existen 300.000 talleres artesanales. "Si a eso añadimos cuatro aprendices y nueve operarios, para que presten sus servicios a las órdenes de un maestro de taller, en condiciones beneficiosas para el maestro, el aprendiz y el operario, estamos contando con un universo de cerca de dos millones de personas que viven y se sirven de la actividad artesanal"⁽⁵⁴⁾.

A nosotros no nos parece demasiado positivo que dos millones de personas queden marginadas del código de trabajo, obligándose únicamente a los empleadores al pago de salarios mínimos y la indemnización por despido: no existe limitación de jornada, no se habla de horario extraordinario, ni de descanso semanal ni anual, ni de medidas de prevención e higiene.

Estamos muy lejos de lo que reclama LINDENBOIM y de lo que nosotros hemos planteado, en el sentido de que si bien se deben promocionar las actividades informales, a fin de tratar de sacarlas de la situación de subproductividad, no debía admitirse, en ningún caso, la exoneración laboral⁽⁵⁵⁾. Y aunque hoy tal vez, viendo la persistencia y agravamiento de la desprotección laboral, podríamos llegar a discutir, derecho a derecho, si alguno de ellos podría dejarse sin efecto a fin de preservar la fuente de trabajo, de ninguna manera aceptaríamos discutir la separación total de estos trabajadores del sistema tuitivo general.

76. Conviene repasar aquí lo que ha sostenido el Director General de la O.I.T. en su Memoria de 1991. En efecto, expresa HANSENNE que "la incapacidad del sector no estructurado para dar cumplimiento a ciertas normas laborales no significa forzosamente que la legislación adolece de insuficiencias, sino que se ha de considerar como un reflejo de las condiciones tan insatisfactorias en que tiene que desenvolverse dicho sector. La liberalización del mercado del trabajo contribuiría muy poco o nada a mejorar estas condiciones. Así pues, hay que optar, en tanto que criterio general, por *considerar las normas y disposiciones básicas de la legislación del trabajo como objetivos que se deben alcanzar progresivamente en el sector no estructurado* (...)".

Pese a la progresividad anotada, señala que "no hay que esperar en todos los casos a que el sector no estructurado empiece a "ponerse a la altura" del sector moderno. *Ciertas normas básicas son tan fundamentales que no se debe tolerar el que no se respeten*". Señala a continuación las que se consideran de ese nivel, tales como la libertad sindical; la protección contra el trabajo

⁽⁵⁴⁾ Intervención del subsecretario de artesanías, Dr. EDUARDO CALLE SAAVEDRA, en la ceremonia llevada a cabo en el Palacio Presidencial el 27/5/86, con motivo de la aprobación de esta ley.

⁽⁵⁵⁾ GRZETICH, Antonio, ob. cit. p. 79.

forzoso; la no discriminación; el trabajo infantil, la seguridad y salud en el trabajo (específicamente descuidadas en la legislación brasileña). Luego se extiende en consideraciones respecto de las formas de inspección y formación, así como de seguridad social⁽⁵⁶⁾.

77. Excluyendo las exoneraciones laborales, las normas citadas son un ejemplo en la promoción de estas formas de actividad a través de exoneraciones tributarias y simplificaciones administrativas. Sin perjuicio de ser medidas que sólo pueden operar transitoriamente, en tanto que los problemas del mercado de trabajo deben ser solucionados de manera más profunda.

Es posible que la economía capitalista no nos pueda dar respuestas y mucho menos con el empuje neoliberal en auge. Quizá el mayor pecado de la posición de De Soto es plantear las cosas justo al revés de lo que son. Presenta al trabajo informal como "la revolución de los pobres", cuando en realidad, o es un trabajo de mera subsistencia -y allí los pobres siguen siendo pobres- o es la actividad en negro, que abusa del trabajo ajeno y del esfuerzo social del resto de la sociedad. En un párrafo de su libro manifiesta expresamente: "es claro que si la regulación laboral y social encarece el uso de manos de obra las empresas usan menos trabajo y más capital (...). Esto obviamente supone que las empresas formales no puedan aprovechar el factor de producción más importante del país, que es el trabajo"⁽⁵⁷⁾. Los que trabajan en negro sí la aprovechan, pero al costo de la explotación del asalariado.

Pauta normativa

78. A nuestro entender, un proyecto de ley que pretenda modificar las condiciones de trabajo de los asalariados de las microempresas a través de su promoción debería adecuarse, aproximadamente, a las pautas que mencionaremos a continuación.

1) Deberá acotarse, mediante una definición adecuada, el universo a abarcar.

2) Deberá crearse un organismo, preferentemente tripartito, que "califique" las situaciones que quedan incluidas o excluidas del marco legal. Dicha calificación deberá revisarse periódicamente.

3) En tercer lugar deberá establecerse el sistema de preferencia o, los sistemas de preferencias, si se pretende actuar más finalísticamente. Por ejemplo un sistema más favorable para el sistema cooperativo, en cuanto reduce la

⁽⁵⁶⁾ HANSENNE, Michel: ob. cit. pp. 45 y ss., subrayados nuestros.

⁽⁵⁷⁾ DE SOTO, Hernando: ob. cit. p. 221.

oposición patrono-trabajador. O, para aquellas empresa que creen determinada cantidad de empleos, o se obliguen a mantenerlos, o se comprometan a determinada estabilidad de sus empleados.

4) Los elementos de promoción pueden ser diversos y estar aislados o combinados:

a) Exoneraciones fiscales.

b) Un tratamiento más favorable para las aportaciones sociales.

En ese caso, para no desequilibrar financieramente a la seguridad social, deberán buscarse fuentes de ingresos sustitutivas, que estén relacionadas con el sector o los sectores de actividad de que se trate, y que busquen una aportación directa sobre la riqueza, o en oportunidad de que ésta se manifieste⁽⁵⁸⁾.

Un ejemplo parcial de esta pauta fue recogido en un anteproyecto aprobado por el B.P.S. en abril de 1994. Se refiere a la inclusión de los vendedores ambulantes en la seguridad social, para lo cual los divide en dos categorías: trabajadores individuales o con alternos familiares, que aportan de manera reducida y pueden optar por ingresar a la cobertura de enfermedad, siempre que estén cubiertos por otros servicios análogos. La otra categoría está integrada por los que tienen personal subordinado, que aportan según el régimen común.

c) El fomento del consumo de los productos o servicios de estas empresas, por diversos medios. Uno puede ser la obligación del Estado de utilizar estos productos en determinado porcentaje de sus adquisiciones.

d) La facilitación de créditos ya sea oficiales o privados.

e) La orientación y facilitación de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, adecuadas a las circunstancias de la microempresa de que se trate. Al respecto Hansenne, señala la posibilidad quizá de complementar los servicios públicos de inspección laboral o de salud laboral mediante la participación de las O.N.G., o la contratación de ex-trabajadores del sector, ya jubilados, que posibiliten, de una manera innovadora y más flexible, superar la inercia y obtener mejoras⁽⁵⁹⁾.

f) La simplificación de los trámites y gastos de registración, de aportación e incluso de contralor laboral, sin descuidar las garantías, pero evitando los excesos burocráticos.

⁽⁵⁸⁾ No compartimos en este aspecto la propuesta de HANSENNE, Michel: ob. cit. p. 48, en cuanto *separa* al sector no estructurado del resto de la sociedad a los efectos de la seguridad social. Entendemos, por el contrario, que el sector informal (en sentido estricto) es provocado (intencionalmente o no) por el sector capitalista formal, que es el que mayores recursos obtiene de la economía y, por ende, debe ser el que provea, con una parte ínfima de sus bienes, lo necesario para la redistribución de la renta, insista en todo sistema de seguridad social.

⁽⁵⁹⁾ Ver HANSENNE, Michel: ob. cit. p. 47.

g) *La exigencia y contralor del cumplimiento de las obligaciones de seguridad social y la exclusión inmediata del sistema tuitivo, de aquella microempresa que se la encuentre en violación de las normas laborales.*

La microempresa subcontratada

79. Como anticipáramos, cabría examinar una segunda cara de la microempresa, consistente en su relacionamiento externo y las implicaciones jurídicas que el mismo puede aparejar.

En efecto, existen casos en que la empresa formal "crea" a partir de sus propios trabajadores, un conjunto de microempresas, con la única finalidad de eludir costos sociales y laborales (ver infra Nos. 24 y ss.).

En otros casos, de contextura semejante, la empresa mayor se sirve de un conjunto de microempresas, algunas de las cuales le son preexistentes, pero monopolizando su actividad y, en consecuencia, determinándola y dirigiéndola.

80. Si bien existen impulsos económicos a los efectos de adoptar determinadas estrategias empresariales, algunos de ellos pueden ser legítimos en una lógica económica, pero entrar en colisión con determinadas normas jurídicas: constitucionales, legales, o principios extraídos del propio sistema normativo.

Aún aceptando estos cambios de la estructura productiva como una realidad dada e inevitable, es imprescindible dotar al ordenamiento jurídico laboral de los medios para cumplir su objetivo de protección de la persona que trabaja. La misión del derecho laboral es regular la realidad cambiante del trabajo, bajo la misma clave tuitiva.

No es necesario innovar demasiado (o tal vez baste decir que no es necesario innovar). En el caso uruguayo al menos, la legislación de trabajo a domicilio demuestra hasta qué punto se puede considerar empleador, a quien formalmente no lo es (el dador de trabajo frente al trabajador subordinado del tallerista). Aunque también caben soluciones menos drásticas pero igualmente efectivas, como es la responsabilidad subsidiaria o solidaria que nuestra legislación ha consagrado entre contratista y subcontratista (art. 3º Ley 10.449 o el derogado art. 2º Ley 10.004). O la teoría del conjunto económico, sólidamente fundada en los principios del derecho laboral⁽⁶⁰⁾.

(60) Sobre este tema y sus variantes nos hemos referido con mayor amplitud en sendos trabajos: GRZETICH, Antonio: "Subcontratación de trabajo", el primero y "El concepto de subcontratación y algunas de sus consecuencias jurídicas", el segundo. Ambas publicadas en la rev. DERECHO LABORAL, Montevideo, 1992, T. 35, N° 166, pp. 215 y ss. y 400 y ss. respectivamente.

81. Ahora, si bien es cierto que no es preciso innovar, sí parecería necesario regular las nuevas situaciones con normas nuevas. En primer lugar porque las normas que hemos citado fueron pensadas para otro contexto. En segundo término porque sus textos son extremadamente escuetos. En tercer lugar porque el avance de la flexibilidad ha operado en la jurisprudencia como un elemento de freno, en cuanto a interpretaciones innovadoras de sentido protector⁽⁶¹⁾. Creemos que en este caso no alcanzaría el potencial doctrinario y jurisprudencial tan importante en nuestro derecho, porque transformación de la realidad ha sido de tal magnitud, que es necesaria la intervención legislativa, que resuelva el tema, evitando que este fenómeno de la informalidad - reconocido por la gran mayoría como patológico- siga desbordando los cauces aceptables en una sociedad cohesionada.

Pauta normativa

82. Las pautas que debería seguir una legislación sobre el tema, a nuestro entender, son las siguientes:

a) Consagrar la responsabilidad solidaria de la empresa contratante y la subcontratante, a todos los efectos del derecho laboral.

b) En materia de seguridad social, consideramos se debe consagrar la obligación de aportación (en todo o en parte) de la empresa contratante, sin perjuicio de operar eventualmente como agente de retención por el resto.

c) Establecer sanciones fuertes para aquellos casos en que la subcontratación pueda considerarse fraudulenta.

XII. MERCADO MODELO

83. Como se analizara en el capítulo respectivo, el Mercado Modelo concentra entre tres y cuatro mil trabajadores en situaciones bastante heterogéneas. La propia investigación realizada por el Ministerio de Trabajo en 1989, concluye formulando una *propuesta* concreta de regularización.

Se piensa en crear un Servicio de Empleo, con la finalidad de ordenar ese desbordante movimiento de mano de obra. Se deja en claro que existen competencias de otras reparticiones públicas dentro y fuera del Ministerio. Específicamente se mencionan la Inspección General del Trabajo, el Banco de Previsión Social y la Intendencia Municipal de Montevideo.

(61) En el último de los trabajos citados, comentamos una sentencia (con sus dos instancias enfrentadas), tratando de aportar elementos doctrinarios que permitan dilucidar lo que debe entenderse (hoy día al menos) por subcontratación. Las sentencias demuestran criterios diferentes pero ambos pronunciamientos adolecen de una falta de profundidad conceptual sobre el tema.

Se sugiere: 1) Cerramiento del Mercado Modelo (competencia de la I.M.M.). 2) Creación de un registro de trabajadores y de empresas. 3) Sanción de una ley que creará un sistema de aportación semejante al tributo unificado para la industria de la construcción. 4) Envío de los antecedentes a la I.G.T. y al B.P.S. a fin de que actúen controlando los incumplimientos laborales y de seguridad social.

Se imaginaron dos instrumentos para lograr "la aplicación de un sistema laboral de contratación de mano de obra de carácter ágil, general y permanente": uno de ellos era la creación de un servicio de empleo; el otro consistía en una forma de tributación unificada para que, cada contraprestación por tarea cumplida, cubriera las alícuotas referentes a licencias, salario vacacional y aguinaldo.

La iniciativa suponía la existencia de una oficina del M.T.S.S. (o incluso una oficina con integrantes también del B.P.S. y eventualmente otras oficinas interesadas) como sede del servicio. Se proponía la *promoción y difusión del sistema*, la creación de sendos registros de trabajadores y empleadores y comisiones asesoras.

Al contratar un trabajador, la empresa debe darle el alta en el servicio, y al terminar la tarea, la baja respectiva. Al trabajador se le asigna una chapa individual, identificatoria del número de afiliación del empleador que le da ocupación. Se llevaría una planilla de colocación diaria con los datos pertinentes: fecha, nombre y número de la empleadora; nombre y número asignado al trabajador, tiempo de la relación laboral -hora de alta y de baja- categoría laboral, salario. etc.

Asimismo se debía poner en funcionamiento un sistema de inspección y contralor del cumplimiento de las disposiciones del servicio. A su vez se había pensado en un sistema de recursos económicos que permitieran el otorgamiento de determinadas prestaciones.

84. El proyecto de ley de 1971 era menos ambicioso, creando una bolsa de trabajo pura y simple: una forma de distribución equitativa del trabajo. La propuesta de 1989 apunta a que esos trabajadores posean los mismos beneficios laborales y de seguridad social que el resto, a través de un mecanismo que simplifique esos beneficios en un ámbito de trabajo donde la complejidad de la contratación hace inviable el sistema corriente. En la implementación debería buscarse la participación de los interesados, y la más estricta simplificación administrativa (sin mengua de los controles imprescindibles), eligiendo funcionarios bien calificados y con vocación, que bien remunerados, puedan llevar a buen término la tarea.

El planteo se perdió en un cajón, pero no ha perdido su vigencia.

CONCLUSIONES

85. Brevemente, trataremos de resumir las conclusiones que consideramos válidas. Son las siguientes:

1) Existe una gran confusión y desprolijidad en la terminología empleada. Hay diferentes definiciones y visiones diversas del tema, todas abarcadas por el mismo nombre.

2) Creemos que el tema de la informalidad es un concepto económico-laboral, que alude a la manera en que un grupo cada vez más numeroso de personas obtiene ingresos insuficientes. Es una noción vinculada al subempleo (sobre todo en razón de la escasa productividad). Se caracteriza por la creación de la propia fuente de trabajo (autoempleo), ante la incapacidad que demuestra el sector formal para absorber toda la oferta de mano de obra. Estamos ante actividades de subsistencia.

3) Esta consideración permite acotar el concepto a sus límites naturales (dentro de una perspectiva sustancial). Asimismo posibilita la distinción de la informalidad con el trabajo negro, simplemente evasor. Para esa distinción adquiere particular relevancia el motivo de los incumplimientos formales: la subsistencia en el caso de la informalidad; el mayor lucro en el segundo.

4) Las modalidades de subordinación son varias. Una parte, quizá no tan numerosa en realidad, pertenece al sector informal en sentido estricto. La parte restante es trabajo subordinado, oculto o disfrazado de independencia e informalidad.

5) Las soluciones para el trabajo aparentemente informal consisten en buscar reacciones del ordenamiento jurídico, obedeciendo a las premisas constitucionales y legales, para regular las situaciones de evasión o marginación deliberada del sistema jurídico.

6) La meta de hacer cumplir el derecho laboral y la seguridad social en el sector de economía de subsistencia, debe intentarse a través de vías de promoción de las microempresas, a fin de que puedan aumentar su productividad y cumplir con los deberes legales y sociales. La antedicha promoción debe otorgarse estrictamente condicionada al cumplimiento formal, base ineludible de convivencia social.

7) Cuando las referidas microempresas estén en relación de dependencia con empresas mayores, deberán establecerse los mecanismos legales que permitan que los beneficios y las cargas se repartan de manera justa.

8) Por último, existen situaciones de difícil catalogación entre formalidad e informalidad, dependencia o trabajo por cuenta propia. También allí se sugiere que el legislador, en cumplimiento de claros mandatos constitucionales, regule las situaciones atípicas que se vayan presentando, teniendo como meta el mantenimiento de una convivencia social adecuada, objetivo del derecho todo, pero muy especialmente del derecho del trabajo y de la seguridad social.