

EL TRABAJADOR AUTÓNOMO EN COLOMBIA

MARTHA ELISA MONSALVE CUÉLLAR⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

La convocatoria del apreciado amigo y colega Jaime Zavala a participar en este libro homenaje a la memoria del incomparable amigo y gran Maestro, gloria del juslaboralismo iberoamericano, hacen que se conjuguen sentimientos de profunda tristeza, pero también de satisfacción al poder formar parte de este sentido y merecido homenaje, compartiendo este tema que ha revestido especial impulso en mi país donde se hacen esfuerzos por combatir la informalidad que aqueja a Latinoamérica, se genera la obligación de compartir los conocimientos, experiencias y avances en el tratamiento desde el punto de vista legislativo y jurisprudencial a estos trabajadores que, a no dudar, conforman hoy en día un grupo muy importante, dado los grandes y significativos cambios en el mundo del trabajo, las formas de ofertar empleo y la tendencia cada vez mayor de la desaparición del trabajo subordinado o dependiente buscando la flexibilidad laboral y el abaratamiento de costos.

(1) Doctora en Derecho y Ciencias Políticas. Candidata a Doctorado de la Universidad Castilla - La Mancha. Doctora Honoris Causa de la Universidad López Freire de Nicaragua. Miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Co-autora de más de 25 libros a nivel nacional e internacional. Conferencista invitada y docente en congresos y cursos de maestría y especialización en Universidades latinoamericanas y europeas. Colabora en Revistas especializadas. Docente investigadora de la Universidad la Gran Colombia. Presidenta del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de Ilera - Colombia.

II. ETIMOLOGÍA⁽²⁾

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua dice de autónomo “que tiene autonomía. Que trabaja por cuenta propia”.

Con base en esta definición orientaremos nuestro trabajo para establecer en cuáles de las relaciones de tipo legal y contractual es fácil determinar esa autonomía y, además, cómo desde la OIT y nuestros gobiernos se viene fomentando el trabajo no dependiente para dar este carácter autónomo al trabajo que realiza una persona de manera particular.

III. CONTRATISTA INDEPENDIENTE

El artículo 3 del Decreto Legislativo N° 2351 de 1965 de nuestra normativa laboral colombiana, define a los contratistas independientes⁽³⁾: “Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios (...)”.

Se señalan allí una serie de características que definen realmente esas condiciones entre ellas

- personas naturales o jurídicas
- que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva

IV. CONTRATO CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Con el fundamento legal del artículo 1501 del Código Civil colombiano, se ha generalizado la celebración de estos contratos inclusive en el Sector Público con características especiales que conllevan precisamente a desvirtuar cualquier injerencia laboral.

(2) Larousse Diccionario Enciclopédico, 2006.

(3) *Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social*. 34ª ed., Legis, 2014.

Quienes se vinculan mediante este tipo de contratos comprometen la prestación de servicios técnicos y profesionales, utilizando sus propios medios y con plena autonomía.

Deben afiliarse a la seguridad social integral como trabajadores independientes y, además, presentar la prueba mensual del pago de aportes al contratante conforme a la Ley N° 797 de 2003 y la Ley N° 1122 de 2007.

Para obtener el pago del precio por el valor de los servicios contratados debe presentar cuenta de cobro o factura con ajuste a la ley fiscal y con los descuentos respectivos señalados en el estatuto tributario.

Las controversias que surjan de este tipo de contrato se establece previamente que tendrán que ser dirimidas ante la Comisión de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio del domicilio de la contratante.

Con todo ello para desvirtuar los elementos de la relación laboral, quien pretenda alegarlos tendrá que demostrar la existencia de un contrato realidad, dando primacia a la realidad en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo.

En este tipo de contratos, no obstante resulta bastante difícil demostrar los elementos de la relación laboral. Sin embargo, existen sentencias en las cuales se desvirtúa el contrato de prestación de servicios y se concluye la existencia de una verdadera relación de trabajo. La Corte Constitucional por vía de tutela ha concluido en repetidas oportunidades estas controversias con tal declaratoria.

V. LAS RECOMENDACIONES DE LA OIT

Ha sido preocupación de la Organización Internacional del Trabajo en especial la recomendación 136 de 1970 sobre programas para jóvenes, pues quienes más resultan involucrados en trabajo autónomo son precisamente este grupo vulnerable que ha ejercido una gran influencia en el cambio demográfico que junto con el envejecimiento registramos en los últimos 10 años.

La Recomendación 127 reemplazada por la 193 de 2002 sobre la Promoción de las cooperativas

Al dar lectura de la referida recomendación resulta evidente cómo a través de las cooperativas y su reglamentación se promueve la autonomía e independencia para sus asociados, aunque formen parte de un ente jurídico, no regulado por

la ley laboral en mi país⁽⁴⁾. Los asociados son incentivados a trabajar de manera autónoma generando riqueza.

Es así como nace la cooperativa en 1830, fundada por Robert Owen con clara orientación a una forma asociativa de trabajo con autonomía e independencia, y autogestionarias poseedoras de bienes y servicios.

Infortunadamente el desvío que de su utilización se hizo convirtiéndolas en intermediadoras laborales contribuyeron a su proscripción y casi desaparición en nuestro país.

De allí, manifestamos que muchos de sus asociados se convirtieron en las Pymes abriendo paso a una actividad productiva, pero generando el problema que se desprende de la informalidad.

La casi totalidad de las Pymes están en cabeza de jóvenes que han iniciado actividades de manera autónoma sin bases técnico-profesionales y sin asesoría. Créditos blandos y acompañamiento. Esto ha generado la desaparición de muchas de ellas que no han logrado el proceso de formalización.

VI. CULTURA DEL EMPRENDIMIENTO –

¿Un emprendedor es lo mismo que un empresario? ¿Emprendedor empresario? Empresario emprendedor?

Existe una eterna discusión para dilucidarlo.

Inclinándose el comentarista del artículo⁽⁵⁾ en expresar que hay una diferencia elemental entre ser emprendedor y ser empresario. El empresario es quien generalmente ejecuta las ideas quien gestiona el negocio lo que no quita que el emprendedor gestione su propio negocio como trabajador autónomo.

El emprendedor innato genera ideas, implementa luego puede delegar.

El emprendimiento es riesgo y aventura. Mucho más que ser empresario.

La cultura del emprendimiento⁽⁶⁾ es una manera de pensar y actuar, orientada hacia la creación de riqueza, a través del aprovechamiento de oportunidades,

(4) Ley N° 79 de 1988 por la cual se actualiza la legislación cooperativa Legis 34 edición

(5) <gerencia.com>, 07/09/2013.

(6) <gerencia.com>, 12/06/2010.

del desarrollo de una visión global de un liderazgo equilibrado. Observamos como se orienta a la actividad de un líder que se desarrolla de manera autónoma.

El emprendimiento tiene sus orígenes en el inicio de la historia de la humanidad, es algo innato a ella y el hombre siempre ha estado presente.

Emprendedor es una persona con posibilidades de innovar, o sea con la capacidad de generar bienes y servicios de una forma creativa, metódica, ética, responsable y efectiva. Esto lo identificamos con lo que realiza un trabajador autónoma o por cuenta propia.

Entendemos, entonces, que la cultura del emprendimiento es el conjunto de valores, creencias, ideologías, hábitos, costumbres y normas que comparte un grupo de personas. No encontramos con ello que el emprendimiento sea solamente a nivel de grupo, puede darse de manera personal y autónoma.

De los principios para el desarrollo de la cultura del emprendimiento a saber: formación integral en valores y desarrollo integral del ser humano, autoestima, autonomía observamos como se orienta al trabajo autónomo aunque no descarta involucrar a la comunidad.

El emprendimiento poco a poco se irá convirtiendo en un complemento a la vida laboral de muchos trabajadores.

Estamos observando, y así lo escuchamos en la 18ª Reunión Regional de las Américas el mes pasado en Lima, que la economía en la región de Latinoamérica y el Caribe está decreciendo, el empleo está desapareciendo, lo dijimos antes, si a esto le agregamos la falta de productividad que nos aparta de la competitividad el tema de las empresas sostenibles que ofrezcan trabajo decente se va tornando en utopía.

Quienes quedan desempleados difícilmente consiguen nuevo trabajo por los que acuden al “rebusque”, que no es otra cosa que la insipiente del emprendimiento del cual afirmamos es forma de trabajo autónomo o por cuenta propia.

El emprendimiento es una gran alternativa para mejorar ingresos y no riñe con el trabajo que se desarrolle en una empresa como trabajador asalariado y que mediante el emprendimiento busque precisamente aumentar los ingresos por no ser suficiente el salario que devenga.

Entre más se acentúe la crisis que en Colombia, apenas comienza a hacer sus efectos nocivos veremos más personas acudiendo al emprendimiento como alternativa para mejorar ingresos⁽⁷⁾.

Fomento de la cultura del emprendimiento

Para fomentar la cultura del emprendimiento es preciso que se inicie un proceso desde los primeros años de vida de las personas. Este proceso debe contemplar estrategias encaminadas a llevar las personas al convencimiento que mediante la creación de proyectos productivos pueden llegar a triunfar a nivel personal como económicamente.

Fondo Emprender

Es un fondo creado por el gobierno colombiano para financiar iniciativas empresariales que provengan y sean desarrollados por alumnos del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), que hayan finalizado la etapa lectiva de un programa de formación, alumnos o egresados de cursos del SENA en el programa de jóvenes rurales y línea de formación de líderes del desarrollo, estudiantes que se encuentren cursando los dos últimos semestres en un programa de educación superior reconocido por el Estado.

El fondo Emprender se rige por el Derecho Privado conformado por parte del recaudo de monetización de la cuota de parentices y aportes del presupuesto de la nación y organismos de cooperación nacional e internacional.

Objetivo del fondo emprender

Apoyar proyectos productivos que integren los conocimientos adquiridos por los emprendedores de formación con el desarrollo de las nuevas empresas.

Etapas del proceso con el fondo Emprender:

- Formulación del plan de negocios
- Evaluación y asignación de recursos
- Ejecución

Críticas al sistema

Quienes han pretendido acceder al fondo Emprender si bien han cumplido la primera etapa en cuanto a la formulación del plan de negocios en la asignación

(7) Gerencia.com. El emprendimiento como complemento de la vida laboral 13/06/2010.

de recursos, han encontrado un gran escollo, pues se siguen las pautas del sector financiero sin facilidades de crédito blando y con altos intereses iguales a los de las entidades bancarias, y la tramitología es agotadora a pesar de que la ley de empleabilidad también se conoce como antitrámites.

Los interesados se quedan en la mitad del camino ante las trabas que les colocan para acceder al crédito.

En la ejecución se han presentado enormes fallas, pues no ha existido seguimiento ni acompañamiento ni evaluación ni asesoría permanente que evite detectar yerros y riesgos y han sucumbido en el proyecto autogestionario exigiendo la devolución inmediata de los fondos a quienes han fracasado en el negocio.

Aunque existe la promesa frente a los negocios exitosos de condonar el préstamo, eso no es cierto y se ha perdido toda confiabilidad en el sistema.

VII. LEY DE EMPLEABILIDAD

Mediante la Ley 1429 de 2010 se pretende la formalización y generación de empleo en Colombia y generar incentivos a la formalización en las etapas iniciales de creación de empresas y se aumenten los beneficios y se disminuyen los costos de la formalización.

Lo indicamos en otra parte de este trabajo, los jóvenes son los más inclinados a la creación de Pymes y desarrollan actividades con carácter de autónomos cayendo en la mayoría de las veces en la informalidad que infortunadamente crece en nuestro país de una manera preocupante.

Empieza la ley por definir las pequeñas empresas y la iniciación de la actividad económica principal para en el numeral 3, ocuparse de los tipos de informalidad en el empleo el que toca directamente con la razón y motivo de este trabajo que se presenta para este Tercer Congreso del Trabajador Autónomo o por cuenta propia.

Dentro de esa informalidad en el empleo se considera la informalidad por subsistencia que se caracteriza por el ejercicio de una actividad por fuera de los parámetros legalmente establecidos por un individuo o el núcleo familiar o social para garantizar el mínimo vital.

Se establecen en la ley incentivos para la formalización empresarial con reconocimiento de los mismos de manera decreciente proyectados a cinco años.

Qué pasa después de esos cinco años cuando se han obtenido los beneficios.

Queremos destacar dos literales que consideramos de mucha importancia dentro de nuestra actividad académica y de formación profesional y técnica.

Diseñar y promover programas de formación, capacitación, asistencia técnica y asesoría especializada, que conduzcan a la formalización y generación empresarial, del empleo y el teletrabajo.

Rescatamos de este literal tres aspectos fundamentales en que queremos enfatizar.

De esa primera formulación hemos estado tan distantes empresa-academia y prueba de ello es el fracaso del emprendimiento porque no se han cumplido estos postulados.

Además, si ello funcionara sería un excelente medio para la formalización y la generación de empresas sostenibles por las cuales clama el Director General de la OIT desde su posición y compromiso.

El otro punto, la generación de empleo y esta se logra en las empresas sostenibles que puedan ofrecer empleos de calidad, es decir, trabajo decente, y por último, el teletrabajo, cuyo impulso se está suscitando en mi país de una manera impresionante pero que frente a ustedes resultamos sencillamente aprendices. Tenemos mucho que aprender frente a este tema. Lo consideramos una opción importantísima frente a una serie de problemas del mundo actual.

Hemos insistido tanto en que la Academia no puede permanecer tan lejana de la empresa y menos del Estado. Es preciso ese trabajo mancomunado que consagra el literal.

Conocemos las falencias del Estado frente a la carencia de técnicos y tecnólogos porque están llenos de burócratas politiqueros que no aportan realmente al desarrollo del país en la forma innovadora que requiere el mundo globalizado de hoy, frente a los retos de la productividad para poder ser competitivos.

No se conocen datos estadísticos sobre la efectividad de esta ley aunque se dice que se han formalizado un buen porcentaje de informales, pero mientras no se cumpla con los parámetros que acabamos de señalar caerán nuevamente en la informalidad.

VIII. SOCIEDADES COMERCIALES

Hemos sufrido en los últimos años una proliferación de sociedades comerciales encaminadas básicamente a la “deslaborización” disminuyendo los costos laborales a los cuales se culpa de la no rentabilidad de los negocios cada vez más baja.

Sucedió inicialmente con las Cooperativas de Trabajo Asociado donde se camuflaron verdaderas relaciones laborales de una manera fraudulenta que trajo consigo la “satanización” de la figura, lo que ha hecho gran daño al verdadero cooperativismo como generador de riqueza y de trabajo asociado.

Tuvimos en Colombia la empresa unipersonal si tiene origen legal, Ley N° 222 de 1995 las creó de manera expresa como empresas unipersonales sigue vigente una sola persona (autónomo).

La sociedad unipersonal no está contemplada en ninguna ley. Se le dio esa denominación a las personas jurídicas conformadas por una sola persona (autónomo) que se crearon a la luz del artículo 22 de la Ley N° 1014 de 2006.

La sociedad unipersonal en cambio ya no está vigente no solo porque nunca fue creada por la ley sino porque el artículo 46 de la Ley N° 1258 de 2008 prohibió que se situieran creando las mal llamadas sociedades unipersonales al tiempo que exigió que las existentes se debían transformar a sociedades anónimas simplificadas (SAS).

Sobre esto debemos acotar que las Cooperativas de Trabajo Asociado que fueron clausuradas por incurrir en intermediación laboral se convirtieron en SAS para seguir en su actividad simuladora.

IX. CONCLUSIONES

Frente al cambio experimentado en el mundo laboral que no tiene retorno el trabajo autónomo crece como una respuesta a la disminución considerable del trabajo dependiente.

Difícilmente encontramos hoy en día empresas generando puestos de trabajo estables.

Con el fomento del emprendimiento y el trabajo autónomo a través de las cooperativas con la verdadera filosofía del cooperativismo indirectamente se promueve la importancia del emprendedor.

Consideramos que en Colombia con la Ley de empleabilidad, se corre el riesgo de que después de disfrutar de los beneficios decrecientes durante cinco años como incentivo para pasar de la informalidad a la formalidad se retorne después de agotado el término de beneficios.

Encontramos que el fomento del trabajo autónomo impulsa la creatividad, la conservación de la actividad que se desarrolla pues su implementación y crecimiento conlleva beneficios.

Definitivamente nos declaramos muy inclinados al teletrabajo que, en ciertos aspectos, consulta matices del trabajador autónomo por considerar que se adapta a las necesidades del mundo de hoy cuando, por las dificultades de la movilidad en las grandes ciudades, la necesidad de hacer compatible la vida personal familiar con la laboral es más evidente, cuando es tan importante la jornada flexible que permita el desarrollo de muchas actividades que la rigidez de las jornadas no lo permite.

El trabajo por objetivos se dimensiona de una manera evidente con el trabajo autónomo y con el teletrabajo.