

CONCLUSIONES: HACIA UN TRATAMIENTO CONJUNTO DE LOS TRABAJADORES ATÍPICOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

por Antonio Ojeda Avilés

Un debate internacional como el mantenido en Toledo sobre la Seguridad Social de los trabajadores atípicos ha debido por fuerza de sufrir el lastre de que, salvo error u omisión, era la primera vez que se analizaba una materia tan pro-teica con el decidido propósito de encontrar las pautas comunes a tan variadas manifestaciones del mercado secundario de empleo. Tanto en los Estados miembro, como en la propia Unión Europea, los esfuerzos han ido encaminados hasta el presente a regular las manifestaciones más flagrantes de la atipicidad, sin pre-tender un examen conjunto o un tratamiento universal del tema. De lo cual son expresión las diversas Directivas aprobadas en las décadas precedentes, sobre el trabajo a tiempo parcial 97/81, el trabajo temporal y las empresas de trabajo temporal 91/383 y 99/70, el desplazamiento de trabajadores 96/71, las trabajadoras autónomas 86/613, o la probablemente próxima sobre el teletrabajo. Las reflexiones hasta aquí efectuadas, así como los intensos debates mantenidos en el Seminario, permiten sugerir ciertas bases para el análisis de lo que la Comisión Europea focaliza como «formas de empleo no convencionales» en el planteamiento integrado hacia unas pensiones adecuadas y viables¹. Estas conclusiones reflejan las corrientes mayoritarias de opinión, advertidas en los debates de Toledo de forma expresa o tácita, así como en las posiciones coincidentes, de al menos dos oradores, sobre un tema particular.

El primer obstáculo para orientar el debate se planteó desde un principio con el propio concepto de trabajadores atípicos, o, si se quiere, de formas de empleo no convencionales. La definición más convincente escuchada en Toledo se formula en negativo, como contraste con la definición de trabajo típico: si éste es el caracterizado por las notas de dependencia, larga duración y fuente principal de ingresos, el que nos ocupa implica la ausencia de *alguna* de las notas antevistas, ya sea por faltar o quedar muy debilitada la dependencia, como sucede en el tra-

¹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, *Apoyo a las estrategias nacionales para garantizar pensiones seguras y viables mediante un planteamiento integrado*. Bruselas, 3 de julio de 2001, COM(2001)362 final, pág. 8.

bajo autónomo o pseudoautónomo y el teletrabajo, ya por hallarnos ante contratos de duración determinada, como el trabajo temporal, ya, en fin, porque en sí mismo no constituye la fuente principal de ingresos, debiendo unirse a otros empleos del mismo o distinto signo, como sucede con el trabajo marginal y también con el trabajo a tiempo parcial. El Seminario ha abordado además ciertos exponentes transnacionales de esos empleos, como el trabajo de los desplazados o, ya en el límite de la conexión, el de los trabajadores fronterizos.

Entre las diversas modalidades acabadas de mencionar existen, es cierto, grandes diferencias, pues, por decirlo así, proceden de los cuatro puntos cardinales del mercado de empleo. La mayor dificultad para un tratamiento conjunto la ha presentado el posicionamiento en dos niveles, pues hallar los rasgos comunes entre los atípicos transnacionales y los atípicos nacionales parece casi imposible... hasta que comienza el debate y se profundiza en los problemas de cada uno. Y es que, con una frecuencia cada vez mayor, unos y otros se superponen, de manera que es fácil encontrar que el trabajador desplazado a otro país lo hace por cuenta de una empresa de trabajo temporal, o que un teletrabajador rinde sus frutos a una empresa multinacional.

Pero puede hallarse una amplia serie de rasgos comunes, los cuales podemos resumir en los siguientes:

1. La atipicidad es con frecuencia de doble signo, jurídica y sociológica, pues no solamente vienen utilizadas las modalidades periféricas del contrato de trabajo, hasta llegar al empleo autónomo, sino que además las personas empleadas en tales trabajos son de ordinario mujeres, jóvenes, y migrantes, un fenómeno ya advertido desde los años sesenta, cuando se elaboraron las teorías sobre la dualidad del mercado de trabajo. La doble incidencia de lo atípico dejará en los debates un eco recurrente de los debates sobre la igualdad y no discriminación, como veremos después.

2. Aumentan significativamente todas y cada una de las modalidades señaladas, como puede observarse en los análisis de Berghman y Vlemincxk, al punto de que se advierte reiteradamente que ya no pueden considerarse atípicas sin más, y que bien podrían denominarse «otras modalidades típicas». De ninguna forma pueden ya marginarse por el legislador, el cual ha acometido la regulación de algunas de sus expresiones más relevantes, como hemos señalado al principio.

3. Se han creado en Europa en los últimos años más de diez millones de empleos por causa, tanto de la estabilidad económica, como por la flexibilidad y atipicidad. El debate sobre estas modalidades reconoce su papel en la creación de empleo, pero también ha señalado la propensión, si bien no necesariamente en todo caso, hacia la precariedad en las relaciones jurídicas que establece entre empresarios y trabajadores.

4. En la ambigua relación atipicidad-precariadad va abriéndose camino lo que con fortuna se han denominado nuevas atipicidades de los empleos atípicos.



En un número ya no desdeñable, los «desplazados con corbata de seda» —especialistas o ejecutivos que toman el avión el domingo para encaminarse a su empleo en otro país y vuelven en el mismo avión los viernes por la tarde—, traspasan la simplicidad del análisis inicial para llamarnos la atención de que hay fijos discontinuos de elevada retribución, o contratados por tiempo determinado de alto nivel. Es claro que por el momento conforman una minoría, aunque en progresión, lo cual permite alentar ciertas soluciones para su carrera de seguro atípica que ponderaremos más tarde.

5. Aunque pueda pasar desapercibido, existe otro rasgo común a las modalidades atípicas actuales, desde una perspectiva transnacional: inciden de la misma forma en todos los países, por lo que por vez primera podemos elucubrar sobre posibles soluciones idénticas o, cuanto menos, convergentes. Lo cual es claro cuando analizamos las Directivas sobre tiempo parcial y sobre empleo temporal, pero igualmente cabe decir de las otras figuras no convencionales. Contrasta lo antedicho con lo habitual en otras épocas, cuando Europa se dividía en dos bloques netamente diferenciados en punto a soluciones, la de los países que enviaban a esos trabajadores, y la de los que los recibían. Por ejemplo, hoy uno de los problemas existentes en el sector de la construcción en Alemania lo supone la dura competencia de los autónomos británicos desplazados a ese país, pese a que la jurisprudencia comunitaria comenzó a tener noticia del auge de los «post-ported workers» a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo sobre Rush Portuguesa, y la flexibilización de las formas de empleo ha afectado con similar virulencia a cada uno de los Estados miembro.

6. Los problemas del aseguramiento de los trabajadores inmersos en tales relaciones jurídicas atípicas son mal conocidos, tanto a nivel nacional como comunitario, ya que incluso se desconoce su fisiología o estructura adecuadamente. Algunas manifestaciones del tiempo parcial, los diversos componentes del trabajo marginal, las líneas divisorias entre trabajo autónomo, pseudoautónomo y subordinado, el propio ser del teletrabajo, son materias de debate muy actual, por lo que el tratamiento de Seguridad Social puede calificarse como elemental en algunos casos, y en otros como ausente.

7. Cabe afirmar, con las debidas precauciones, que los accidentes de trabajo inciden con mayor frecuencia en los empleos aquí considerados que en los empleos típicos, como se constata pacíficamente respecto a los trabajadores temporales o a los autónomos de la construcción —una figura en rápido crecimiento, por ejemplo en Reino Unido—. Por desgracia el tratamiento preventivo y de cobertura aseguradora no tiene en cuenta la evidencia sociológica, de manera que habremos de sugerir alguna solución al respecto más abajo.

8. La duplicación atípica mencionada poco antes, jurídica y sociológica, adquiere mayores complejidades en muchos casos en los que se superponen sobre el mismo sujeto dos o más supuestos jurídicos y/o sociológicos de atipicidad. No es raro encontrar a una mujer joven con un empleo temporal y a tiempo parcial, y/o que trabaja y reside en distintos países, con un ingrediente de tele-

trabajo cada vez mayor. El Seminario de Toledo encontró un paradigma en Domenikos Theotocopoulos, el pintor cretense que trabajó en la ciudad imperial entre el mecenazgo y el encargo.

9. Algunos países excluyen a las modalidades atípicas extremas (como el trabajo marginal de menos de quince horas a la semana, o los contratos de inserción o los de formación) de las ventajas de una cobertura aseguradora plena. En ciertos países se les excluye sin más, no teniendo más recurso que las pensiones no contributivas allí donde les alcanzan. En los debates al respecto ha quedado de relieve, paradójicamente, que semejantes exclusiones totales o parciales pueden constituir un incentivo para la no afiliación al sistema, de donde la financiación de la Seguridad Social puede sufrir una pérdida de ingresos no prevista por el legislador.

Habiendo encontrado algunos elementos comunes entre las modalidades atípicas de empleo, el paso siguiente consiste en analizar si caben también soluciones comunes a los problemas que se les plantean. Hasta el momento, las dos Directivas de Tiempo Parcial y de Trabajo Temporal han puesto en marcha respuestas bastante similares, como la información exhaustiva sobre las condiciones de empleo, el derecho al trato igual respecto al empleo típico, y una atención pronunciada en materia de salud y seguridad, por lo que es dable suponer que éstas u otras soluciones pudieran predicarse del conjunto de atipicidades.

El Seminario de Toledo constata, sin embargo, que el punto de partida en toda la cuestión ha de ser el inverso, es decir, que cada modalidad atípica requiere soluciones específicas, y únicamente cuando hayamos atendido a las peculiaridades de cada una, será factible pensar en las soluciones comunes. Un mismo rasero para tan diversos fenómenos llevaría a un resultado injusto, pues son tantos los elementos que unen como los que desunen a las formas de empleo no convencionales, de donde aplicarles el mismo rasero llevaría a las consecuencias indeseables del lecho de Procusto. Fenómenos desiguales requieren soluciones desiguales, o, en otros términos, soluciones propias. Ello es evidente cuando comparamos los debates en torno a las modalidades atípicas transfronterizas, que aluden, por ejemplo, a la aplicación de la *lex loci domicilii* en lugar de, o junto a, la *lex loci laboris*, mientras que en los fenómenos de atipicidad nacionales las reglas sustantivas hablan de límites numéricos, de intervención de la negociación colectiva, de fraude de ley.

Dicho lo cual, las aportaciones del Seminario de Toledo han puesto de relieve la viabilidad de algunas reglas comunes, tanto de carácter general, esto es, referidas tanto a las condiciones de empleo como de Seguridad Social, cuanto específicamente referidas a estas últimas.

Veamos a continuación las generales. Ciertas propuestas surgidas de uno de los niveles, nacional o comunitario, pueden coincidir mecánicamente con respuestas pertenecientes al otro, en el sentido de que, aun siendo distintas sus funciones, obtienen un mismo resultado. Tal sucede con la cobertura básica univer-

sal para todos los ciudadanos, con independencia de su situación laboral, una de las soluciones más ambiciosas defendidas por especialistas del ámbito comunitario, cuyas evidentes coincidencias con la renta mínima garantizada que existe o se prepara por la mayoría de los Estados miembros augura una solución en paralelo respecto al aseguramiento elemental de las personas que nos ocupan².

En otros casos pueden converger, al proponer las mismas herramientas en ambos niveles de intervención. Así, B. Schulte trae a colación el encendido debate sobre la ciudadanía europea, en la estela de las ideas de ciudadanía social de T. Marshall³, que permitiría pensar en la protección aseguradora de estos trabajadores como emanación de su condición de ciudadanos, algo que la mayor parte de las Constituciones nacionales reconocen también: ciudadanía europea y ciudadanía nacional vienen a actuar paralelamente en estos casos, e incluso la primera se apoya en la segunda, aunque desarrollen contenidos asimétricos. De igual manera se ha hablado de los derechos fundamentales como instrumentos de protección para estos empleos atípicos, o más bien como veneros de políticas de protección, constatándose que, de igual modo que las Constituciones de los Estados miembros proclaman elencos de tales derechos, algunos de ellos pueden verse también en el Tratado de Roma tras su reforma por el Tratado de Amsterdam, y han encontrado acomodo más amplio, aunque jurídicamente insuficiente, en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Un colectivo de trabajadores usuario habitual de estas modalidades atípicas, los migrantes, tendría cabida en la protección dispensada desde la segunda perspectiva, eso es, desde los derechos fundamentales, aunque no tanto desde la primera, la ciudadanía social.

Siguiendo especialmente el caso de los trabajos a tiempo parcial, subrayado con énfasis por H. Merino, los debates aceptan implícitamente la idea de que, pese a las referencias anteriores a los derechos fundamentales, probablemente otro de los rasgos comunes a las modalidades analizadas consista en que el más aplicado y presente de todos ellos, el de igualdad y no discriminación, tenga en estos ámbitos una mediana utilidad. Los tribunales, tanto el comunitario como los nacionales, rechazan con frecuencia su aplicación a los empleos atípicos, pues no en balde sus peculiaridades respecto al empleo típico permiten un trato diferenciado que en ocasiones lleva a soluciones de exclusión total o parcial. No otra postura vienen a adoptar las Directivas 97/81 y 99/70 cuando proclaman el derecho a la igualdad para los trabajadores a tiempo parcial y los de duración determinada..., para, a renglón seguido, ofrecer como alternativa al mismo el de proporcionalidad o *pro rata temporis*. Sin embargo, las dificultades en la aplicación del principio de igualdad quiebran de ordinario en presencia de una atipici-

² Con reminiscencias de la «Serpiente Social Europea» planteada en otro tiempo por M. DISPERSYN.

³ MARSHALL, T.H., *Sociology at the crossroad*, Londres, 1963. ACCORNERO, A. «Il lavoro come diritto e come cittadinanza». *Lavoro e Diritto* 4/1996, 725 ss.; ROMAGNOLI, U. «Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía», *Revista de Derecho Social* 9/2000, 9 ss.

dad reforzada, en concreto cuando por la vía de estos contratos aparece una discriminación de género, en cuyo caso los tribunales no dudan en condenarla, tanto en su formulación directa como indirecta.

Las propuestas específicas que cabe deducir de las intervenciones habidas en el Seminario de Toledo, en el concreto ámbito de la Seguridad Social de estos grupos, pueden ser expuestas en el siguiente decálogo:

1. La flexibilidad de las formas atípicas de empleo, clave indudable de su éxito en cuanto a la creación de puestos de trabajo, debe ir acompañada de su protección aseguradora, combinando ambos aspectos en la línea del pensamiento de la *flexicurity*⁴ que encuentra su formulación oficial en el Congreso Europeo de Dublín de 1996. La mayor precariedad contractual debe venir compensada por una mayor atención de las fórmulas de cobertura aseguradora, al objeto de lograr un equilibrio entre su función económica y su relieve social.

2. La mayor exposición a los riesgos profesionales en unos casos, o las mayores dificultades para un control adecuado de las medidas de prevención en otros, sugiere la conveniencia de aplicar con carácter universal a todas las modalidades atípicas dos instrumentos ya reconocidos por las Directivas europeas sobre trabajo temporal y a tiempo parcial: una información detallada sobre sus condiciones de empleo, por una parte, y una mayor atención a los aspectos formativos, en especial en materia de seguridad y salud, por otra.

3. Sería conveniente estudiar la posibilidad de bases de cotización o fórmulas de cotización distintas a las habituales para los trabajadores típicos, como por ejemplo una cuantía fija, el cálculo en función de remuneraciones percibidas o estimadas, por cantidades de productos manipulados, obtenidos o fabricados, o en razón de otras circunstancias⁵.

4. En este sentido, el Seminario de Toledo ha prestado gran atención al cálculo de las cotizaciones y prestaciones según el nivel de ingresos global del trabajador atípico, una fórmula que permitiría soslayar algunas de las dificultades advertidas en el perfeccionamiento del derecho a las prestaciones mayores cuando el cálculo se realiza por las horas, días o meses trabajados, con la consiguiente exigencia de períodos mínimos de carencia (cotización) calculados en meses o años. Una proporción no desdeñable de los empleos atípicos permite ingresos elevados en cortos períodos de tiempo, que podrían servir como punto de referencia para la cotización y el reconocimiento de derechos.

5. Otra fórmula que ha encontrado eco en los debates ha sido la de permitir al trabajador la elección de la cotización que haya de realizar, dentro de una

⁴ ZACHERT, U. «Flexicurity im Arbeitsrecht - eine schwierige Balance». *WSI Mitteilungen* 5/2000, págs. 283 ss.

⁵ Cfr. en este sentido el art. 8 del Reglamento General de Cotización y Liquidación de Otros Derechos de la Seguridad Social, RD. 2064/1995.

escala comprendida entre un máximo y un mínimo en función de los cálculos actuariales del Sistema, en apreciada forma a como se efectúa para los trabajadores autónomos en algún país.

6. En línea con lo anterior, la problemática y las soluciones que, en general, obtiene la cobertura aseguradora de los trabajadores autónomos, pueden servirnos de recordatorio sobre los tipos de problemas que pueden incidir sobre el conjunto de los empleos no convencionales: la forma de cotizar, los convenios especiales sobre complementos voluntarios de cotización, la posibilidad de optar por la cobertura de determinadas contingencias que no entren en un núcleo básico de protección, como puede ser el desempleo o la prestación económica por incapacidad temporal, son soluciones de amplia flexibilidad que debieran ponerse a disposición del conjunto de los trabajadores atípicos con la debida claridad y sencillez.

7. En cambio, las soluciones simples o radicales, como por ejemplo el abandono de la filosofía bismarckiana, de corte profesional o de seguro, para acoger la filosofía Beveridgeana, universal o de cobertura, o también la inflexión hacia un sistema de capitalización en perjuicio del sistema de reparto, no parece que resuelva los problemas concretos de estos grupos de trabajadores, los cuales sufren vacíos de protección y problemas financieros tanto en unos como en otros.

8. El desconocimiento de las fórmulas y regulaciones de los distintos Estados miembro sobre la Seguridad Social de los empleos atípicos debería ser atajado dando a conocer las buenas prácticas nacionales, dentro del método de cooperación abierta auspiciado por el Informe conjunto del Comité de Protección Social y el Comité de Política Económica sobre Objetivos y Métodos de Trabajo en el Ámbito de las Pensiones⁶.

9. La preocupación de los interlocutores sociales europeos por la regulación de los empleos atípicos —puesta de relieve en la suscripción de los Acuerdos Europeos que han servido de base para las Directivas sobre Trabajo a Tiempo Parcial y sobre Trabajo Temporal, y que actualmente gira en torno a un futuro Acuerdo sobre Teletrabajo—, permite sugerir la conveniencia de un «Acuerdo sobre las Diversas Formas de Trabajo Atípico» que sirviera de base para una futura Directiva que permitiera evitar las formas más radicales de discriminación en ellas, en aras de los artículos 2, 12, 13, 136, 137, 139 y 308 del Tratado de la Comunidad Europea.

10. A la Comisión Europea compete en todo caso la labor de ayudar a los Estados miembro a desarrollar sus propias estrategias nacionales para garantizar unas pensiones adecuadas y sostenibles a largo plazo, en base al art. 140 del Tratado de la Comunidad Europea.

⁶ Documento DGJ 14098/01 de la Comisión Europea.