



XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social

Lisboa, septiembre 20 al 22 de 2006

María Bernardoni de Govea

Profesora Titular de la Universidad del Zulia y de la Universidad Monteávila. Doctora en Derecho. Profesora de los Post grados de Derecho del Trabajo de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello. Ministra del Trabajo (1997-1999) Presidenta del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ILTRAS) 2001-2005. Miembro del Consejo Superior del ILTRAS. Socio fundador de Govea&Bernardoni. E-mail: m.bernardoni@gybabogados.com

SEGURIDAD SOCIAL Y FORMAS ATÍPICAS DE TRABAJO

RELATORÍA GENERAL

Introducción

El presente Informe de Relatoría General presentado al XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social sobre el Tema de la Seguridad Social y Formas Atípicas de Trabajo, ha tenido en cuenta los Informes nacionales y Trabajos libres presentados a la consideración de la Asamblea de este evento académico*.

Está estructurado en tres partes: Caracterización General del Trabajo Atípico, Algunos Modelos de Situaciones y Atipicidad y Seguridad Social, un Resumen General y la reflexión final del Relator General. Las partes del Informe se corresponden con las subdivisiones del Cuestionario que fue enviado a los países Iberoamericanos que conforman la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, organizadora del Congreso, conjuntamente con el Ministerio del Trabajo y Solidaridad Social de Portugal y con el Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ILTRAS) con la finalidad de que sus respuestas enriquecieran las deliberaciones y conclusiones del Congreso.

* En el número anterior se presentó el informe venezolano (Nota del Editor).

El método que hemos seguido en su realización, ha sido el de sistematizar objetivamente la información extraída de los trabajos presentados y de la investigación personal del Relator General. En tema tan apasionante, sin embargo, no hemos podido evitar plantear en ocasiones nuestros propios puntos de vista.

El Informe aspira a promover la discusión sobre el tema, sobretodo en los países latinoamericanos donde se observa un estado de pre-concienciación sobre las dificultades que apareja, y la adopción de conclusiones que puedan servir de impulso a estudios e investigaciones más profundos y a la toma de decisiones que puedan contribuir a la abolición de las discriminaciones y exclusiones en este sector tan numeroso de trabajadores para quienes la seguridad social y jurídica en ocasiones no es siquiera una esperanza.

1. Caracterización general del trabajo atípico

1.1. Sobre la delimitación conceptual de la atipicidad

La primera reflexión que nos asalta en la tarea de acercarnos al análisis del nivel de protección social del que disfrutaban los llamados “trabajadores atípicos”, es la referida al concepto post-industrial de atipicidad.

Siendo la atipicidad una noción relativa, interdependiente con el concepto de tipicidad, y éste a su vez, con el objeto y las características del Derecho del Trabajo, lo lógico es plantearse si la atipicidad en estos tiempos de cambios, de flexibilidades, de individualismos, de diversidades y gradualidades, es la misma que se formó alrededor del modelo de Derecho del Trabajo imperativo, progresista, intangible y uniforme; de entrada podríamos decir que, si cambia la consideración del referente, de lo que es típico, cambia con seguridad lo referido, lo atípico.

El significado gramatical de ambas expresiones, nos puede dar pistas en el análisis, así:

Típico: “Característico o representativo de un tipo”

Atípico: “Que por sus caracteres se aparta de los modelos representativos o de los tipos conocidos, insólito”¹.

Tendríamos entonces que lo típico y lo atípico forman parte de una misma estructura, de un mismo sistema, de una misma disciplina, sólo que lo típico es lo representativo de éstos, mientras que lo atípico es como una válvula de escape que permite regular las diferencias.

En el Derecho del Trabajo lo típico y lo atípico se han entendido formando parte de éste y están disciplinados por cualquiera de sus fuentes. No es así en el derecho común, campo en el cual la doctrina considera “atípicos” los contratos no regulados por la ley; en este sentido Castán Tobeñas señala que “el principio de libertad contractual que inspira el derecho de obligaciones permite que al lado de aquellos

1 Real Academia Española; Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Primera Edición. Madrid, 1992.

que la ley hace objeto de consideración especial (...) pueden existir otros que carecen de regulación específica (contratos innominados o atípicos)².

1.1.1. La atipicidad en el modelo clásico o industrial

Es así como el llamado Derecho del Trabajo clásico u originario, delineó un modelo de relación de trabajo como referencia del consenso de justicia social logrado a partir del siglo pasado, caracterizada por ser una *relación cuyo objeto es el trabajo ajeno y subordinado, por tiempo indefinido, a jornada completa, con goce de estabilidad y con condiciones de trabajo pactadas colectivamente en mejoramiento de las legales*.

En palabras de la Comisión Supiot, diríamos que la relación de trabajo típica, *“es la relación salarial (trabajo subordinado) que une a un empresario con un trabajador, cuyo tiempo de formación es relativamente corto, que es padre de familia (breadwinner masculino), y que está contratado a tiempo indeterminado para una prestación definida por el puesto de trabajo”*³.

La doctrina francesa se refiere al modelo de *l'emploi total*, consistente en el *trabajo asalariado y dependiente prestado a un solo empleador por tiempo indefinido, a jornada completa y en el local del empleador*.

Es este modelo al que hemos conocido como trabajo típico, o *“estandard”*⁴, característico del nuevo Derecho, como se llamó al del Trabajo, donde la consideración de la justicia social legitimó las restricciones a la autonomía de la voluntad en una relación entre dispares; no obstante, en sintonía con la diversidad que suele caracterizar la realidad social y, más aún, la económica, se dieron cabida en la disciplina aunque con carácter excepcional, algunos tipos de relaciones que se apartaban del referente.

Dichas relaciones laborales de excepción, es lo que se ha conocido como trabajo atípico, caracterizándose por ser:

- relaciones entabladas entre un empleador o patrono y un trabajador sólo por cierto tiempo
- a veces, sin consumir el tiempo diario máximo de trabajo permitido por la ley, dando paso a la jornada parcial y al pluriempleo
- sin estabilidad, o en el mejor de los casos, estabilidad sólo por el tiempo del contrato, lo que no garantiza el empleo

2 Citado por Chuliá Vicent y Beltrán Alandete en “Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos”. Barcelona, José María Bosch Ed. 1994. P. 12.

3 SUPIOT Alain (Coordinador) “Trabajo y Empleo. Transformaciones del Trabajo y Futuro del Derecho del Trabajo en Europa” Valencia. Tirant lo Blanch. 1999. Pág. 302.

4 (Koen Vleminckx y Jos Berghman; Liberalización del mercado laboral, empleo atípico y reforma de la seguridad social. En La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 2003.

- en oportunidades fuera del centro de trabajo, o a distancia
- con pocas expectativas de entablar relaciones colectivas fructíferas y
- serias limitaciones al ejercicio de la acción sindical
- Las diferencias entre las relaciones de trabajo típicas y las atípicas, han sido claramente expuestas por la doctrina española: a) la inferior duración de la jornada laboral frente al trabajo a tiempo completo; b) la insegura continuidad de las relaciones de empleo frente a la duración indefinida; c) la eventual inexistencia de un empleador como tal y en su caso de relación directa entre el empleado y el empleador frente a su existencia⁵.

Es así como la mayoría de las legislaciones laborales reconocieron los contratos a término, cierto e incierto, el contrato a domicilio, el trabajo ocasional, pero los sujetan a requisitos de causalidad, duración, forma y, en términos generales, condicionados a un régimen más restrictivo de la voluntad de las partes que el aplicable a la relación modelo o típica.

1.1.2. La atipicidad en los tiempos actuales (*post-industriales, post-modernos o de industrialización avanzada*)

Los cambios profundos habidos en los principios y características fundamentales del Derecho del Trabajo a partir de los últimos 30 años del siglo anterior, en razón de las modificaciones habidas en el sustrato real de las relaciones económicas de producción, de intercambio y de financiamiento, hacen difícil el mantenimiento del modelo típico de relación de trabajo a que aludieramos, como representación generalizada de la relación laboral; las manifestaciones de dichos cambios podemos resumirlas así:

1.1.2.1. Cambios en la organización productiva que transforman a la antigua empresa rígida y jerarquizada en una empresa flexible:

- Especialización del fin empresarial lo que produce un fenómeno que es calificado de distinta manera en los distintos países, tales como externalización, out sourcing, descentralización productiva, por el cual se promueven tipos nuevos de trabajo y de contratos, tales como el tele trabajo, el trabajo autónomo, la subcontratación con otras empresas, la contratación a través de empresas de trabajo temporal (ETT), trabajo en redes, transformación de trabajadores subordinados en no dependientes. La empresa de hoy es una empresa en trozos o una empresa nebulosa.⁶
- Nuevas formas de asociación empresarial que dificultan la identificación del patrono: grupos de empresas, *joint venture*, franquicias, etc.

5 TRILLO OJEA, Miriam; “Los contratos temporales y a tiempo parcial como formas de trabajo atípicas. Especial referencia a su régimen de seguridad social”. Trabajo libre presentado en el XVI Congreso de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Lisboa. Septiembre 2006.

6 Véase a Lyon Caen Gérard; *Empresa y Derecho Social*; Navarra, Bosch Ed., 2001, Pág. 209.

1.1.2.2. Liberalización y extensión de los contratos por tiempo y obra determinados, antiguos contratos de excepción, la flexibilización de la duración de la jornada de trabajo y la extensión del uso de la jornada parcial y la aparición de nuevos tipos de contratos como el de empleo en formación, el de prácticas y una extensa variedad, a los fines de promover el empleo. Se ha producido, siguiendo a Casas Baamonde una “eclosión de la contratación laboral atípica o de las nuevas modalidades de contratación”⁷.

1.1.2.3. Ampliación de las causas justificadas de finalización del contrato de trabajo (incorporación de las causas técnicas o económicas) y revisión del monto de las indemnizaciones por ruptura del contrato de trabajo: modificándose la protección de la estabilidad del trabajador que pasa a centrarse más en la formación profesional que facilita la reinserción del trabajador en el mercado de trabajo, en lugar de las prohibiciones legales al despido.

1.1.2.4. Cambios en las características y principios propios del Derecho del Trabajo: Admisión de la legalidad de la negociación colectiva de concesiones o *in peius*, así como también de las dobles escalas salariales, o de beneficios, en la convención colectiva, según se sea trabajador antiguo o nuevo trabajador, con lo que se promueve una reinterpretación de los alcances de los principios de la irrenunciabilidad de derechos, de la progresividad y de aplicación *erga omnes* de los contratos colectivos.

1.1.2.5. Crisis de la subordinación jurídica como elemento definidor de la relación de trabajo: En razón de la mayor iniciativa exigida al trabajador calificado y de la promoción del trabajo autónomo, lo que hace plantearse un giro en el eje central de la disciplina laboral, presentándose como tendencias la revalorización de la subordinación o dependencia económica y la ajenidad, como elementos marcadores del trabajo incluido en su ámbito de aplicación.

1.1.2.6. Diversificación del estatuto laboral: Toda esta complejidad de formas de trabajo con distintas características a las del trabajo subordinado tradicional, hace que el Derecho del Trabajo tienda a ampliarse para poder dar protección a los nuevos tipos de trabajo, tendiendo a convertirse al decir de Supiot en un “Derecho común del Trabajo” compuesto por varias ramas que atenderían a las distintas situaciones.⁸

1.1.3. *Hacia una nueva definición de la atipicidad*

Todas estas manifestaciones de cambios en las relaciones de trabajo y en la disciplina que las regula, no se dan en los mismos términos y con la misma intensidad en los distintos países, además, la evolución no es siempre en línea recta sino

7 CASAS BAAMONDE, María Emilia; Las transformaciones del trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo. I Congreso Latinoamericano sobre Gerencia, Ley y Jurisprudencia Laborales. Libro memoria. Caracas. 2005. Pág. 22.

8 SUPIOT Alain (Coordinador) “Trabajo y Empleo. Transformaciones del Trabajo y Futuro del Derecho del Trabajo en Europa” Op. cit.. Pág. 62.

zigzagante, como tendremos oportunidad de apreciar en los siguientes capítulos del presente Informe.

Sin embargo, los datos obtenidos permitirían sostener que el modelo típico de trabajo tutelado por la disciplina, hoy se encuentra acompañado de otros modelos de características diferentes, cada vez más frecuentes y en mayor cantidad, al punto de que, *la tipicidad se habría diversificado*⁹ *y estaría en formación un nuevo modelo de atipicidad conformado por especies de trabajo que en muchos países antes se encontraban fuera del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, como serían los trabajadores autónomos pero dependientes económicamente (TRADE), para-subordinados, socios trabajadores cooperativistas.*

Son ilustrativas las palabras de Ojeda Avilés cuando señala que: *“Es cierto que el trabajo estable y a jornada completa continúa predominando, pero las demás modalidades del trabajo productivo han dejado de ser la excepción para convertirse en un fenómeno que podríamos considerar “ampliamente minoritario”. Se habla del trabajo a la carta, y algunas modalidades que antes se apodaban como precarias ahora se aplican sin ningún rubor para alcanzar el pleno empleo. El elevado porcentaje holandés de empleos a tiempo parcial se exhibe con orgullo como parte del milagroso Poldermodel, y la ley alemana de 1 de enero de 2001, sobre tiempo parcial y contratos temporales, busca claramente la creación de empleo y el aumento de trabajadores masculinos a tiempo parcial”*.¹⁰

Tendríamos entonces que, *la tipicidad se conformaría con el trabajo ajeno subordinado jurídicamente, cualquiera fuere el tipo de contrato celebrado, mientras que la atipicidad equivaldría al trabajo por cuenta propia, con autonomía jurídica pero subordinado económicamente.*

El trabajo por cuenta propia en sentido estricto, es decir, el realizado con autonomía organizativa y económica, quedaría fuera del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo en la mayoría de las legislaciones, aunque con una tendencia a serle extendida parte de la protección laboral, a través del derecho constitucional, civil o mercantil.

No obstante, en este trabajo continuaremos calificando como atípicos a un largo elenco de formas de trabajo y de contratos que se enuncian más adelante, tomando en cuenta que la evolución de ese tránsito a la conformación de un nuevo

9 Los análisis de Vlemincxk y Berghman hablan de que estas formas de trabajo, antes consideradas atípicas, deben ser hoy consideradas como “otras modalidades típicas” (Koen Vlemincxk y Jos Berghman; Liberalización del mercado laboral, empleo atípico y reforma de la seguridad social. En La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas. Op. cit.).

10 OJEDA AVILÉS, Antonio, en “La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo”. Seminario de Toledo, 25 y 26 de abril de 2002, organizado por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de España y la Comisión Europea. Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2003. P.22.

Derecho del Trabajo con una tipicidad diversificada, en el cual ya no cabría calificarlos de atípicos, no es igual en todos los países, como se ha dicho anteriormente y a pesar de que estemos convencidos de la imperiosa necesidad de adecuar la disciplina a estos cambios.

Debemos sin embargo, recordar a los maestros Plá Rodríguez, Camerlynck y Lyon Caen, para quienes el Derecho del Trabajo es siempre provisorio y tributario de la economía, por lo que habrá que estar atento a la evolución que esté manifestándose en el futuro inmediato, ya que, como bien ha señalado el Director General de la OIT en su última memoria a la conferencia internacional del trabajo n° 95, realizada en junio de este año, titulada “Cambios en el Mundo del Trabajo” *se aprecia un paulatino crecimiento de las tendencias proteccionistas y un debilitamiento del impulso de la liberalización del comercio y los capitales, ante las demandas sociales por la crisis del empleo producida*, que afecta a 192 millones de personas en el mundo (6% de la fuerza laboral mundial) no obstante el crecimiento de la economía en 4.3% y del valor de la producción nacional en el 2005, en cerca de 2.5 billones de dólares de los Estados Unidos de América, evolución que podría marcar un giro, o aflojar la marcha de las tendencias observadas últimamente en la disciplina.¹¹

1.2. ¿Cómo se presenta la atipicidad en base a la legislación, la jurisprudencia y la doctrina? ¿Establece la legislación la presunción del contrato por tiempo indeterminado?

De los trabajos de relatoría presentados se aprecia una regulación conteste de la llamada “presunción de duración indefinida de la relación de trabajo”; bien sea de su consagración directa, como lo hace la legislación venezolana o la dominicana, o por la vía indirecta de la sanción, cuando el contrato a término se celebra para eludir el cumplimiento de las normas sobre los contratos por tiempo indeterminado o sin término, como es el caso de Portugal.

- 11 Inscrita en este resurgimiento de tendencias proteccionistas, quizás pudiera ubicarse la reciente reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela, que suprime del escenario a las empresas de trabajo temporal al derogar las normas que regulaban su esencia, constitución y funcionamiento y deroga el contrato de jóvenes en formación. Véase Informe de Relatoría de Venezuela al XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Relator General: Luis Eduardo Díaz. Lisboa. 2006. Asimismo, el reciente Real Decreto Ley 5/2006 de 9 de junio para la mejora del crecimiento y del empleo, que contiene importantes normas promotoras de los contratos de trabajo indefinidos o típicos.

Un trabajo realizado por la Oficina regional de la OIT para América Latina y El Caribe¹² en 18 países de esta región americana¹³, da cuenta de que en todos los países objeto del estudio existe a nivel legislativo una regulación sobre la presunción del contrato indefinido, o se aplica por la vía de la interpretación de la jurisprudencia y la doctrina, como en el caso de Uruguay.

No obstante, se destaca que en ocasiones, después de las reformas habidas en los últimos años del siglo pasado, la presunción tiene un carácter más restringido al ampliarse los casos permitidos de contratos a término; es el caso de Panamá y sobretodo de Perú, donde la excepcionalidad ha desaparecido de los contratos por tiempo determinado, al darse libertad de elección entre ésta especie de contrato y el de tiempo indefinido. Asimismo, en el Código de Trabajo portugués, la presunción no se aplica cuando se trata de: a.- lanzamiento de una nueva actividad de duración incierta o de inicio de actividades de la empresa; b.- trabajadores que acceden al primer empleo o desempleados de larga duración.

Esto podría conducirnos a sostener que el Derecho del Trabajo del siglo XXI se mantiene inmodificado, imperturbable ante el tsunami que ha modificado las realidades sociales y las estructuras de poder, económicas y políticas; no obstante, no podemos olvidar que la disciplina en su construcción teórica ha aspirado a servir de valla o dique, y que, por lo general hay una distancia considerable entre la construcción normativa y doctrinaria y la realidad, por lo menos en Latinoamérica, así que las conclusiones las tendremos en su momento.

Podríamos sí decir, que el contrato por tiempo indeterminado continúa siendo el referente o el ideal de protección del Derecho del Trabajo, aunque no constituya ya la representación generalizada del modelo de relación de trabajo.

1.3. ¿Qué formas de contratos de trabajo “atípicos” están previstos en las legislaciones?

Podemos clasificarlos en contratos atípicos tradicionales y contratos de nueva generación, atendiendo a su incorporación en las legislaciones o su admisión por la jurisprudencia, desde los tiempos primeros del Derecho del Trabajo, o a partir de la flexibilización de la disciplina a fines del siglo XX, cuando comienza a plantearse con fuerza la necesidad de revisar los costos de producción para mejorar la productividad y competitividad de las empresas y se dan cabida a nuevas formas de trabajo.

12 Oficina Internacional del Trabajo; “La reforma laboral en América Latina: un análisis comparado. Primera edición. 2000.

13 Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela, Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y El Salvador.

Trataremos de uniformar las denominaciones en base a sus características específicas ya que varían en las distintas legislaciones.

Los atípicos tradicionales serían:

- Contrato por tiempo determinado
- Contrato para una obra o servicio determinado
- Contrato de trabajo de temporada o estacional
- Contrato de trabajo eventual u ocasional
- Contrato de trabajo a domicilio
- Contrato de aprendizaje
- Contrato de trabajo en el hogar o doméstico

Los de nueva generación serían:

- Contrato por inicio o lanzamiento de una nueva actividad
- Contrato a jornada parcial
- Contrato por necesidades del mercado
- Contrato por reconversión empresarial
- Contrato intermitente
- Contrato en zonas francas
- Contrato del régimen de exportación de productos no tradicionales
- Teletrabajo
- Contrato en formación
- Contrato de trabajo compartido
- Comisión de servicios
- De relevo
- Contratos equiparados¹⁴.

De lo anterior puede apreciarse que la gran mayoría de nuevos contratos atípicos, constituyen realmente contratos a término liberalizados en cuanto a su causalidad; la verdadera novedad está constituida por la incorporación del trabajo autónomo pero dependiente económicamente, que se presenta actualmente como tendencia y cuyo análisis hacemos separadamente de seguidas.

Análisis aparte ameritaría el trabajo doméstico, planteado a la consideración de este Congreso por trabajo libre de Henar Álvarez Cuesta¹⁵, calificado como un régimen especial dados la convivencia en la residencia del patrono, la naturaleza de la actividad donde se presta el servicio y la dirección y control estrechos que el

14 Previstos en el art. 13 del Código de Trabajo de Portugal; se trata de contratos que tienen por objeto la prestación de un trabajo sin subordinación jurídica pero con subordinación económica al beneficiario. En Alemania se habla de las *relaciones de independencia aparente*, de similares características que los contratos equiparados portugueses (véase a Trillo Ojea Miriam, Op. Cit.)

15 ALVAREZ CUESTA, Héнар; "El Régimen especial de Seguridad Social de los empleados de hogar en España: un modelo trasnochado y necesitado de profunda revisión"; Trabajo libre. XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Lisboa. 2006.

patrono ejerce, por lo que, a diferencia de otras formas de trabajo consideradas “atípicas”, en el trabajo del hogar se presenta con gran nitidez los elementos clásicos de la relación laboral: prestación personal de servicios, ajenidad y subordinación jurídica y remuneración. Asimismo, en él pueden darse las distintas formas de trabajo a término o trabajo a jornada parcial. No obstante, los problemas para su protección social son tan importantes como los que pueden afectar a los “atípicos” consistiendo en un tema especial de estudio.

1.4. ¿Constituye el trabajo autónomo un trabajo atípico?

En el centro del tema está la problemática de delimitar el trabajo objeto del Derecho del Trabajo.

Si se considera que éste está limitado al trabajo ajeno y bajo dependencia jurídica, ciertamente que no podríamos considerar al trabajo autónomo como un trabajo atípico, sino un trabajo fuera del ámbito de aplicación de la disciplina laboral, dadas la ausencia de las características principales de ajenidad y dependencia jurídica.

Por el contrario, si consideramos que todo tipo de trabajo cae dentro de las fronteras del Derecho del Trabajo, tendría cabida el planteamiento. En este sentido, cabe recordar las ideas de Deveali que planteaban la *“necesidad de abandonar la vieja concepción del Derecho del Trabajo que tenía como epicentro el contrato de trabajo subordinado para incorporar en el mismo a toda una serie de contratos que tienen por objeto el trabajo y que pueden denominarse como contratos de actividad profesional”*¹⁶.

Dentro de la misma orientación, Caldera ha inspirado con su doctrina las normas venezolanas legal y constitucional, que reconocen como objeto de la disciplina el trabajo como hecho social, y quien advirtió que la noción de la subordinación jurídica no podía entenderse como una regla exclusiva ya que había una *“marcada tendencia a proteger a quienes viven de su trabajo aun cuando no estén bajo la dependencia de un patrono”*¹⁷.

En el Proyecto de Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA) español, que busca realizar una promoción del trabajo autónomo, así como una protección de quienes lo desempeñan, se deja bien claro que dicha regulación se sitúa a “extramuros del trabajo subordinado” y de la “esfera de la legislación laboral” española, en tanto que ésta, en interpretación reiterada del Tribunal Constitucional (TC) “no puede referirse a todo lo relacionado con el mundo del trabajo, sino exclusivamente a la regulación del trabajo por cuenta ajena”, por lo que dicho proyecto de ley se fundamenta en las normas constitucionales relativas a la legislación mercantil y civil y no en las laborales¹⁸.

16 DEVEALI Mario L; Tratado de Derecho del Trabajo, Segunda Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, La Ley, 1971. P. 26.

17 CALDERA, Rafael; Derecho del Trabajo; Buenos Aires, Librería El Ateneo, 1961. P. 80.

No obstante, analizando el caso español, hay autorizadas opiniones que sostienen la procedencia de la extensión por el legislador del ámbito de aplicación de la legislación laboral, reconociéndole algunas de sus garantías al trabajo autónomo dependiente (TRADE), con fundamento en la disposición final 1ª del Estatuto de los Trabajadores, “lo que se corresponde además con la tendencia creciente a una modulación o graduación de las reglas laborales de acuerdo a la tipología cada vez más variada de los trabajos”¹⁹.

Por el contrario, en el derecho laboral portugués, artículo 13 del Código de Trabajo, se establece el sometimiento a su disciplina de los llamados “contratos equiparados” que son aquéllos que tienen por objeto la prestación de un trabajo sin subordinación jurídica, siempre que el trabajador se considere en dependencia económica del beneficiario de la actividad, reconociéndoles los derechos a la igualdad y no discriminación así como a la seguridad, higiene y salud en el trabajo, sin perjuicio de lo que disponga la legislación especial²⁰; esto implica que este tipo de trabajo autónomo queda sujeto a una aplicación parcial de la normativa laboral, pudiendo así considerarse trabajo atípico.

Asimismo, la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela (LOT), en su artículo 1º consagra un amplio ámbito de aplicación al régimen laboral al establecer: “Esta ley regirá las situaciones y relaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social”; por lo demás, define al trabajador no dependiente como “la persona que vive habitualmente de su trabajo sin estar en situación de dependencia respecto de uno o varios patronos” y le reconoce el derecho de organización en sindicatos y de celebración de acuerdos similares a las convenciones colectivas de trabajo, a la incorporación al sistema de seguridad social y a las demás normas de protección social²¹.

Puede entonces apreciarse una tendencia a que el Derecho del Trabajo, ante la proliferación del trabajo autónomo, regule un tipo de éste, cual es el que depende económicamente²² del beneficiario del trabajo, colocándose en este caso “en una

18 Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo. Informe de la Comisión de Expertos, designada por el Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo. Octubre 2005. P. 104.

19 MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes; “El trabajo parasubordinado y el trabajo autónomo como manifestación del trabajo atípico”. Ponencia libre presentada al XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lisboa. 2006.

20 MOREIRA, Antonio; “Seguridad Social y formas atípicas de trabajo”. Informe de Relatoría de Portugal. XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Lisboa. 2006.

21 Artículo 40 de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela (LOT) de 19-06-1997.

22 En Anteproyecto de Ley Orgánica del Trabajo, presentado por Rafael Caldera en 1985 a la consideración del Congreso de la República, incorporó la subordinación económica como elemento definidor de la naturaleza laboral cuando no podía deter-

posición intermedia entre el trabajador por cuenta ajena y el trabajador autónomo tipo o modelo”²³. En este sentido, podríamos calificarlo como un trabajo atípico regulado por la disciplina laboral y protegido aun cuando sea parcialmente, por algunas legislaciones laborales, como ya se ha señalado.

Es esta la orientación que preconiza el informe Supiot en el marco de la alternativa de ampliar el campo de aplicación del Derecho del Trabajo para comprender todos los tipos de contratos de trabajo para otro y aplicar parcialmente su protección a aquellos trabajadores que no son ni asalariados ni empresarios, llamados parasubordinados en el derecho italiano y autónomos dependientes (TRADE) en el derecho español²⁴.

1.5. ¿Otras fuentes extralegales o sublegales regulan los contratos atípicos? ¿La contratación colectiva puede autorizar la celebración de contratos diferentes a los previstos por la legislación?

Ambas preguntas tienen por finalidad evaluar en qué medida la autonomía colectiva está contribuyendo con la flexibilización de las normas referidas a los diferentes tipos de trabajo y de las condiciones en que éstos se desarrollan.

En el estudio realizado por la Oficina regional de la OIT, antes citado,²⁵ se da cuenta de que, en general, las reformas habidas en América Latina se orientan a una mayor autonomía de las partes sociales. Y refiriéndose al tema del rol de la contratación colectiva en la atipicidad de los contratos, citan el caso de la ley argentina que establece normas de “disponibilidad colectiva” según las cuales es posible por la contratación colectiva autorizar al empleador para contratar trabajadores por tiempo determinado bajo ciertas modalidades, sin necesidad de que el contrato sea homologado por la autoridad administrativa.²⁶

El informe venezolano señala que la contratación colectiva no puede autorizar, dado el carácter de orden público que tienen las normas laborales, la celebración de contratos de trabajo diferentes a los previstos en la ley, es decir, los contratos por tiempo indeterminado, por tiempo determinado o para una obra determinada; señala sin embargo, la idoneidad de la contratación colectiva en la práctica venezolana, para regular las condiciones en las cuales los patronos contratan a destajo, a tiempo parcial o para una obra determinada; así como la reglamentación de los colegios profesionales, en los cuales se establecen las condiciones mínimas de salarios, honorarios y jornadas de trabajo, mencionándose concretamente a los médicos, bioanalistas, abogados e ingenieros, además que se pronuncia por la ne-

minarse la existencia de la subordinación jurídica, pero la misma no tuvo acogida en el legislativo.

23 Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo. Op. Cit. P. 95.

24 SUPIOT. Op. Cit. Pág. 306.

25 Op. Cit. P. 32.

26 Op. cit. P. 33.

cesidad de una reforma legal que dé más participación a la autonomía colectiva en esta materia²⁷.

El informe dominicano, advierte sobre la gran cantidad de relaciones informales atípicas de trabajo autónomo, que involucran a profesionales, técnicos altamente calificados u obreros desempleados, regidas por la voluntad de las partes con frecuentes evasiones de las obligaciones de la seguridad social y fiscales, para los cuales la nueva Ley de Seguridad Social ha previsto regímenes con subsidio parcial o total del Estado. Asimismo, señala, en cuanto al papel de la negociación colectiva, la imperatividad de las modalidades de contratación establecidas en la ley, lo que impediría la autorización de modalidades diferentes.

El informe de Portugal²⁸, refiere varios casos de normas de disponibilidad colectiva, en cuanto remiten a la regulación colectiva las condiciones de este tipo de contratos, advirtiéndose los casos que, en enumeración taxativa, permiten las normas legales. Así: a.- Contratos a término, con excepción de los que involucran a trabajadores que buscan el primer empleo y desempleados de larga data b.- Contratos de comisión de servicio c.- Contrato a tiempo parcial d.- Contrato de teletrabajo subordinado, en lo que se refiere al plazo de duración.

Pudiera advertirse entonces, en los países latinoamericanos, una presencia marginal de normas colectivas destinadas a regular el punto, pues con la excepción de Argentina, la regulación del tema se mantiene e nivel legal; a diferencia de Portugal que prevé un control importante desde la autonomía colectiva.

1.6. ¿Les es reconocido a los trabajadores atípicos el derecho de libertad sindical? ¿Cómo es el tipo de organización sindical o de asociaciones en las cuales se organizan?

La respuesta es siempre positiva cuando se hace referencia tanto a los que hemos calificado en este informe como trabajadores atípicos tradicionales como a los de nueva generación; en efecto, las disposiciones constitucionales y legales reconocen a todo trabajador, independientemente del tipo de contrato de trabajo celebrado, el derecho a organizarse en sindicatos, o a afiliarse a los ya constituidos, y a ejercer la acción sindical, sin injerencias del Estado y del patrono, con lo cual se configura el contenido esencial de este derecho fundamental en el trabajo.

Sin embargo, también hay consenso en cuanto a las dificultades que suelen presentarse a los trabajadores atípicos para el ejercicio de este derecho, dadas las condiciones y características naturales de la atipicidad: inestabilidad y sindicalismo no suelen correr de la mano; pareciera por tanto, no obstante los reconocimien-

27 Informe de Relatoría de Venezuela. Colaboración de Maricruz Loaiza Cano y Claritza Gutiérrez.

28 Seguridad social y formas atípicas de trabajo. Informe de Relatoría de Portugal. Op. cit.

tos formales, que la libertad sindical estuviera reservada al trabajo por tiempo indeterminado, siempre más estable.

Por el contrario, muchas son las interrogantes y reflexiones cuando se trata del reconocimiento del derecho de libertad sindical a los trabajadores autónomos, de quienes antes se ha sostenido, parecieran constituir los nuevos trabajadores atípicos.

En efecto, como antes se ha referido, el Derecho del Trabajo desde su nacimiento ha tenido como centro o eje la relación jurídica del trabajo ajeno subordinado jurídicamente, por lo que, legislaciones inspiradas en este modelo originario o clásico, como la española, no reconocen a los trabajadores autónomos el derecho de fundar sindicatos que tengan por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica, civil o mercantil; cuanto más, les es dado afiliarse a organizaciones sindicales ya constituidas de trabajadores “típicos” de conformidad con la Ley Orgánica de Libertad Sindical, siempre que no tengan trabajadores a su servicio²⁹.

Asimismo, el Informe presentado por República Dominicana, da cuenta de que “a los profesionales técnicos y trabajadores por cuenta propia la ley no los reconoce como sujetos de un contrato de trabajo, sino como prestadores de servicios independientes. Por esta razón a este tipo de personas no se les reconoce el derecho de libertad sindical”³⁰.

Por el contrario, el Derecho venezolano que prevé un amplio objeto a la disciplina laboral, como antes se dijera, reconoce el derecho de libertad sindical al trabajador de una forma amplia, incluyéndose en éste: a.- derecho de constituir organizaciones sindicales profesionales, de industria o sectoriales, de trabajadores no dependientes que desempeñen la misma profesión, laboren para empresas de la misma industria o sector comercial o agrícola, respectivamente; b.- afiliarse a sindicatos de trabajadores; y c.- firmar acuerdos sobre condiciones de trabajo similares a las convenciones colectivas de trabajo.

En la práctica, existen en Venezuela organizaciones sindicales de trabajadores no dependientes inscritas en el Ministerio del Trabajo, incluso de segundo grado, como la Federación de Trabajadores autónomos de Venezuela³¹.

29 MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes “La afectación sindical del trabajo atípico. Peculiaridades del trabajo autónomo en el ordenamiento español”. Ponencia libre presentada al XVI Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lisboa. Septiembre 2006.

30 HERNÁNDEZ CONTRERAS, Carlos. Informe de Relatoría de República Dominicana. XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Lisboa. 2006.

31 Ver Informe de Relatoría de Venezuela. Colaboradoras: Loaiza Maricruz y Claritza Gutiérrez.

1.7. ¿Existen relaciones de cooperación o colaboración entre los sindicatos de autónomos y los sindicatos tradicionales? ¿Se plantean las organizaciones sindicales la defensa de los trabajadores atípicos, hay declaraciones o propuestas en este aspecto?

Ambas preguntas están dirigidas a evaluar en los países iberoamericanos la posición o rol del sindicalismo tradicional de frente a las nuevas realidades modificatorias de los escenarios laborales con la consecuente dificultad para el ejercicio de la acción sindical, o dicho en otros términos, evaluar si las reacciones del movimiento sindical ante el nuevo panorama se limitan a escoger entre la disyuntiva de aceptación o rechazo, o si constructivamente se plantean nuevas estrategias que les faciliten el ejercicio de su misión ante las nuevas formas de trabajo.

La doctrina se orienta decididamente a enfatizar la necesidad de un replanteamiento del rol del sindicato, de sus espacios y métodos de acción, en fin, de su filosofía, con la finalidad de sortear las dificultades que lo disminuyen. En este sentido, Ojeda Avilés, reflexiona sobre la necesidad vital para la supervivencia del sindicalismo, de participación en los nuevos espacios laborales que se desarrollan al margen del Derecho del Trabajo³². No obstante, otro sector doctrinario, plantea la inconveniencia de extender el derecho de libertad sindical a situaciones diferentes al trabajo típico subordinado, como sería su reconocimiento a los trabajadores autónomos, lo que crearía un *dumping* social perjudicial para los trabajadores típicos, ya que los patronos preferirían la contratación de aquellos, dado su nivel de protección, y de costo por supuesto, más bajo³³.

Por su parte, Sepúlveda Juan Manuel, partiendo de los cambios en la economía, en la empresa, en la composición de la mano de obra y en la actitud de los trabajadores, plantea la oportunidad que se presenta al movimiento sindical de convertirse en un interlocutor válido y agente de compromisos, con representatividad más allá de sus afiliados y capacidad de incidir en temas de interés general para la sociedad, para cuyo aprovechamiento se requiere la unidad concertada de las distintas organizaciones y plantearse la cooperación, la negociación y el diálogo social, en lugar de la confrontación y el conflicto, como estrategias de acción³⁴.

Ahora bien, ¿están viendo con tanta claridad los propios sindicatos estas nuevas realidades y nuevas oportunidades?

32 Citado por Martínez María de los Reyes. Op. Cit.

33 Ibídem.

34 SEPÚLVEDA, Juan Manuel. El Movimiento Sindical: un actor en busca de su identidad en Relacentro, Revista de Relaciones Laborales; Una Nueva Cultura de las Relaciones de Trabajo, No. 1, Año 1, Octubre 2001. San José de Costa Rica. Oficina Internacional del Trabajo.

Los informes nacionales presentados no son muy alentadores en este punto. Así, el portugués, además de recordar el declive de las tasas de sindicalización en Europa y por ende, de la falta de representatividad de los sindicatos, concluye que los trabajadores atípicos, aún cuando en teoría poseen los mismos derechos sindicales que los típicos, son en la práctica trabajadores sin derechos en esta área³⁵.

Los informes venezolano y dominicano, dan cuenta de que los sindicatos actúan contando con las mismas estructuras legales y fácticas tradicionales en la defensa del trabajador atípico; es decir, en la empresa o la rama de actividad, incorporan cláusulas en la contratación colectiva que favorecen a los atípicos, consagrando para ellos condiciones de trabajo mínimas e indisponibles, del mismo nivel que aquellas de las que disfrutaban los trabajadores típicos³⁶.

El informe venezolano añade las razones que a juicio del equipo de Relatoría han pesado para que pueda evidenciarse una falta de programación “consciente” de una estrategia dirigida al abordaje del problema de la atipicidad: 1.- la naturaleza coyuntural que juzga el sindicalismo tiene el problema y 2.- la ausencia en Venezuela de una instancia permanente de concertación social³⁷.

Diríamos entonces que estamos todavía lejos de encontrar respuestas en la realidad social y sindical, a esa necesidad de adaptación del sindicalismo clásico o fordisto, aunque académicamente y a nivel teórico se haya avanzado en la consideración de la urgencia de explorar nuevas formas de relacionarse colectivamente trabajadores, empresarios y Estado.

2. Algunos modelos de situaciones

2.1. ¿Contiene la legislación laboral regulaciones sobre el trabajo autónomo, para-subordinado, de profesionales liberales y a domicilio?

El objetivo de esta interrogante, una vez determinado en el punto 2 de la Caracterización general los tipos de contratos de trabajos atípicos regulados por las distintas legislaciones, es evaluar como éstas han reconfigurado en su normativa, lo que antes señaláramos como tendencia, es decir, la inclusión en el Derecho del Trabajo del trabajo autónomo o la extensión de algunas de sus instituciones, extramuros de la disciplina, para ser aplicadas a este tipo de trabajo.

35 MOREIRA, Antonio; “Seguridad Social y formas atípicas de trabajo”. Informe de Relatoría de Portugal. Op. cit.

36 Véase: Informe de Relatoría de Venezuela. Colaboración de Maricruz Izoa y Claritza Gutiérrez y el Informe de Relatoría de República Dominicana. Op. cit.

37 Es oportuno aclarar que en Venezuela la Ley Orgánica del Trabajo (artículos 167-169) tiene prevista la obligación de concertar anualmente el salario mínimo a través de una Comisión Tripartita Salarial, de rango legal, pero que en los últimos 7 años el salario se ha fijado unilateralmente por el Ejecutivo Nacional, haciendo caso omiso de la instancia de concertación.

La interrogante individualiza varios tipos de trabajo que se presentan cada vez con más frecuencia en el mundo de hoy, uno de los cuales, el que se ejecuta desde el domicilio del trabajador, interesa sobretodo en lo que se refiere al teletrabajo, ya que muchos otros tipos de trabajos a domicilio, forman parte de lo que antes llamaríamos trabajos atípicos tradicionales.

En lo que se refiere al trabajo autónomo es abundante la contribución intelectual que se está dando, sobretodo en los países europeos, para delimitar aquel tipo que podría caer en la esfera de protección, aunque sea parcial de las normas del Derecho del Trabajo; el interés se evidencia en los trabajos presentados a la consideración de este Congreso.

El tema está en franca evolución sin que pueda concluirse en pautas generales para todos los países que sirvan a precisar los contornos de la figura.

En la Ley Orgánica de Trabajo de Venezuela³⁸, se define al trabajador autónomo, a quien se le llama “dependiente”, como aquel que vive habitualmente de su trabajo sin estar en situación de dependencia respecto de uno o varios patronos, mientras que el trabajador sin calificativos o trabajador típico³⁹ es quien realiza una labor por cuenta ajena y bajo la dependencia de otro.

En Alemania, doctrinal y jurisprudencialmente se ha elaborado un listado de requisitos o indicios cuya presencia determinaría la aplicabilidad de la protección laboral, fundamentalmente por existir subordinación económica, aun cuando en condiciones técnicas de autonomía; así:

- trabajo realizado personalmente sin colaboradores
- trabajo realizado por cuenta de un solo empresario
- trabajo realizado básicamente sin capitales propios
- trabajo integrado en una organización ajena.

En Italia viene desarrollándose con fuerza desde hace años la categoría jurídica de la parasubordinación, caracterizada a partir de la norma 409 c.p.c., como una prestación de obra continuada, coordinada y predominantemente personal⁴⁰.

Pero el desarrollo normativo más ambicioso y que contribuirá sin lugar a dudas a delimitar la figura del trabajador autónomo que contaría con la protección de la disciplina laboral, es el proyecto de Estatuto del Trabajador Autónomo español; este instrumento define al trabajador autónomo económicamente dependiente como aquel que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y

38 Artículo 40.

39 Artículo 39.

40 Véase CAIRÓS BARRETO, Dulce María: Acerca de la denominada crisis del contrato de trabajo tradicional y la aportación española: Hacia un estatuto para el trabajador autónomo. Ponencia libre, XVI congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lisboa. 2006.

de forma habitual, personal directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que depende económicamente⁴¹.

Se requieren además para tipificarse la figura las siguientes condiciones:

- no utilizar servicio remunerado de otras personas
- no ejecutar su actividad de manera conjunta e indiferenciada con los trabajadores que presten sus servicios por cuenta del cliente
- disponer de infraestructura productiva y material propio, independiente de la de su cliente
- criterios organizativos propios
- contraprestación económica en base al resultado de su actividad
- asumir riesgos de la actividad⁴².

Señalábamos antes que el Código de Trabajo portugués, incorpora en su regulación a los llamados *contratos equiparados* que tienen por objeto la prestación de trabajo sin subordinación jurídica, siempre que el trabajador deba considerarse en dependencia económica respecto del beneficiario de su actividad, a los cuales se aplica parcialmente la normativa laboral⁴³.

Por el contrario, el informe de República Dominicana, señala la omisión del Código de Trabajo de toda regulación del trabajo autónomo, así como de la actividad de los profesionales liberales, aunque no así de la seguridad social, punto sobre el cual trataremos más adelante.

En cuanto al contenido de la protección laboral que se le reconoce a este tipo de trabajador autónomo, como antes se dijera, a medio camino entre el asalariado y el empresario, va desde una mínima protección, como el caso venezolano, donde la ley dispone el derecho de esta modalidad de trabajadores a constituir sindicatos, celebrar acuerdos colectivos, derecho a la paternidad de la obra intelectual, incorporarles a la Seguridad Social y demás normas de protección en cuanto fuere posible⁴⁴ o el caso portugués, que les aplica los derechos a la personalidad, igualdad y no discriminación, así como seguridad e higiene en el trabajo, sin perjuicio de los que tengan establecidos en la legislación especial que les sea aplicable, hasta una protección amplia, como la que prevé el Estatuto español.

En efecto, en el novedoso proyecto se *“comienza con una catalogación de derechos y deberes básicos, de carácter laboral, recogidos ya en la CE y en propio Estatuto de los Trabajadores para los asalariados, el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, la libertad de iniciativa económica y el derecho a la libre competencia, el derecho a la propiedad intelectual. En el ejercicio de la actividad*

41 Ibídem.

42 Ibídem.

43 Véase Informe de Relatoría de Portugal.

44 Véase Informe de Relatoría de Venezuela. Colaboración de Mary Carmen Torres y Manuel Alonso.

*profesional, se tipifica el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, el respeto a la intimidad y a la consideración debida a su dignidad, haciendo especial referencia a una protección eficaz y adecuada frente al acoso sexual, por razón de sexo o por cualquier otra circunstancia social o personal, a la formación y readaptación profesionales, a su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo. El derecho a la percepción puntual de la contraprestación económica pactada, la conciliación de su actividad profesional con su vida familiar, a la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, de conformidad con la normativa de Seguridad Social, al ejercicio individual de las acciones derivadas de su actividad profesional, al acceso a los medios extrajudiciales de solución de conflictos y a cualesquiera otros que se deriven de los contratos celebrados por los mismos*⁴⁵.

Además de este elenco de derechos aplicables a todo trabajador autónomo, para los económicamente dependientes o TRADE, se les garantizan los siguientes:

- contrato por escrito y registrado
- presunción de contrato indefinido si las partes nada han dispuesto
- derecho a interrupción anual del trabajo
- normas mínimas en materia de jornada
- causas justificadas de interrupción de la actividad
- causas de extinción del contrato
- indemnizaciones en caso de extinción de la relación contractual
- derecho a la negociación colectiva
- sometimiento a la jurisdicción social la solución de los conflictos.

Pareciera entonces evidente la tendencia, por una parte, a ampliar el campo de aplicación del Derecho del Trabajo para revalorizar el elemento de la dependencia económica y aplicar su protección, directamente mediante la incorporación en los Códigos o leyes de trabajo o indirectamente, extendiendo los principios y categorías propios de la disciplina laboral a las leyes especiales, a los trabajadores autónomos jurídicamente, pero dependientes económicamente. Por la otra, a aplicar al trabajo autónomo en sentido estricto, algunas protecciones mínimas de fuente laboral.

El teletrabajo o trabajo a distancia, como es sabido se caracteriza por:

- la localización, en el sentido del espacio físico que utiliza el teletrabajador para el desarrollo de su actividad laboral que se encuentra fuera de la empresa;
- el uso de las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación; y,
- cambios en la organización y en la forma de realización del trabajo, en relación con los trabajadores que trabajan en el centro de trabajo⁴⁶.

45 Véase CAIRÓS BARRETO, Dulce María. Op. cit.

46 Véase a KHALE CARRILLO Djamil: “El teletrabajo entendido como forma atípica de trabajo”. Ponencia libre. XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lisboa. 2006.

En lo que se refiere a esta especie de trabajo a domicilio, se observa que en algunas legislaciones se rige por las disposiciones generales del trabajo a domicilio⁴⁷, en ausencia de normativa específica aplicable, mientras que en otra, como la portuguesa, el Código de Trabajo consagra algunas regulaciones como la obligación de ajustarse a la forma escrita y el establecimiento de un plazo máximo de tres años, cuando se celebra a tiempo determinado.

El Acuerdo marco europeo sobre Teletrabajo, aprobado el 16 de julio de 2002 por los agentes sociales pudiera servir de orientación por la amplitud de sus contenidos, a saber:

- considerar el carácter voluntario al teletrabajo, tanto para el empleado como para el patrono;
- prestarlo en igualdad de condiciones de empleo con los trabajadores comparables que presten servicios en los locales del empresario;
- respetar la vida privada del trabajador de manera que, en caso de instalarle cualquier sistema de control, éste deberá ser proporcionado a su finalidad;
- asegurar la protección de los datos usados y procesados por el trabajador para usos profesionales;
- reforzar las obligaciones empresariales de información sobre las condiciones de trabajo y de ejecución de la prestación;
- obligar a que el empleador provea, instale y mantenga el equipo necesario para el trabajo habitual, salvo que el trabajador decida voluntariamente usar el suyo propio;
- proteger la seguridad y la salud de quienes presten sus servicios en condiciones de teletrabajo;
- otorgar derecho al trabajador para organizar su tiempo de trabajo, de acuerdo con las normas aplicables -legislación o convenios-;
- derecho a la formación y a la promoción profesional en las mismas condiciones que el resto de los trabajadores de la empresa;
- ejercitar derechos sindicales y colectivos⁴⁸.

En torno a la calificación laboral o no de la relación que se entabla en esta modalidad de prestación de servicios, dependería de la evaluación de la autonomía y asunción de riesgos que pudiera manifestarse en el desenvolvimiento de la misma, pudiendo estarse en presencia de un trabajo por cuenta ajena y subordinación del empleador, plenamente sujeto al Derecho laboral o un trabajo por cuenta propia, caso en el cual, de presentarse la dependencia económica se aplicarían las normas protectoras de esta nueva modalidad de trabajo atípico, como hemos visto.

En cuanto a la prestación de servicios de los profesionales liberales, se aplicaría cuanto se ha dicho sobre los trabajadores autónomos, en la medida que opten por

47 Véase a Informe de Relatoría de Venezuela. Colaboración de Mary Carmen Torres y Manuel Alonso.

48 *Ibíd.*

el ejercicio libre de su profesión. En este sentido, valga mencionar que el Proyecto de Estatuto del Trabajador Autónomo de España, los incluye en su ámbito de aplicación (Artículo 1.2.j.) entendiéndolo que “*no es motivo de exclusión de por sí el hecho de realizar su trabajo dentro de una organización coordinada*”.

En este mismo sentido el Reglamento de la Ley Orgánica de Trabajo de Venezuela (Artículo 4), establece que podrán coexistir la relación de trabajo y la relación autónoma o por cuenta propia del profesional, siempre que esta última se haga constar por escrito con expresa indicación de su duración y de las obligaciones fundamentales de las partes⁴⁹.

2.2. ¿La celebración de contratos a término, cierto o incierto, y a jornada parcial, debe obedecer a causas establecidas por la ley?

La interrogante persigue evaluar si, no obstante la eclosión en la utilización de estas especies de trabajo, las legislaciones han mantenido las restricciones a la libertad de los sujetos de dichas relaciones, en cuanto a las causas por las cuales se pueden emplear.

En este sentido tanto los Informes de República Dominicana, de Portugal y de Venezuela, señalan que las respectivas legislaciones privilegian al contrato por tiempo indeterminado, mientras que sujetan los contratos sujetos a un término, o por obra determinada, al cumplimiento de formalidades y supuestos de procedencia, entendiéndolos como contratos de excepción, lo que sugeriría una marcada rigidez a nivel normativo.

No obstante, en interesante estudio estadístico se concluye que el comportamiento de estos contratos en Portugal, revela una cierta flexibilidad en su utilización por las empresas, ya que revelan tasas de crecimiento positivo en relación con los contratos sin término, en los periodos de crecimiento económico y de otra parte, se revelan como contratos transitorios, en el entendido de que sirven de trampolín para un empleo estable o permanente, sobretodo para quienes buscan ingresar por primera vez al mercado de trabajo y para quienes buscan reinsertarse en el mercado de trabajo, cumpliendo una función de “pre-reclutamiento de trabajadores efectivos”⁵⁰.

Por otra parte, el estudio realizado por la OIT en 17 países latinoamericanos, ya citado, señala que “*Antes de la reforma (laboral), se puede verificar que las legislaciones permitían la contratación temporal pero las causas y modalidades de contratación eran excepcionales y expresamente determinadas (por ejemplo Perú, Venezuela, Guatemala y Paraguay). Luego de la reforma, en ciertos países se aprecia*

49 Véase a Informe de Relatoría de Venezuela. Colaboración de Mary Carmen Torres y Manuel Alonso.

50 FARÍA, Isabel y SANTOS Nuno; Significado de la evolución reciente de las formas atípicas de empleo y su relación con la Seguridad Social; Trabajo libre. XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lisboa. 2006.

*una clara apuesta por fomentar y propiciar la contratación de trabajadores bajo los contratos por tiempo determinado, ya sea ampliando las modalidades o causas de contratación o extendiendo el plazo de duración de los contratos. En este sentido, el caso peruano es paradigmático. La actual LPCL prevé nueve modalidades expresas de contratación y una cláusula abierta para cualquier otra modalidad temporal*⁵¹.

En lo que hace a los contratos con jornada parcial, tanto el informe de Portugal como el venezolano, señalan que su regulación es dejada por las legislaciones a la autonomía individual, pudiendo las partes en el momento de la contratación o posteriormente, mediante novación del contrato pactar una jornada parcial de trabajo. Asimismo, dos datos empíricos en relación a su utilización, no pueden pasarse por alto: la razón principal que lleva a los trabajadores portugueses a trabajar a tiempo parcial reside en el hecho de no conseguir empleo a tiempo completo, siendo la mayoría de este tipo de trabajadores del sexo femenino.

Pudiera resumirse diciendo que:

- por una parte, nuevamente se denota el contraste entre norma y realidad en la disciplina laboral, siendo una de sus causas el incumplimiento estructural de las normas sociales
- si bien el contrato modelo sigue siendo el contrato por tiempo indeterminado, la práctica y la flexibilización de las legislaciones sigue marcando la tendencia a que la atipicidad de los contratos a término sea considerada, empleando la expresión de Ojeda Avilés, una falacia⁵².
- En lo que se refiere al contrato a jornada parcial pareciera existir una amplia flexibilidad para su celebración.

2.3. ¿La contratación colectiva ampara a los trabajadores contratados a término, a jornada parcial, a los trabajadores a domicilio, a los para-subordinados y a otros tipos de trabajadores atípicos?

¿La protección que brinda la contratación colectiva a estos tipos de trabajo es parcial o en los mismos términos que a los trabajadores contratados por tiempo indeterminado?

Las interrogantes tienen por finalidad evaluar en que medida la contratación colectiva contribuye en la regulación de estos tipos de trabajo, con condiciones distintas a las del trabajo sin término y, a su vez, en que medida la contratación colectiva conserva los principios propios, tales como su imperatividad, los efectos erga omnes y la uniformidad de su disciplina.

51 “La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado”. Op. cit.

52 OJEDA AVILÉS, Antonio, en “La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo”. Op. cit.

Los informes de República Dominicana y Venezuela, reflejan un marcado apego a las características clásicas de la convención colectiva, que se aplica a todos los trabajadores de la empresa, o sector de actividad, de una manera uniforme, permitiendo en el caso venezolano, sólo la exclusión del personal de dirección y de confianza⁵³.

Por el contrario, en el informe portugués se da cuenta que en 31 convenciones colectivas se regula el trabajo a tiempo parcial considerando que por el mismo se entiende aquel que consume hasta un 90% del período normal de trabajo, delimitando asimismo el número de trabajadores que en la empresa pueden estar sujetos a este tipo de trabajo, así como regulando las situaciones de pluriempleo, para que el trabajador no sume períodos que excedan de 9 horas por día y 40 horas por semana.

2.4. ¿Está permitida la subcontratación a través de empresas de trabajo temporal o de otros intermediarios?

La irrupción de las empresas de trabajo temporal en los mercados de trabajo de la gran mayoría de los países, genera grandes polémicas, fundamentadas principalmente en las diferencias de remuneración que devengan los trabajadores contratados a través de ellas, en relación con los trabajadores directos de las empresas usuarias de estos servicios, así como por las menores oportunidades de formación que tienen y la mayor incidencia de los riesgos de trabajo en dicha modalidad de trabajo.

Sin embargo, con Monereo y Moreno⁵⁴ podríamos decir que siendo las empresas de trabajo temporal una de las vías más recurrentes para aplicar las nuevas formas de organización de las empresas, es decir, para aplicar los mecanismos de descentralización productiva o exteriorización del trabajo, su utilización se ha entendido, aceptado y regulado en muchos países.

En este sentido, Ojea⁵⁵ señala las razones para acudir a la contratación indirecta por medio de ETT's "tanto para el trabajador como para el empresario. Para el primero por cuanto implica un menor compromiso con el mercado laboral y una libertad de prestación de servicios a diferentes empresarios, así como un más fácil acceso a horarios flexibles -que permiten compatibilizar hogar y empleo-. Por su parte, la empresa usuaria se beneficia de una mayor flexibilidad de respuesta a cambios en la demanda de sus productos, porque se evita el sentimiento de pertenencia a la empresa en el trabajador, así como por la reducción de costes tanto en la

53 Véase Informes de República Dominicana y Venezuela.

54 MONEREO PÉREZ, José Luis y MORENO VIDA, M^a Nieves; "Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial". Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales 48. P. 39.

55 OJEA Miriam. XVY Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Trabajo libre.

selección y contratación de trabajadores como en la creación de cantera para potenciales trabajadores indefinidos”.

La Unión Europea, continúan los autores, a través de una Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por ETTs, procura mejorar la calidad del trabajo temporal y garantizar el respeto del principio de no discriminación, estableciendo un marco apropiado para la utilización de la cesión temporal de trabajadores contribuyendo al buen funcionamiento del mercado de trabajo y al fomento del empleo y declara que “debe apoyarse en todos los instrumentos disponibles para estimular la creación de puestos de trabajo de calidad, diversificar las formas de empleo y conciliar la flexibilidad y la seguridad, de forma que se propugna el desarrollo de formas diversas y flexibles de empleo y de contratos de trabajo”⁵⁶.

No obstante, en el Informe venezolano se da cuenta que en Venezuela, después que fueron reglamentadas ampliamente en el texto del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999, estableciendo los requisitos para su constitución, los supuestos para la procedencia de la contratación temporal a través de ellas, las garantías que debían cumplir la ETT para el pago de los derechos laborales de los trabajadores cedidos, los requisitos de la contratación entre las empresas, ETT y usuaria, intervinientes en dicha relación triangular, en reciente (Abril 2006) reforma de dicho Reglamento, se derogan todas las disposiciones regulatorias y se declaran sometidas a las disposiciones legales de la intermediación las empresas existentes, con lo cual se deja en incertidumbre el futuro de la figura, sobre su permisibilidad o no en el mercado venezolano⁵⁷.

2.5. ¿Existen en el sector público, reconocidos por el derecho o en la práctica, casos de trabajo atípico?

No escapa este sector a la extensión en el uso de distintos modelos de trabajo atípico, de ello dan cuenta los Informes de relatoría de República Dominicana, Portugal y Venezuela.

En el caso de República Dominicana, se destaca que, además, el trabajo atípico se presta en condiciones de mayor precariedad que en el sector privado, ya que se les excluye de los beneficios que corresponden a los empleados públicos⁵⁸.

De manera similar refleja el informe venezolano el cambio de jurisprudencia que se ha dado recientemente en perjuicio de los contratados de la administración pública, a partir de las normas de la Constitución de 1999 y de la nueva Ley del Estatuto de la Función Pública, en efecto, anteriormente con fundamento en el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se consideraba que a los contratados que en la práctica realizaban las mismas funciones que los emplea-

56 Ibídem. P. 47.

57 Véase el Informe de Relatoría de Venezuela.

58 Véase Informe de Relatoría de República Dominicana.

dos públicos, se aplicaba el régimen de éstos, mientras que actualmente, a partir de sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (14-08-2002; *Mayori Lugo vs. Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales*) conservan su condición, aunque hayan sido prorrogados sus contratos por encima de lo permitido por la ley del trabajo o se hayan celebrado por razones distintas a las permitidas por ésta.⁵⁹

En el caso de Portugal, además del caso de los contratados, que se da en desventaja ya que nunca se convierten en contratos por tiempo indeterminado cualquiera sea el número de las prórrogas, se dan en este sector otras formas de atipicidad como las comisiones de servicio, trabajo temporario, teletrabajo y a tiempo parcial, aunque advierte que la Administración Pública portuguesa estará sujeta en corto tiempo a una reforma profunda que podría modificar estas situaciones.⁶⁰

En el caso español se destaca la utilización abusiva y desviada de la contratación administrativa, la desnaturalización del interinaje por su utilización indiscriminada y prórrogas *sine die*, la utilización de la figura de los funcionarios eventuales o políticos y de las becas de formación práctica en fraude a la ley.⁶¹ Esto trae a la memoria la caracterización que hacen los maestros franceses Camerlynck y Lyon Caen sobre la ineficacia o incumplimiento del Derecho del Trabajo⁶².

3. Atipicidad y Seguridad Social

3.1. Preámbulo

Es ya un lugar común sostener la crisis de la Seguridad Social, igual que se destaca la crisis sufrida por el Derecho del Trabajo. Con razón se ha dicho que al igual que la disciplina laboral, la seguridad social surgió para aplicarse en el modelo de producción industrial, por lo que la aparición de nuevas formas de organización económica y social, hacen que la protección social deba adecuarse a las nuevas realidades, so pena de dejar fuera de su radio de acción la mayoría de sus destinatarios, que hoy desenvuelven su vida laboral en actividades que nada tienen que ver con las seguras, formales y permanentes de la época industrial.

El alargamiento de la expectativa de vida por los avances en la medicina y la aplicación de las nuevas tecnologías en la prevención y cura de las enfermedades, así como la moderación de la marcha del crecimiento poblacional, por una parte, y por la otra los cuestionamientos en el viejo y el nuevo mundo al Estado Bienestar,

59 Véase Informe de Relatoría de Venezuela.

60 Véase Informe de Relatoría de Portugal.

61 RODRIGUEZ ESCANCIANO, Susana; "La extensión del trabajo atípico en el sector público: supuestos más significativos". Trabajo libre presentado al XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lisboa, 20-22 de Septiembre 2006.

62 CAMERLYNCK Y LYON CAEN; Derecho del Trabajo, Madrid, Aguilar Ediciones, 1974. P. 29.

para dar paso a nuevas ideas que ponen el acento en lo individual más que en lo colectivo, en el mercado más que en la planificación centralizada y en la igualdad de oportunidades más no en la de resultados, han hecho replantearse los esquemas de la seguridad social general, uniforme, solidaria, Beveridgiana, gestionada por el Estado y han dado paso a nuevos esquemas de ahorro individual administrados por sociedades privadas.

La mencionada crisis ha conducido incluso a replantearse la esencia y contenido de la Seguridad Social; en este sentido, señala Campero que en los tiempos actuales se considera como tal sólo a las prestaciones en dinero que sustituyen al ingreso que falta, privando la consideración económica y no el aseguramiento de la dignidad humana⁶³. En el mismo orden de ideas, Ruiz Moreno destaca como el “factor político” influye en la determinación de los modelos y niveles de protección social, prelando incluso por encima de las condiciones económicas y de los requerimientos sociales⁶⁴.

Es por ello que, en este contexto de crisis de los sistemas conocidos de Seguridad Social, aparejado a lo que antes se ha descrito como eclosión de nuevas formas de trabajo que antes se consideraban atípicas, y que hoy pasan, junto con el trabajo típico o modelo, asalariado y sin término, a configurar el nuevo rostro del Derecho del Trabajo, diversificado y plural, es urgente el plantearse las respuestas que la Seguridad Social puede aportar para llevar protección integral a estos grandes contingentes de personas, que conforman en la mayoría de los casos grupos vulnerables de la sociedad.

Asimismo, Plá Rodríguez⁶⁵ plantea la insuficiencia del modelo bismarckiano de seguridad social para responder a nuevas situaciones y, en este sentido, destaca la fuerza expansiva de la seguridad social que “*va extendiéndose a situaciones nuevas que hace pocos años no hubieran sido admitidas ni imaginadas. La frontera más polémica es la relacionada con el esquema central (empleador-trabajador) que requiere normalmente el elemento subordinación. Hay una serie de trabajadores autónomos donde no existe esa relación bilateral en la que deben buscarse criterios sustitutivos. En este aspecto coexiste una solución congelada ni consolidada.*

63 CAMPERO VILLALBA, Iván. “La necesidad de una juridicidad humanizadora en los nuevos sistemas de Seguridad Social en América Latina”. Trabajo presentado al XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Lisboa. Septiembre 20-22. 2006.

64 RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. “El sustrato de la Seguridad Social Contemporánea”. Trabajo presentado al XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Lisboa. Septiembre 20-22-2006.-

65 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Personas protegidas, asegurados y beneficiarios” en Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” México, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma de México, 1997. P.628.

Existen puntos de equilibrio dinámicos y provisorios que pueden irse modificando con el tiempo. Las fronteras del Derecho del Trabajo van cambiando de sitio”.

El reto de hoy es dejar de asimilar las nuevas formas de trabajo con la precariedad⁶⁶ y esto es sólo posible arbitrando formas de protección social eficientes: ¿será posible alcanzar la estabilidad negada por el mercado de trabajo a través de la seguridad social? Es la reflexión que seguramente nos acompañará algún tiempo.

3.2. ¿Reconoce la ley el derecho a la seguridad social de los trabajadores que prestan servicios en ejecución de contratos atípicos? ¿Qué requisitos deben cumplirse para la afiliación a la seguridad social de estos trabajadores? ¿Cómo son las cotizaciones?

La respuesta a la primera interrogante es respondida afirmativamente por las diferentes contribuciones a este Congreso; esto es, las diferentes legislaciones no hacen distinciones entre trabajadores típicos y atípicos a la hora de reconocer el derecho a la seguridad social.

No obstante, cuando se pasa del plano de la construcción formal al de la ejecución aparecen las dificultades propias de estas formas de trabajo para garantizarles protección social decente y que han valido para calificarlos las más de las veces como trabajos precarios.

En efecto, en el caso de Venezuela se observa de entrada la distancia entre un sistema de seguridad social altamente declarativo y la realidad de su aplicación, característica que lo define; además se observa que aunque la Ley Orgánica de Seguridad Social de 2002 (LOSS), garantiza el derecho a la seguridad social a nacionales y extranjeros residentes legalmente, independientemente de la capacidad económica, actividad y vínculo laboral, lo que lo hace teóricamente universal e incluyente, en la práctica, el régimen que se aplica es el de seguros sociales regido por la ley del seguro social (LSSO) que establece en su artículo 2, que el Ejecutivo Nacional consideraría la incorporación de los trabajadores a domicilio, temporeros, ocasionales y de las cooperativas, sin que hasta ahora se hayan dictado normas para implementarla⁶⁷.

66 En las conclusiones del Seminario de Toledo sobre La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo, Ojeda Avilés, deja ver que en el debate se reconoció su papel en la creación de empleo, pero también se señaló la propensión hacia la precariedad, que, no obstante, no es general, ya que está en aumento una nueva categoría de atípicos de altas remuneraciones (P. cit. P.238) En el mismo sentido, Fariña y Santos, advierten que la calificación de precarios a los contratados a término, temporarios o a jornada parcial, sólo se justifica cuando la elección de este tipo de contrato se hace por imposibilidad de encontrar un empleo fijo a jornada completa. (Significado de la evolución reciente de las formas atípicas de empleo... Op. cit.).

67 Véase Informe venezolano.

No es distinto en el caso dominicano, donde la declaración de cobertura universal los incluye, más están a la espera del dictado de las normas que definirán el esquema de financiamiento subsidiado, para hacer realidad la protección.⁶⁸

En ambos países, Venezuela y República Dominicana, las leyes de seguridad social tienen la característica de “*gradualidad*” o “*progresividad*” lo que explica su no aplicación efectiva por los momentos.

En el caso de Portugal, de la misma forma se señala que los trabajos atípicos están sujetos al régimen general de seguridad social, con excepción de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, únicos sujetos a un régimen especial; asimismo se advierte sobre los mayores costos que lleva aparejada la cobertura de estos tipos de trabajo, asociados más frecuentemente a situaciones de desempleo y a una mayor rotación. Las cotizaciones para financiar el *típico seguro social obligatorio*⁶⁹ son las mismas que para los trabajadores contratados a tiempo indeterminado.

En el caso de Perú, el Informe nacional refiere a la Ley de Modernidad de la Seguridad Social promulgada en 15-05-1997, la cual no hace distinción entre las distintas formas de trabajo⁷⁰ subordinadas, por lo que se deriva de ello la exclusión de los trabajadores autónomos.

En cuanto a los requisitos de afiliación de los atípicos, señala el Informe venezolano que, la no discriminación en sentido positivo, trae paradójicamente la consecuencia de la desprotección, ya que no se toma en cuenta las características de inestabilidad, inseguridad de ingresos e irregularidad de cotizaciones, haciéndose el sistema inaccesible para los trabajos atípicos.⁷¹

Hasta el presente, continúa el Informe venezolano, la nueva institucionalidad de la nueva LOSS de 2002, está por construir, el sistema de seguros sociales (único que funciona) no dispone de mecanismos administrativos para afiliar a los trabajadores autónomos y no existen estímulos para afiliar a los atípicos. El nuevo sistema se caracteriza por la extrema complejidad de su institucionalidad, el poco sentido de unidad y la fragmentación o atomización de la seguridad social, que poco propicia la afiliación teniendo niveles de protección muy bajos e ineficientes.

El Informe portugués, por el contrario, señala distintas modalidades de incentivos a la afiliación a la seguridad social de los trabajadores sujetos de contratos atípicos, y a veces, de desestímulo a la utilización de estas modalidades. Así:

- Estímulos a la afiliación:
- Se rebaja la cotización en 50% en los casos de contratos a término celebrados con jóvenes que acceden al primer empleo y con desempleados de larga duración.

68 Véase Informe de República Dominicana.

69 Véase a Faría y Santos; Op. cit.

70 Véase Informe de Relatoría de Perú.

71 Véase Informe venezolano.

- El mismo régimen se aplica cuando se trata de contrataciones a término de teletrabajadores, trabajadores a jornada parcial, u otro tipo de trabajador a domicilio
- Subsidio de desempleo parcial para aquellos trabajadores que sólo hayan podido acceder a un empleo a jornada parcial
- Desestímulos a los contratos a término:

A partir del 4º año los contratos a término pagan una cotización mayor tomando en cuenta el número de trabajadores en esa condición y la duración de dichos contratos

Asimismo, la reciente reforma legislativa en materia laboral de España⁷², “*quebusca aumentar la ocupación y actividad, reduciendo las tasas de paro y temporalidad, difuminar la actual segmentación entre contratos temporal e indefinida, afianzar la seguridad los trabajadores, aumentando sus derechos sin reducir la flexibilidad necesaria para el buen funcionamiento empresarial*”⁷³, contiene un conjunto de disposiciones especiales de incentivo a la afiliación de los trabajadores atípicos, de aumento de su protección y de estímulo a la contratación por tiempo indeterminado, pudiendo destacarse:

- Bonificación mensual de la cuota empresarial a la seguridad social durante 3 años, en caso de transformación en indefinidos de contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación.
- Bonificación del 50% de la aportación empresarial a la seguridad social por contingencias comunes, en caso de contratos indefinidos con trabajadores de más de 60 años y con una antigüedad de 5 o más años.
- Reducciones de cotizaciones empresariales por contratos indefinidos.
- Conversión de contratos a término en indefinidos cuando el trabajador durante los 30 meses anteriores haya estado ligado con la misma empresa por dos o más contratos temporales durante un plazo de 24 meses.

De igual manera el trabajo antes citado⁷⁴ da cuenta de las especialidades que en materia de cotización a la seguridad social española existen en la contratación parcial y la temporal, más en la primera.

3.3. ¿A qué tipo de prestaciones asegurativas tienen derecho y cual es su duración? ¿Existen diferencias en materia de protección o cobertura de la seguridad social, en relación con el régimen general?

En términos generales, no existen discriminaciones que afecten al trabajador atípico por el hecho de serlo, reconociéndoseles las mismas prestaciones que a los

72 Real Decreto Ley 5/2006 de 9 de junio para la mejora del crecimiento y del empleo.

73 TRILLO OJEA, Miriam; Op. cit.

74 Ibídem.

trabajadores estándar o típicos. Las referidas prestaciones son las dirigidas a proteger contra las contingencias de la vida común y la profesional:

Salud; Maternidad o Paternidad; enfermedades y accidentes profesionales; desempleo; invalidez; vejez; muerte; sobrevivencia; carga familiar.

El sistema venezolano añade la cobertura de otras contingencias, tales como: la promoción del tiempo libre, turismo laboral, descanso, enfermedades catastróficas, prestaciones a hijos con patologías congénitas producto de la enfermedad profesional de los padres, mayoría y amas de casa. Todas sin desarrollar, y éstas dos últimas con criterios de elegibilidad discrecionales.

3.4. ¿Qué posibilidad de permanencia en el tiempo tienen los programas previsionales para los atípicos y qué limitaciones han sido observadas en cuanto a su protección?

Se observa una abismal diferencia según que la respuesta sobre las limitaciones a la protección de los trabajadores atípicos se haga manteniéndose en el nivel legal o formal o si se hace desde el plano de la realidad social y económica.

Así, el informe de República Dominicana y de Perú, coinciden en negar limitaciones a estas modalidades de trabajo que, como ya se ha indicado, están comprendidas en el ámbito de aplicación de los distintos regímenes de seguridad social de los distintos países. Por el contrario, el Informe venezolano da cuenta de las severas limitaciones a la protección de estos trabajos en el plano de las ejecuciones reales.

Resumimos la posición venezolana así:

- La protección de los trabajadores atípicos esta supeditada a decisiones del ejecutivo, si optare por abrir regímenes especiales de afiliación o extender alguna ayuda a través de servicios sociales con asignaciones económicas para el caso de personas que no poseen capacidad contributiva
- Falta de concientización
- Carencia de recursos de la seguridad social para sostener los programas

3.5. ¿Se han registrado cambios recientes en el régimen legal o de cualquier fuente que les es aplicable? ¿Existen regímenes no previsionales de carácter asistencial que se apliquen a los trabajos atípicos?

Es de destacar en las respuestas a esta interrogante, el caso venezolano, con una Ley marco de seguridad social dictada en Diciembre de 2002, hasta la fecha sin implementación, con una profunda paralización de su sistema previsional, mientras que es el único caso donde existe un frondoso conjunto de programas asistenciales, que si bien no van dirigidos específicamente a los trabajos atípicos, es preciso reseñarlos ya que podrían indirectamente proteger a algunos de estos grupos, o estarían sustituyendo soluciones estructurales sustentables en el tiempo para estos sectores tan escasamente protegidos.

En este sentido el Informe señala que dichos programas, llamados *misiones*, son paralelos al sistema de seguridad social respondiendo a un *patrón no institucionalizado o no estructurado*, gestionados por fundaciones no adscritas a los Ministerios con competencia en el área social y dirigidas a enfrentar los problemas de analfabetismo, deserción escolar, bajo nivel educativo, acceso a la educación superior, formación, pero con resultados precarios evidentes. Se advierte, además, que mientras los Ministerios y demás instituciones que atienden la previsión social, carecen de recursos, las *misiones* los poseen en abundancia.

Por otra parte, se destaca asimismo el caso español, aunque por razones diferentes, en el sentido de las reformas habidas últimamente dirigidas a enfrentar la problemática de la atipicidad por la desprotección que suele llevar aparejada, mejorando así la calidad del empleo. Nos referimos al Real Decreto Ley 5/2006 de 9 de junio para la mejora del crecimiento y del empleo y del proyecto de Estatuto para la tutela y promoción del trabajador autónomo, ya citados en este Informe de Relatoría.

Resumen

I

Caracterización General

1.- La atipicidad y la tipicidad son nociones relativas e interdependientes. Lo típico es lo representativo o generalizado, lo atípico es lo insólito, lo excepcional, lo diferente. Cuando lo típico cambia, necesariamente cambia lo atípico. Algunos prefieren hablar de la negatividad de la noción de atipicidad: es atípico lo que no es típico.

2.- En el Derecho del Trabajo clásico u originario la relación de trabajo típica es aquella cuyo objeto es el trabajo ajeno y subordinado, por tiempo indefinido, a jornada completa, con goce de estabilidad y condiciones colectivas de trabajo superiores a las mínimas de ley pactadas autónomamente, mientras que la atipicidad está representada por formas de trabajo de excepción donde faltan alguno de los elementos que acompañan a la figura típica, tales como los contratos a término, a jornada parcial o a domicilio.

3.- En estos tiempos de cambios, de flexibilidades, individualismos, diversidades y gradualismos, caracterizados por la multiplicación de las antiguas formas de trabajo de excepción, y la aparición de nuevas formas de trabajo como el tele trabajo, contrato en formación, en comisión de servicio, de relevo, la consideración del tipo de relación representativa de lo laboral no puede ser la misma de los orígenes del Derecho del Trabajo imperativo, progresista, intangible y uniforme que giraba en torno a la figura típica y generalizada de la relación de trabajo ajeno y subordinado.

4.- La tipicidad hoy se habría diversificado: al lado del modelo de relación de trabajo asalariado, sin término, a jornada completa y estable, surgen y se extienden innumerables formas de trabajo ajeno y subordinado jurídicamente pero a

término o temporarios, a jornada parcial, sin estabilidad, a distancia, al punto de que ya no pueden seguir considerándose atípicos, de excepción o insólitos. Las notas que caracterizan a la tipicidad parecieran ser la ajenidad y su consecuente dependencia jurídica, perdiendo importancia los otros elementos del tiempo y de lugar en el cual se ejecuta. La doctrina habla de la “otra tipicidad” para referirse a las formas de trabajo otrora consideradas “atípicas”.

5.- A la par que cambia el concepto de lo típico para incluir formas de trabajo que antes eran consideradas de excepción o atípicas, la noción de atipicidad también cambia y pasa a comprender formas de trabajo que antes eran consideradas fuera del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Se hace referencia al trabajo autónomo o por cuenta propia, que se presta no obstante bajo la subordinación económica de la persona beneficiaria de su resultado y sin trabajadores propios, cuya inclusión bajo la protección del Derecho del Trabajo, aunque en forma parcial, se presenta como una tendencia clara en la disciplina.

6.- Se está produciendo una ampliación del objeto del Derecho del Trabajo, para comprender también al trabajo autónomo o por cuenta propia, subordinado económicamente, o al menos para extender las instituciones de esta disciplina aplicables o compatibles, y aplicarlas incluso al trabajo autónomo en sentido estricto, es decir, con independencia jurídica y económica. La tendencia es a proteger al trabajador que está a medio camino entre el asalariado y el empresario, revalorizando el elemento de la subordinación económica.

7.- Este proceso no es igual en todos los países ni se da en línea recta sino zigzagueante, por lo que hablamos sólo de tendencias y, en este sentido, en el trabajo se continúan llamando trabajos atípicos a los que ya han dejado de serlo, bien porque se han regulado en las legislaciones o porque se ha extendido su uso. Es preciso estar atentos a la evolución que se da en la práctica y en las legislaciones de los distintos países, para evaluar su correspondencia con la tendencia que hoy advertimos.

8.- La mayoría de las legislaciones conservan la presunción de contrato por tiempo indeterminado, sin embargo, también se han ampliado las formas permitidas de contratos a término, por lo que los efectos de la presunción se restringen o ablandan. Además, la pretensión de que las normas sirvan de valla o dique que aguante la arremetida de los cambios, y la consabida distancia entre la construcción normativa y la realidad, que han caracterizado al Derecho del Trabajo, explican que se mantenga la presunción no obstante los cambios producidos.

9.- Los contratos de trabajo “atípicos” podemos clasificarlos en tradicionales según se trate de los contratos de excepción que reguló el Derecho del Trabajo desde sus orígenes, como el trabajo por tiempo determinado, por obra determinada o a domicilio y atípicos de nueva generación, para referirse a los que surgieron con la llamada eclosión de las formas atípicas de trabajo, a partir de la flexibilización de la disciplina, como el teletrabajo y el trabajo a jornada parcial. No obstante, en el nuevo Derecho del Trabajo, gradual y diverso, todas estas formas de trabajo re-

presentarían las *diversas caras de la tipicidad*, mientras que *la nueva atipicidad se configuraría por el trabajo autónomo pero subordinado económicamente*.

10.- La contratación colectiva es un instrumento eficiente para la disciplina de los contratos llamados “atípicos” y en este sentido varias legislaciones como la argentina y la portuguesa, incluyen normas de disponibilidad colectiva, en el sentido de que remiten a la contratación colectiva la regulación de las condiciones para la celebración de dichos contratos. Al parecer la legislación latinoamericana, en términos generales, mantiene la disciplina del punto a nivel legal.

11.- Hay consenso en las distintas colaboraciones en torno a que las dificultades para el reconocimiento y ejercicio del derecho de libertad sindical no son derivadas de la discriminación que de los llamados trabajadores “atípicos” hagan las distintas legislaciones sino de las características propias de dichos contratos: inestabilidad jurídica y económica pudieran resumir las calamidades de estos trabajadores para ejercer la libertad sindical.

12.- No es lo mismo cuando se plantea la sindicalización de los trabajadores autónomos o por cuenta propia; en este punto hay tres posiciones: pleno reconocimiento para la constitución de sindicatos de trabajadores autónomos (Venezuela), parcial, en cuanto pueden afiliarse a los sindicatos de trabajadores “típicos”, pero no pueden constituirlos para el sector (España), sin reconocimiento (República Dominicana), en cuanto la ley no reconoce el derecho. Para algún sector doctrinal, resultaría inconveniente el reconocimiento del derecho por cuanto la contratación de estos trabajadores es de menor costo para las empresas, creándose una especie de *dumping* social, en perjuicio de los trabajadores asalariados.

13.- Los informes nacionales presentados reflejan una falta de comprensión por parte del movimiento sindical tradicional o fordista sobre la necesidad de adoptar cambios urgentes en su estructura y métodos de acción que le permitan cumplir su misión ante las nuevas formas de trabajo, por esencia difíciles de asir. La doctrina mayoritaria se orienta a enfatizar sobre la necesidad de un replanteamiento del rol del sindicato que pasa por su conversión en un interlocutor con representatividad más allá de sus afiliados.

II

Algunos modelos de situaciones

14.- Varias legislaciones laborales receptan la figura del *trabajador autónomo* y establecen distintos niveles de protección; Así, la venezolana que lo denomina como trabajador dependiente y lo define *como aquel que vive habitualmente de su trabajo sin estar en situación de dependencia para uno o varios patronos*, la portuguesa a través de los *contratos de trabajo equiparados*. Otros países desarrollan el tema a partir de las legislaciones civiles o mercantiles, extendiéndoles derechos y beneficios de carácter laboral, tales como España, Italia y Alemania.

15.- La disciplina sobre el *teletrabajo* o trabajo a distancia puede decirse que se encuentra en formación, observándose que en los países europeos han adelantado

una caracterización que permite distinguirlo de otros trabajos realizados desde el domicilio del trabajador, así como diferenciar el que se realiza por cuenta propia del que se realiza por cuenta ajena, clave para determinar si están cubiertos plenamente por el Derecho del Trabajo o están sujetos a la normativa de los trabajadores autónomos.

16.- En relación con los *contratos a término* (por tiempo determinado y para una obra determinada) hay una clara tendencia a propiciar su utilización como mecanismo generador de empleo, aunque muchas legislaciones regulen las causas que validarían su celebración. Se soporta en estudios estadísticos su función de pre-reclutamiento de trabajadores efectivos o de trampolín para empleos indefinidos. En este sentido se menciona una Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de la Unión europea que persigue combinar flexibilidad y seguridad para mejorar las condiciones de trabajo de este tipo de contrataciones. No obstante, se observa el caso venezolano, aún sin evaluar sus efectos, que derogó en abril de 2006 las disposiciones reglamentarias que regulaban la constitución y funcionamiento de las ETTs y el contrato de jóvenes en formación, y en el español igual de reciente aprobación, el Real Decreto Ley 5/2006 de 9 de junio que promueve la contratación indefinida.

17.- Se aprecia que los *contratos a jornada parcial* aún permanecen con una amplia flexibilidad en sus requisitos y condiciones, presentándose en algunos países como elemento importante de la política de empleo, Holanda y Alemania. Se advierte sobre su feminización y se plantea reflexionar que su inconveniencia y precariedad se dan sólo cuando son un recurso ante la falta de empleo a tiempo completo.

18.- Los informes nacionales revelan el uso extendido de formas atípicas de trabajo en el llamado sector público, en oportunidades en condiciones más desventajosas que en el sector privado. Es el caso de Portugal y Venezuela donde las prórrogas sucesivas contrarias a la Ley no convierten el contrato por tiempo determinado en uno indefinido y de República Dominicana donde se les excluye de los beneficios atribuidos al empleado público.

III

Atipicidad y Seguridad Social

19.- Se reafirma la tesis de que, al igual que el Derecho del Trabajo, la Seguridad Social surgió para aplicarse en el modelo de producción industrial por lo que la aparición de nuevas formas de organización económica y social, hacen que la protección social deba adecuarse a las nuevas realidades, so pena de dejar fuera de su radio de acción la mayoría de sus destinatarios, que hoy desenvuelven su vida laboral en actividades que nada tienen que ver con las seguras, formales y permanentes de la época industrial.

20.- El reto de hoy es dejar de asimilar las nuevas formas de trabajo con la precariedad sin dificultar su capacidad generadora de empleo, lo que pareciera sólo

posible a través de la protección social: *¿será posible alcanzar la estabilidad negada por el mercado de trabajo a través de la seguridad social?* Es la reflexión que seguramente nos acompañará algún tiempo.

21.- Hay consenso sobre el reconocimiento que las distintas legislaciones hacen del derecho a la seguridad social que tienen los trabajadores “atípicos”, en ocasiones de manera expresa, en otras indirectamente cuando no se establecen diferencias entre distintos tipos de trabajo. En cuanto a los nuevos atípicos o trabajadores autónomos, en la mayoría de los casos están sujetos al régimen general, mientras que en el caso portugués se les aplica un régimen especial.

22.- En algunos países latinoamericanos se observa una contradicción entre leyes extremadamente declarativas (caso Venezuela) o de aplicación progresiva (casos República Dominicana y Venezuela) y una desaplicación absoluta en la realidad de las normas de protección social, generándose una precariedad de condiciones de trabajo y de vida, sobretodo en los trabajadores “atípicos”. El informe venezolano da cuenta de las severas limitaciones a la protección de los “atípicos” porque queda supeditada a decisiones del Ejecutivo Nacional y por la carencia de recursos económicos de la seguridad social.

23.- En cuanto a los *requisitos de afiliación* se advierte sobre la paradoja de incluirlos en condiciones de igualdad con los trabajadores “típicos” sin tomar en cuenta sus características particulares como son la inestabilidad del empleo, irregularidades en las cotizaciones e inseguridad de los ingresos, que produce desprotección en la práctica. Esto denota mucho de desconocimiento sobre los problemas de aseguramiento de los trabajadores atípicos.

24.- En Portugal y España, por el contrario, los *requisitos de afiliación* incentivan la inscripción a la Seguridad Social y desestimulan en ocasiones la celebración de contratos “atípicos”. Se destaca también en la legislación española las especialidades en materia de cotización en algunos contratos “atípicos” sobretodo en los a jornada parcial.

25.- No existen discriminaciones que afecten al trabajador “atípico” por el hecho de serlo, reconociéndoseles las mismas prestaciones que a los trabajadores estándar o “típicos”. En términos generales: Salud; Maternidad o Paternidad; enfermedades y accidentes profesionales; desempleo; invalidez; vejez; muerte; sobrevivencia; carga familiar.

El sistema venezolano añade la cobertura de otras contingencias, tales como: la promoción del tiempo libre, turismo laboral, descanso, enfermedades catastróficas, prestaciones a hijos con patologías congénitas producto de la enfermedad profesional de los padres, mayoría y amas de casa. Todas sin desarrollar, y éstas dos últimas con criterios de elegibilidad discrecionales.

La desprotección surge del difícil cumplimiento de las condiciones para acceder a estos beneficios, debido a las características particulares de estos tipos de trabajo, como antes se dijo.

26.- En el punto de la protección que pueda darse a estos tipos de trabajo a través de la asistencia social, se destaca el informe venezolano que da cuenta de un frondoso conjunto de programas asistenciales, no dirigidos específicamente a los trabajos atípicos, pero que podrían indirectamente aplicarse a algunos de estos grupos. Dichos programas llamados *misiones*, son paralelos al sistema de seguridad social respondiendo a un *patrón no institucionalizado o no estructurado*, gestionados por fundaciones no adscritas a los Ministerios con competencia en el área social y dirigidas a enfrentar los problemas de analfabetismo, deserción escolar, bajo nivel educativo, acceso a la educación superior, formación, pero con resultados precarios evidentes.

Reflexión final

La evolución del tema de la protección social de los trabajadores llamados “atípicos” es representativa de la esencia del Derecho del Trabajo como disciplina levantada sobre el concepto de justicia social, lo que implica un permanente proceso de ajustes y adaptaciones para hacerlo más accesible al trabajador y a la sociedad.

Después de un período durante el cual se pensó que el Derecho del Trabajo había alcanzado una estabilidad en sus principios, características y contenidos, estamos nuevamente en la búsqueda del punto de equilibrio que permita que lo humano se desarrolle con certeza en un ambiente económico inestable y en permanente cambio.

Urge mejorar el conocimiento de las realidades sociales en los distintos países, las formas como se está desarrollando en la práctica el mercado de trabajo, elaborar estadísticas que permitan soportar los estudios y políticas económico-sociales que mejoren la eficacia del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Esperemos que los años venideros permitan ver concretada en la realidad una larga lista de conquistas sociales teóricas y que la discusión y el discurso nos conduzcan a mayores realizaciones y menores proposiciones.