FABRIZIO FERRARO / Intervención – 10 de mayo de 2019

Introducción

Antes de proceder con mi intervención, me gustaría dar mi agrademiento por la invitación a los organizadores de esta conferencia en la que se van a tratar temas de mucha actualidad.

Desafortunadamente mi nivel de español, como habrán percibido, no está a la altura de tal evento, por lo que he decidido preparar mi intervención de forma escrita que hoy leeré yo mismo, algo que no suelo hacer habitualmente. Dicho esto, me disculpo por adelantado y espero de ir mejorando mi nivel de español poco a poco.

El profesor Bellomo ya ha ofrecido un exhaustivo resumen del sistema de seguridad social de los trabajadores por cuenta propia en el sistema jurídico italiano en sus más importantes articulaciones. Por lo tanto, voy a centrarme directamente en los cambios introducidos en la regulación legislativa de la seguridad social de los trabajadores autónomos entre 2015 y 2017. Finalmente, para concluir mi intervención, lanzaré una rápida reflexión sobre la posibilidad de extender en algunos trabajadores autónomos el principio de automaticidad de las prestaciones de la seguridad social.

En referencia al "estatuto italiano del trabajo por cuenta propia" la novedad es considerable ya que, después de la abrogación del trabajo *"a progetto"* (por encargos), las normas no han sido dirigidas al falso trabajo por cuenta propia, centrandose solamente en el autentico (que quede claro, se entiende como una categoría monolítica, ademásno está definido de alguna manera ni el concepto de debilidad económica ni de dependencia económica, conceptos que de otra manera hubieran podido constituir válidos criterios para modular más eficazmente las tutelas). La disciplina del trabajo por cuenta propia auténtico repercute necesariamente en la difusión del falso trabajo por cuenta propia. De hecho, una de las razones detrás del abuso del falso trabajo por cuenta propia se encuentra en el modelo del "todo o (casi) nada" aplicado por la asignación de tutelas sociales, que históricamente han sido reservadas, en la mayoria, para el trabajo por cuenta ajena, a pesar de la obligación de la República, dispuesta en el art. 35 de la Constitución italiana, de proteger el trabajo "en todas sus formas y aplicaciones" . Entonces, queda claro que el programa constitucional ha sido durante mucho tiempo desatendido, y en parte sigue todavía siendolo. Algunos profesores reputados, especialmente Giuseppe Santoro-Passarelli, han evidenciado, desde hace tiempo, la urgente y no prorrogable necesidad de mayor protección en relación al trabajo por cuenta propia, coincidiendo el mismo con las profundas transformaciones de la realidad social.

La ley n. 81 de 2017 (capítulo I) establece una base de normas uniformes dedicadas al trabajo por cuenta propia (con exclusión de la figura intermediaria del pequeño empresario), dirigidas a "apoyar en el presente los trabajadores por cuenta propia para proteger su futuro". Por lo tanto, se perfila como una "protección integrada" del trabajo autónomo entre derecho civil y derecho del trabajo, cuyo efecto aplicativo sigue siendo incierto.

Las medidas de protección son muy diferentes [garantías contra pagos retrasados (Artículo 2) y contra cláusulas abusivas que se consideran nulas y perjudiciales (Artículo 3). Dichaley además introduce la tutela de los derechos económicos para las invenciones realizadas por los trabajadores, por otra parte otras normas mejoran las oportunidades de los trabajadores autónomos en el mercado laboral y reducen la presión fiscal (por ejemplo recientemente ha

entrado en vigor una norma que prevé un "miniimpuesto plano" (*mini flat-tax*) para los titulares autónomos de número de IVA que no excedan un determinado límite de ingresos)].
Algunas medidas, sobre las cuales me gustaría dedicar reflexiones, son atribuibles directamente o indirectamente al sistema de la seguridad social:

I. La suspensión de la relación continua en caso de embarazo, enfermedad o accidente.
II. La facultad de "sustitución" por la trabajadora en maternidad (brevemente)
III. La suspensión y la división en plazos de la cotización a la Seguridad Social en caso de enfermedad y accidente grave.
IV. Otras medidas de seguridad social

I. La suspensión de la relación continua en caso de embarazo, enfermedad o accidente.

El artículo 14, apartado 1, introduce un límite a la facultad de las partes de extinguir la relación de trabajo ejecutado «de manera continuada» en caso de embarazo, enfermedad o accidente, garantizando al trabajador el poder de suspenderlo por ciento cincuenta días en el año solar, sin derecho a la retribución y «excepto la pérdida del interés del encargante».
Esta disposición[1] considera expresamente sólo la «actividad» ejecutada «de manera continua», en la cual la obligación de trabajo es ilimitadamente divisible *ratione temporis*. Excluye, por lo tanto, las prestaciones de trabajo autónomo basadas (en el modelo típico del artículo 2222 c.c.) a la satisfacción de intereses instantáneos (incluidas las obligaciones a ejecución prolongada en las cuales el aplazamiento depende de la exigencia de conseguir el *opus perfectum*). En la lógica de la disposición, la "continuidad" selecciona relaciones por las cuales no hay riesgo de la capacidad laboral diariamente ("relaciones contractuales de duración") y por eso se evita la extinción de las relaciones por "eventos sujetos a condiciones personales".
Hay que señalar que, formalmente, la prestación continua no tiene que ser necesariamente "coordinada": se deduce por la correspondencia imperfecta entre la noción de "colaboración coordinada y continua" del artículo 409 n. 3 c.p.c. y la del artículo 14 apartado 1 de la Ley 81/2017. De hecho, el requisito de la continuidad parece conectado al aspecto técnico implícito de estas previsiones: si la prestación laboral cumple un interés duradero se justifica mejor la suspensión.
El derecho de suspensión previsto en el artículo 14 de la Ley 81 parece "precario" por diferentes razones. En primer lugar, la suspensión, que se produce sólo «a petición del trabajador», puede evitar la rescisión del encargante, pero, excepto diferente acuerdo, no prorroga un eventual interrupción ya fijada[2], ni impide la rescisión por incumplimiento, o la operatividad de una cláusula resolutoria expresa o de una condición resolutoria.
Además, al encargante recae por ley una evaluación en orden a la "falta de interés" surgida durante la suspensión[3]. No parece tampoco difícil demostrar que una prestación continúa dirigida a satisfacer un interés duradero, sino ejecutada por mucho tiempo, pueda resultar inútil. El riesgo de que se produzca un automatismo favorable al encargante resalta la

[1] La norma contiene variaciones de grande interés respecto al modelo del artículo 66 del d.lgs. 276/2003, aplicable al trabajador autónomo a proyecto
[2] Como hacía el artículo 66 apartado 2, d.lgs. 276/2003 en materia de "trabajo a proyecto".
[3] Eso no estaba previsto en la disposición correspondiente del artículo 66 apartado 1, d.lgs. 276/2003 en asunto de trabajo a *"proyecto"*

fragilidad del derecho de suspensión contemplado por el legislador. Al menos la conducta del encargante que se libera rápidamente del trabajador, en hipótesis de eventos impeditivos, podría dar lugar a un abuso sancionable (por ejemplo, en virtud del art. 9, Ley 192/1998 sino no hay certeza sobre la efectividad de esa norma en clave de remedio).

De todas formas, la norma equipara a efectos de enfermedad, de accidente y de embarazo, pero, no menciona el puerperio. Aplicando rígidamente lo dispuesto, el encargante, aun cuando no pueda demostrar la falta a posteriori de interés en la prestación, podrá de manera correcta extinguir la relación laboral el día después del parto, limitándose a dar una «congrua notificación previa» (en conformidad con el artículo 3 apartado 1 de la ley 81). Por esta razón, una doctrina ha propuesto de ir más allá del sentido literal y entender por «embarazo» el término más amplio de "maternidad". Es una tesis no completamente fiable si se sigue una interpretación literal, pero es la única manera de evitar un posible perfil de inconstitucionalidad de la disciplina.

Es necesario recalcar que la conservación de la relación (continua) de trabajo no incluye el derecho a la remuneración: y por esto, a pesar de que parece más comprensible a la luz del principio sinalagmático entre prestación y retribución, es más difícil cuantificar el daño que el trabajador sufre por el cese ilícito producido durante la suspensión *ex lege*. Además, la norma permite una suspensión hasta un máximo de trecientos días consecutivos cuando el evento que congela la relación laboral se coloca entre los dos años solares.

Otros problemas relevantes son de orden técnico-práctico. De hecho, no es claro si el periodo total de ciento cincuenta días por año solar sea un periodo unitario o si puede sumar periodos, ni se entiende como el trabajador tendría que demostrar la enfermedad o el accidente. Al respecto, a pesar de una normativa irregular, los encargantes de trabajadores continuos no podrán pedir a ellos de justificar los estados impeditivos [la obligación aparece solo con la finalidad de recepción del complemento de maternidad por los afiliados a la *Gestione separata INPS non professionisti*, como explica la circular Inps n. 76 del 16 de abril], excepto si se basa la petición sobre el respeto de cláusulas generales de buena fe. De todas maneras una petición de este tipo sería desaconsejada, de hecho, pedir justificaciones por las ausencias de los trabajadores integraría uno de los índices de subordinación.

II. La facultad de "sustitución" por la trabajadora en maternidad.

El segundo apartado del artículo 14, añade una "ventaja" a favor de las trabajadoras autónomas «en caso de maternidad», prescindiendo del carácter continuo de la prestación: la facultad, «previo consenso del encargante», de dejarse sustituir en la ejecución de la prestación por «otros trabajadores autónomos de confianza de las trabajadoras, que tengan los requisitos profesionales necesarios, además de los socios, también por medio de reconocimiento de formas de coexistencia de la trabajadora y de su sustituto».

También esta disposición presenta dudas aplicativas que no se puede exponer en detalle y, por lo tanto, hacen referencia al texto escrito.

1) No es referencia con claridad el periodo dentro lo cual la trabajadora podría pedir la sustitución: la norma se limita a considerar el «caso de maternidad» sin poner un plazo final.
2) Es dudosa la individuación de las previsiones del apartado en examen.Los "requisitos profesionales necesarios" podrían referirse a los conocimientos del trabajador, sino

parece preferible un enfoque más formal (colegiados, etc.) para no dejar al encargante poder discrecional de objeción.

3) No es clara la referencia a los socios, a lo mejor se refiere a los miembros del bufete.
4) El "poder" de reemplazo – como lo de suspensión del primer apartado del artículo 14 – no es efectivo porque la ley admite que se pueda ejercitar solo «previo consenso del encargante» (Antes la omisión en el acuerdo daba la oportunidad al trabajador autónomo, en muchos casos, de "imponer" su sustituto – excepto que no se exigíanrequisitos específicos profesionales –; para las trabajadoras en maternidad esta opción dependerá del consenso, también no expresado, del encargante).
5) Parece enigmático el inciso final que permite sustituciones «también por medio de reconocimiento de formas de coexistencia de la trabajadora y de su sustituto». En el significado literal, la norma entiende la "presencia contemporánea" que podría configurar diferente hipótesis de auxilio (contemplado en el art. 2232 c.c.) y excluye la sustitución. Tampoco parece correcta la referencia a la obligación solidaria, porque la condivisión de la deuda de obra excluye la sustitución. Para dar un significado a esta disposición ambigua, las «formas de coexistencias» tendrían que ser entendidas como sustituciones parciales, por periodos limitados durante el curso del día o del mes (siempre previo asenso del entregante).

III. La suspensión y división en plazos de la cotización a la Seguridad Social en caso de enfermedad y accidente grave.

El artículo 14 apartado 3 introduce una forma de tutela de la pobreza relativa al trabajador autónomo: «en hipótesis de enfermedad o accidente tan grave que impida la ejecución de la actividad laboral por más de sesenta días, el pago de la cotización a la Seguridad Social y de las primas de seguro es suspendido por la duración total de la enfermedad o del accidente hasta un máximo de dos años, transcurso el cual el trabajador tendrá que cotizar los madurados en el periodo de suspensión en un número de plazo correspondiente a tres veces los meses de suspensión».

Lo dispuesto se propone de evitar al trabajador desembolsos para afrontar pesadas deudas de la previsión social, por periodos largos en los cuales el trabajador no está en condición de ejecutar actividad laboral y por eso tendrá una reducción de sus ingresos económicos. A la suspensión se acerca un mecanismo de división en plazos de las sumas no cotizadas para evitar que, a la reanudación regular de la actividad laboral, la deuda madurada impacte por entero sobre las disponibilidades económicas del trabajador.

La norma presupone, para la suspensión de la cotización, la permanencia del evento impeditivo «por toda la duración de la enfermedad o del accidente» y hasta dos años. Por esto el beneficio de la suspensión coincide cronológicamente con el impedimento.

Además, el evento tiene que ser grave, en el sentido que no parece suficiente, como pasa para la suspensión del trabajo continuo, que sean enfermedades o accidentes que solo limitan la capacidad laboral, es necesario un impedimento absoluto así que el trabajador no será capaz de ejecutar ninguna otra actividad laboral durante el periodo de utilización del beneficio.

Ningún problema se pone para la suspensión de las primas de seguro de cotizar al *INAIL* (Instituto Nacional Seguro de Accidentes de Trabajo) tenidas independientemente de la ejecución de la prestación por la sola existencia de la relación laboral.

No es claro si en el periodo de suspensión se quede la facultad del autónomo de utilizar sustitutos (no de auxiliares que por definición presumen la prestación del trabajador autónomo). En caso afirmativo, difícilmente el autónomo, con la opción de delegar la actividad, va a preferir de beneficiar de la suspensión de las cotizaciones.

IV. Otras medidas de seguridad social contemplada por la ley n. 81 de 2017

El cuadro se completa con otras intervenciones sobre la seguridad social de los trabajadores autónomos:

- Como ya pasa para las madres autónomas, la ley reconoce también a las *colaboradoras coordinadas y continuadas* el complemento de maternidad «prescindiendo de su efectiva abstención de la actividad laboral» (art. 13 apartado 1, que modifica con una nueva normativa el artículo 64 apartado 2, d.lgs. 151/2001).
- Merece una mención la refinanciación del complemento de desempleo en favor de los *colaboradores coordinados y continuativos* (llamados DIS-COLL, art. 15 d.lgs. 22 de 2015) y la extensión del ámbito de aplicación, sin un preferible cambio de los parámetros, en favor de becarios y estudiantes de doctorado con beca (art. 7, que añade el apartado 15-*bis* al artículo 15, d.lgs. 22/2015)[4].
- Relevantes son las novedades ofrecidas por el artículo 8, apartado 4 y siguientes a este, de la ley n. 81 de 2017 para los afiliados a la *Gestione separata INPS*. Recae en todos los afiliados a la *Gestione separata INPS* [los no jubilados o no afiliados a ninguna otra forma de seguridad social obligatoria] el derecho a la concesión de la baja parental que se puede gozar de manera acumulativa por un máximo de seis meses dentro de los primeros tres años de vida del hijo (apartado 4).
- Requisito esencial para beneficiar de la baja parental es el abono de tres mensualidades de la contribución incrementada durante los doce meses anteriores al inicio del período indemnizable (apartado 5).
- Además el apartado 6 especifica que lo trabajadores del apartado 4 tienen derecho a beneficiarse de la baja por maternidad o paternidad, durante el primer año de vida del hijo «independientemente del requisito de contribución mencionado en elapartado 5»: es decir, tendrán derecho a la baja parental prescindiendo de la cantidad mínima de contribuciones pagadas.
- Para todos los afiliados a la *Gestione separata* la Ley contempla, además, la equiparación de la hospitalización de los periodos de enfermedad como consecuencia de tratamientos terapéuticos de enfermedades oncológicos o de graves patologías crónicas-degenerativas o que comportan una inhabilidad laboral temporal del cien por cien.

En conjunto, estas medidas no revolucionan la seguridad social, sino contribuyen a favorecer los trabajadores autónomos en la "dimensión social" del trabajo.

Carácter automático de las prestaciones de seguridad social

[4] Los recursos para un mayor apoyo al desempleo son retenidos, válido a partir del 1º de julio de 2017, de una retención por cotización de tipo impositivo del 0,51 por ciento a cargo sea de los beneficiarios del complemento (colaboradores, becarios y estudiantes de doctorado con beca) sino también de los no beneficiarios como los administradores o auditores de sociedades.

Me gustaría concluir mi intervención con una rápida reflexión sobre la antigua cuestión de la automaticidad de las prestaciones de la seguridad social.
El principio de automaticidad de las prestaciones es fundamental para el amparodel artículo 38 de la Constitución italiana , en materia de seguridad social.
El ordenamiento italiano impone una obligación contributiva predominantemente a los empresarios y, por consiguiente, la financiación de la seguridad social. Por lo dicho este principio garantiza el pago de prestaciones de seguridad social (baja por discapacidad, por vejez, por sobrevivientes, por paternidad o por maternidad) incluso si el afiliado no cumple las obligaciones de pago previstas por la ley. De hecho es el organismo público el que se hace cargo del pago de las prestaciones de seguirdad social y luego, en caso, pide la devolución de los importos a la parte incumplidora.
El principio de automaticidad de las prestaciones (contemplado en el art. 2116 del Código civil) tutela y protege los trabajadores por cuenta ajena del riesgo de incapacidad por incumplimiento del empresario.
Al mismo tiempo es un terreno de fuertes contrastes interpretativos.
A pesar del gran movimiento de opinión, el principio de automaticidad nunca ha sido extendido al trabajo por cuenta propia. Por otra parte, es un principio que la Constitución no contempla directamente, aunque sea esencial para el correcto funcionamiento del sistema de seguridad social. como afirma el Tribunal Constitucional que considera el automatismo de las prestaciones «una garantía fundamental para el trabajador ... complemento lógico de la finalidad de la protección social relativa a los sistemas de seguro obligatorio por invalidez, por vejez y por sobrevivientes" (C. cost. 374/1997).
Lo expuesto se contempla en la hipóteis en que los trabajadores por cuenta propia procedan al pago de sus propias contribuciones, como pasa para los profesionales, ya que en ese caso la automaticidad favorece al mismo incumplidor.
Aunque, no siempre el "trabajador por cuenta propia", categoría amplia y variada, tiene que pagar sus propias contribuciones. Por ejemplo, en la hipótesis de colaboración coordinada y continua, la contribución está en dos tercios a cargo del encargante y en un tercio a cargo del trabajador, si no el importe total lo paga el encargante en calidad de “sustituto” de impuesto.Significa que, de manera abstracta, la automaticidad de las prestaciones podría operar en relación con las sumas que el encargante no paga, ya que el trabajador se encontaría en una posición totalmente parecida a la del trabajador por cuenta ajena.
Por lo tanto, se podría plantear una cuestión de constitucionalidad fundada en la desigualdad de trato entre los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, por lo que respecta especificamente al ámbito de aplicación del principio de automaticidad de los beneficios de la seguridad social. Sin embargo, la cuestión toca el problema de la sostenibilidad económica de las decisiones “sociales” del legislador, ya que el principio de automaticidad tiene importantes repercusiones económicas y financieras.
Algunas últimas innovaciones legislativas podrían haber afectado inesperadamente la legislación vigente.
Más detalladamente, el art. 64-ter del *Decreto Legislativo* 151 de 2001 (texto único sobre la paternidad) introducido por el art. 13 apartado 1 del *Decreto Legislativo* 80 de 2015, títulado "automaticidad de las prestaciones", establece que «los trabajadores y las trabajadoras afiliados a la *Gestione separata,* a los cuales se refiere el artículo 2, apartado 26, de la ley de

8 de agosto de 1995, n. 335, no afiliados a otras formas obligatorias, tienen derecho a la baja por maternidad, incluso en hipótesis de incumplimiento del pago de las contribuciones de la seguridad social por parte del encargante».

La jurisprudencia había logrado el mismo resultado de manera interpretativa cuando el encargante está obligado a ingresar el pago ya que, sin el remedio del principio de automaticidad, la omisión del pago de las contribuciones podría perjudicar los derechos constitucionales de la madre trabajadora (establecidos en los art. 3, 31 y 37). Lo hizo en el ámbito de la baja por maternidad, sino con una lógica que una vez más destaca un paralelismo sistemático a un rango mucho más amplio, a pesar de que se funde en normas favorables (artículo 4, apartado 3, decreto ministerial de 4 de abril de 2002 y artículo 64 del decreto legislativo n. 151 de 2001, que requieren que la protección tenga lugar "en las formas y con los métodos previstos para el trabajo por cuenta ajena").

La norma que introduce de manera expresa el principio de automaticidad consigue evitar que los incumplimientos del encargante puedan comprometer la función del sistma de seguridad social constitucional de ayuda, función necesaria y urgente cuando se trata del cuidado de los niños. La previsión legislativa de la aplicabilidad del principio de automaticidad solo a algunas prestaciones (baja por maternidad), podría llevar a una interpretación restringida del ámbito de aplicación del principio y confirmar, por lo menos según la interpretación literal y sistemática, que la automaticidad no se aplica a otras prestaciones debidas a colaboradores independientes afiliados a la *Gestione separata* INPS.

Esto se debe a que en el ámbito del trabajo por cuenta ajena el art. 2116, apartado 1, del Código Civil exprime una "regla general derogable solo si lo preve el legisldor" (Cass. n. 2905/2004), mientras por los colaboradores autónomos se encuentran en la situación opuesta en la que el principio de automaticidad es válido solo si expresado.

El legislador no parece querer intervenir.

Alternativamente, sigue abierta la posibilidad de plantear el problema de costitucionalidad del artículo 2116 del Código Civil, en la parte en que no se reconoce el pago "automático" de los tratamientos sociales (discapacidad, vejez, sobrevivientes y otros) a favor de los trabajadores no por cuenta ajena, sino, al igual que ellos, expuestos a los incumplimientos de otros dentro de una posición de seguridad social especular.

En esta hipótesis, el Tribunal Constitucional tendrá que lograr un justo equilibrio no solo entre los opuestos intereses de los trabajadores por cuenta propia y los encargantes, sino también entre los intereses del Estado de balance general expresado en otras disposiciones constitucionales (Artículo 81 Const.).

Gracias a todos por su atención y espero que mi español no les haya molestado tanto.