

LOS NUEVOS PARADIGMAS EN LA RELACIÓN DE TRABAJO:

EL DILEMA HUMANIZACIÓN, FLEXIBILIDAD Y PRODUCCION. EL FUTURO DEL TRABAJO

María Luz Vega Ruiz , Consejera Especial para temas de Gobernanza en la Oficina Regional para Europa y Asia Central de la OIT (Organización Internacional del Trabajo)

Ya publicado en 2016

Resumen: El mundo del trabajo enfrenta rápidos cambios que cuestionan el modelo tradicional de relación de dependencia y contrato indefinido, imperante hasta los años 80. Las nuevas formas laborales presentan relaciones complejas trabajador/empleador de difícil definición jurídica y con límites importante en el ámbito de la protección. No cabe duda de que los gobiernos son conscientes de los retos y de cómo esta evolución puede afectar las instituciones laborales básicas y el futuro del trabajo. El desafío es hoy ampliar el enfoque del derecho del trabajo permitiendo incluir las formas atípicas o diferentes de relación laboral, revisando las actuales formas de protección de los trabajadores, respetando los derechos fundamentales para garantizar equidad laboral, así como mejorando su aplicación para evitar que el trabajo sea una mercancía.

I. Las tendencias del mercado de trabajo: el futuro o el fin de trabajo?

Es conocido que el trabajo es un hecho social con numerosas implicaciones a distintos niveles y por naturaleza cambiante. Durante más de dos siglos, el trabajo “hecho social”, se ha perfeñado como una expresión de la cultura, que intenta articular y valorar lo humano del fenómeno. No obstante, desde el siglo XIX, la visión predominante del trabajo es de carácter jurídico-económico, consecuencia del nacimiento de la sociedad industrial y de los problemas de clase.

Desde un óptica jurídica, el trabajo se ha contemplado desde la tutela y la protección, buscando el equilibrio en relaciones económicas de por sí desiguales. En efecto, la estructura económica existente generaba la necesidad de una regulación específica que abarcara actores y bienes protegidos muy diferentes a los de otras ramas del ordenamiento. El fin último era mantener la paz social, estableciendo un *statu quo* entre productividad/crecimiento económico y derechos considerados “estables” y permanentes, todo ello en un contexto político-social que se consolida con la creación del estado del bienestar (el derecho al trabajo, a la protección social, a la representación colectiva, etc.)

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta principios de la década de 1970, el fenómeno trabajo se definía en torno a la idea de empleo continuo, estable y a tiempo completo con un empleador identificable. Esa era la aspiración y el paradigma en el mundo laboral. Estabilidad y permanencia eran el *leit motiv* en el ámbito social, jurídico y económico (mucho más evidente en los países industrializados). Fue el periodo de consolidación de las políticas de protección social de los trabajadores, de los regímenes de seguridad social basados en el empleo, de las propuestas de fijación de salarios mínimos, del límite progresivo del tiempo de trabajo, así como el momento culminante de las relaciones colectivas y la libertad sindical. De hecho los convenios colectivos jugaron un papel central en el desarrollo de estas tendencias. En paralelo, durante los años de la posguerra se registró en todo el mundo un fuerte crecimiento de la producción y la productividad, y una mejora general del nivel de vida de los trabajadores y sus familias.

El modelo, sin embargo, siguiendo el curso y las transformaciones de la economía mundial, empieza en los setenta a afrontar cuestionamientos y profundas modificaciones, ligadas no sólo a crisis económicas sino al paralelo descenso en las tasas de afiliación sindical y la consecuente pérdida de influencia de la negociación colectiva. El tejido social se modifica no siendo ya el trabajador típico el empleado fabril o comercial, y ampliándose el número de trabajadores independientes. Al mismo tiempo del fenómeno de la llamada economía informal se incrementa de forma progresiva (*ver infra*)

A ello se suma que desde los ochenta, la llamada “globalización” ha modificado radicalmente el “ámbito” del mundo del trabajo. Actualmente, gran parte del comercio mundial se realiza entre compradores y proveedores mundiales,¹ lo que tiene repercusiones

¹ Véase, por ejemplo, Organización Mundial del Comercio e Instituto de Economías en Desarrollo/Organización de Comercio Exterior del Japón: Pautas del comercio y cadenas de valor mundiales en el caso de Asia Oriental: Del comercio de mercancías al comercio de tareas (Ginebra, 2011).

en el bienestar de los trabajadores y en el modelo tradicional del hecho trabajo.² La economía es transnacional y es difícil identificar a los distintos actores y establecer las garantías mínimas.

La digitalización y los avances tecnológicos, como la expansión de internet, han reducido las distancias físicas y temporales y han acelerado los cambios en la organización de la producción y del trabajo. El tiempo de trabajo se difumina combinando trabajo real y puesta a disposición.³

Desde esta perspectiva, es posible afirmar que dichos cambios han generado nuevas exigencias de flexibilidad en materia de producción y organización por parte de las empresas, cuestionando el hecho trabajo y consecuentemente el concepto jurídico tradicional de relación laboral. Numerosas nuevas modalidades de prestación de servicios se han generado en los últimos años como alternativa al contrato de trabajo tipo (de ahí la calificación de contratos atípicos o *non standard* en su versión inglesa), cobrando importancia en los mercados de trabajo de todo el mundo, y en sectores económicos específicos, en los que antes no existían.⁴ Por otro lado algunas forma de empleo atípico, por sus especiales características cuestionan la distinción tradicional entre empleo dependiente e independiente.⁵

En esta zona gris se encuentran las formas de prestación de servicios dentro de la llamada economía "gig"⁶, "economía "on demand" o "sharing economy", donde el trabajo y el ocio aparecen difícilmente distinguibles y la puesta a disposición sin horas fijas de actividad es la base del funcionamiento. Es un modelo de flexibilidad máximo donde predomina la idea de tarea en vez del concepto empleo/trabajo y dónde ni siquiera existe un objeto del contrato plenamente identificado.

Es evidente que el empleo (desde una perspectiva económica) es menos estable, seguro y previsible, y las trayectorias laborales no responden a una única línea de desarrollo, El fenómeno se ha multiplicado exponencialmente en los últimos años y el caso europeo es relevante al respecto. Según datos oficiales, la mayor parte de los trabajadores de la EU (80%) gozaban de contrato indefinidos en el 2010⁷. Sin embargo cinco años más tarde el informe de la OIT en 2015 sobre las formas atípicas de empleo⁸ demostró el incremento, la diversificación y existencia de este tipo de formas en algunos países de la UE. Así en Chipre, Grecia, Malta e Irlanda contaban entre 52% y 62% de contratos indefinidos, países

² En su 319.^a reunión (2013), el Consejo de Administración seleccionó el punto «Trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro» con vistas a debatirlo en una discusión general en la 105.^a reunión (2016) de la Conferencia Internacional del Trabajo.. Ginebra, 16-31 de octubre de 2013 . GB.319/INS/2

³ Bien sea por razones tecnológicas o comerciales o a causa de los sistemas de gestión, de las demandas de productos o servicios en otras zonas horarias, de las normas o de las presiones que soportan los trabajadores más vulnerables que necesitan el dinero de su actividad, para sobrevivir, la puesta a disposición sin límite de tiempo se ha convertido en una práctica habitual en algunos sectores

⁴ OIT: Informe de la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo, Ginebra, 16-19 de febrero de 2015. Protección de los trabajadores en un mundo del trabajo en transformación 78 ILC.104/VI

⁵ Véase G. Casale (ed.): The employment relationship: A comparative overview (OIT, Ginebra, 2011).

⁶ Caracterizado por su fugacidad y brevedad, el "gig", en inglés, es incluso más breve que el *minijob*. Término procedente del mundo de la música, que suele referirse a las actuaciones de pocas horas de un grupo musical, se traspasa al mundo laboral y a los trabajos esporádicos que se encuentran en los diferentes círculos del sistema económico. Uber es el modelo más conocido.

⁷ 5^a encuesta sobre condiciones de trabajo europea. Eurofound 2012. Publicaciones ofician de la EU Luxemburgo <http://www.eurofound.europa.eu/es/surveys/2010/fifth-european-working-conditions-survey-2010> (último acceso, 17 Febrero 2016)

⁸ OIT: Informe de la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo, op. cit

que igualmente cuenta con un importante proporción de trabajo no declarado (ver infra) , superior al 20%.

Junto al empuje de nuevas formas derivadas de los cambios tecnológicos y un cambio cultural drástico, la pobreza y la existencia de una creciente economía informal, aporta aún más heterogeneidad a los mercados de trabajo. En el año 2015, aproximadamente 327 millones de trabajadores vivían en situación de extrema pobreza (personas que viven con menos de 1,90\$ al día, en términos de paridad del poder adquisitivo) y 967 millones en situación de pobreza moderada o casi moderada (entre 1,90\$ y 5\$ al día en términos de paridad del poder adquisitivo). En cambio, el número de trabajadores en situación de pobreza moderada o casi moderada se ha incrementado desde el año 2000. Por último, datos provenientes de otras fuentes sugieren que la pobreza de los trabajadores está creciendo en Europa.⁹

En cuanto al empleo informal¹⁰ se estima que supera el 50 por ciento en la mitad de los países con datos comparables¹¹. En un tercio de estos países, afecta a más del 65 por ciento de los trabajadores. Dicho trabajadores se caracterizan por condiciones de trabajo precarias, inestabilidad, falta de protección y pobreza..Las relaciones laborales en dicho sector económico engloban todo tipo de forma jurídica desde el ambulante independiente, hasta el trabajo en pequeñas empresas formales. Una manifestación particular y de origen claramente “europeo” es el llamado trabajo no declarado¹², que engloba situaciones diversas de ilegalidad e incumplimiento, directamente relacionadas con el fraude de ley (en particular en materia de impagos a la seguridad social y tributarios, así como relaciones de trabajo disfrazadas) . Algunos caso como el trabajo a tiempo parcial fraudulento (utilizar contrato parcial disfrazando prestaciones de jornada completa) son algunas de las grandes preocupaciones del trabajo no declarado en Europa.

La migración laboral es hoy un elemento central a la hora de caracterizar el mundo del trabajo, ya que algunos países emplean mayoritariamente migrantes en algunos sectores, y en general estos presentan condiciones precarias Se estima que en 2013 había unos 232 millones de migrantes internacionales¹³ y en condiciones evidentes de desigualdad, donde el principio de igualdad de trato en el trabajo se ve vulnerado de forma evidente.

Por último es importante añadir a este panorama, el empleo subcontratado y en particular el ligado a las cadenas de suministro global. La OIT ha estimado que uno de cada cinco

⁹ Véase OIT: Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Tendencias 2016. Resumen. Ginebra. Pág 8

¹⁰ Desde esta perspectiva la economía informal abarca numerosos y diferentes grupos de trabajadores, empresas y empresarios cuyas actividades no están recogidas por la ley; esta no se aplica o no se cumple, o la propia ley no fomenta su cumplimiento por ser inadecuada, onerosa o con costos excesivos. En todo caso se trata de actividades lícitas y no delictivas en el sentido penal.

Cfr. Conclusiones sobre el trabajo decente y la economía informal, punto 3. OIT CIT, 90 reunión 2002, Ginebra, <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/rep-vi.pdf>

¹¹ OIT Perspectivas sociales. Op cit. Pag 24

¹² La Comunicación de la Comisión de 7 abril 1998 sobre el trabajo no declarado [COM(98) 219 final - no publicada en el Diario Oficial]. entiende por trabajo no declarado «cualquier actividad retribuida que es legal en cuanto a su naturaleza pero que no se declara a las autoridades públicas, si bien deben tenerse en cuenta las diferencias de los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Aplicando esta definición, quedarían excluidas las actividades delictivas y el trabajo cuya declaración no es obligatoria».

¹³ Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas: Population Facts núm. 2013/5, Septiembre de 2013

trabajadores está ocupado en cadenas de suministro en el mundo,¹⁴ con salarios inferiores al promedio (facturado por pieza) y tiempos de trabajo superiores.

En un contexto tan diverso, las diferentes formas de “empleo” descritas tienen en común un reto: la protección de los trabajadores en un contexto de igualdad de trato. En general todas estas formas presentan problemas a la hora de aplicar los beneficios correspondientes a la relación de trabajo “ordinaria”, no habiendo podido ser probado que su utilización sea una forma efectiva de garantizar la permanencia en el mercado de trabajo¹⁵. Enfrentar un fenómeno tan heterogéneo es extremadamente complejo y no existen recetas probadas que aporten soluciones definitivas, más aún en un mundo donde los actores sociales tradicionales han perdido peso real, el diálogo social se ha debilitado en números, y el concepto de vida y trabajo está en transformación radical. La gran cuestión de trasfondo es el futuro del trabajo.

En las páginas siguientes y desde una perspectiva esencialmente jurídica, nos proponemos analizar las tendencias, los conceptos y las diferentes políticas que se barajan o se aplican en la actualidad en relación a los cambios en el empleo, más como inspiración que como solución, así como los retos que se enfrentan en un mundo heterogéneo y en perpetuo cambio que afronta el futuro del trabajo con posiciones controvertidas, pero también a menudo esperanzadoras.

II. La relación laboral en un nuevo contexto: tendencias y retos jurídicos

1. La determinación de la relación laboral

Desde su origen, el derecho laboral ha tenido como objeto relaciones sociales productivas realizadas por el ser humano con un fin económico (fuera del ocio o la benevolencia), en situación de ajenidad (los frutos producidos son atribuidos a una persona distinta a la que presta la actividad) y libertad (no cabe trabajo forzoso). En términos económicos, el trabajo era considerado el resultado de una limitación al derecho de propiedad del empresario sobre los bienes producidos, garantizando límites al poder de la empresa a través del establecimiento de condiciones mínimas de desarrollo de la prestación, de la existencia de una remuneración y del establecimiento de una potestad de recurso o reclamación que permita reestablecer a la parte más débil en sus derechos. En cierta medida, la protección del trabajador ha tenido como límite la capacidad de resistencia de la economía, lo que implica intentar conciliar intereses, por naturaleza dispares.

Sin embargo en los últimos treinta años, las rápidas transformaciones de las formas de la prestación de servicios en el mundo laboral, mencionadas anteriormente, han cambiado esta perspectiva y no siempre han sido acompañadas de un sustento legal paralelo y de un marco legal suficiente. Es cierto, no obstante, que numerosas reformas legislativas han sido adoptadas, con diferente impacto, en varios países (en particular industrializados), intentando plasmar dichas modificaciones y garantizar mínimos de protección o, por el contrario, facilitar la flexibilidad de la legislación existente (acusada de rigidez). La discusión

¹⁴ OIT Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. El empleo en plena mutación 2015. Ginebra 2015. Capítulo 5

¹⁵ Broughton A, Biletta I, Kullander M European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions | Feb 2010. EF/10/10/EN <http://www.employment-studies.co.uk/resource/flexible-forms-work-%E2%80%98very-atypical%E2%80%99-contractual-arrangements>. (último acceso 17 de febrero 2016)

no ha sido ajena al derecho internacional, y la propia OIT ha prestado máxima atención al tema desde al menos 1997¹⁶, momento de la primera discusión sobre el trabajo en régimen de subcontratación, punto del orden del día de la 85ª reunión (1997) de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT).¹⁷

Como ya se ha mencionado, la mundialización, y por consiguiente la mayor competencia entre las empresas, las nuevas tecnologías y el crecimiento de la productividad, junto al declive del Estado del bienestar son un conjunto de factores que han modificado las estructuras básicas del derecho del trabajo y generado un nuevo debate que vas más allá a menudo de lo estrictamente jurídico.

Desde una óptica legal, una de las primeras consecuencias de los cambios, fruto de la descentralización de la producción, es la existencia superpuesta o en cadena de varios contratos civiles o la existencia de las llamadas empresas-red.¹⁸ Desde la óptica organizativa y de gestión, la contratación externa de la producción es una de las características de la sociedad moderna, desarrollándose a nivel nacional y transnacional.¹⁹ Sin embargo, las consecuencias para la legislación laboral son diversas ya que la empresa-red modifica de facto el estilo de vida de la clase trabajadora, rompiendo los moldes del tradicional modelo de relación laboral de los setenta de carácter unitario, subordinado y dependiente,²⁰ y superponiendo distintos contratos no siempre de trabajo que desbordan el universo conocido del ordenamiento laboral.

El nuevo concepto de relación de trabajo, ahora dividido en varios contratos civiles y en numerosas modalidades de contratación de diversa índole, no afecta *de iure* la uniformidad de los valores protectores e inmutables de la normativa laboral, aunque plantea nuevos retos y en particular que el trabajador pueda ser reducido una vez más a una mera mercancía, es decir a ser tomado o dejado en función,²¹ únicamente de las reglas del mercado.²²

El problema hoy es determinar la compleja variedad de situaciones que abarca el trabajo, así como las diferentes percepciones que presenta este fenómeno. Todo trabajo útil para la sociedad debe contar con una serie de derechos sociales que le permitan un estatuto

¹⁶ Desde los años 50 se ha estado solicitando a la OIT, principalmente por parte de los trabajadores, que tomase las acciones oportunas para proteger de forma adecuada la relación de trabajo. Véase Informe de la Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección (la relación de trabajo: ámbito personal). Documento técnico de base. OIT, Ginebra, 2000 (MEWNP/2000).

¹⁷ El arduo proceso de discusión culmina en el 2006 con la adopción de la Recomendación 198 sobre la relación de trabajo. En este contexto, la relación de trabajo se considera como la "noción jurídica con la que se hace referencia a la relación existente entre una persona, denominada "el empleado" o "el asalariado" (o, a menudo, "el trabajador") y otra persona, denominada "el empleador", a quien aquélla proporciona su trabajo bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración" Además aborda las relaciones de trabajo ambiguas o triangulares desde la perspectiva del principio de primacía de la realidad para la determinación de su existencia.

¹⁸ F. Valdés Dal-Ré: *La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa*, in Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica, N. 18, Septiembre 2001, Las Rozas (Madrid), La Ley-Actualidad, S.A., 2001, pág. 6.

¹⁹ U. Romagnoli: *Il patto per il lavoro: quale lavoro?* in Lavoro e diritto, Ancora sul lavoro autonomo, Anno XI, N. 3, Bologna, Il mulino, 1997, págs. 459-464.

²⁰ F. Valdés Dal-Ré, E. Casas Baamonde: *Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España*, in Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica, N. 1. 1989, Las Rozas (Madrid), La Ley-Actualidad, S.A., 1989, pág. 240.

²¹ Se trata del retorno al debate del Derecho romano sobre las diferencias entre el *locatio conductio operis* (o arrendamiento de obra) y el *locatio conductio operarum* (o arrendamiento de servicios),

²² J. M. Galiana Moreno: *Crisis del contrato de trabajo*, en la Revista de derecho social, N. 2, abril-junio 1998, Albacete, Ediciones Bomarzo, S.L., 1998, pág. 48.

jurídico y en los cuales figura preeminente la igualdad de trato como un punto de partida. No hay que olvidar que la igualdad es la piedra angular del sistema legal moderno y la base real del Estado de derecho. En este contexto, si bien la división entre trabajo dependiente e independiente sigue siendo válida, la multiplicación de situaciones intermedias la hace más imprecisa y requiere de que se relativice su alcance.

La división puede aún considerarse válida porque la dependencia es parte real de la estructura del mercado de trabajo y la necesidad de equilibrar la relación (que dio lugar al derecho del trabajo) sigue estando presente. No obstante no podemos olvidar que los fines del derecho del trabajo no se circunscriben únicamente a compensar el desequilibrio, sino también a garantizar la seguridad del trabajador, tanto física como económica. En este sentido, si bien el derecho del trabajo sigue ocupándose centralmente del trabajador dependiente, eso sí en todas sus nuevas “variedades”, se considera necesario que este mismo ordenamiento dote de protección y seguridad a aquéllos que sin ser dependiente en sentido jurídico estricto están en una situación de dependencia económica en el mercado.

Dicho esto y desde el punto de vista del ordenamiento laboral, el problema de base para garantizar dichos fines es determinar en este entramado de contratos y relaciones, la existencia de una verdadera relación laboral, considerada desde el precepto de la primacía de la realidad, como promueve la Recomendación 198 de la OIT, es decir definir y caracterizar la forma en la que prestación se realiza y no el mero acuerdo formal suscrito que puede ser opuesto a la realidad de la prestación.

En muchos países, la legislación cuenta con una definición del contrato de trabajo, especificando con detalle los contenidos mínimos y las condiciones que lo distingue de otros tipos contractuales; en otros países, con normativa menos específica, la determinación de la relación de trabajo corresponde en gran manera a las decisiones judiciales (es unánime la decisión de que la justicia es el único órgano competente para determinar la existencia de una relación, sin perjuicio de ciertos poderes de la inspecciones de sancionar el fraude de ley) .

La descripción de las condiciones que determinan si un trabajo constituye una relación de trabajo son muy diferentes de un país a otro. En este sentido, los términos más utilizados son “dependencia”, “subordinación”, “supervisión”, “dirección”, “control”, “autoridad” del empleador, o las “órdenes” o “instrucciones” del empleador o por “cuenta del empleador”. Algunos sistemas jurídicos utilizan los términos “subordinación” y “dependencia” como alternativas o conjuntamente, con distintos significados o como sinónimos. Algunas veces, la ley asigna diferentes significados a cada término, acompañándolo de un calificativo distinto, por ejemplo “subordinación legal” y “dependencia económica”. La “subordinación legal” define el hecho de que el empleador o su representante, dirigen o es probable que dirijan la realización del trabajo. Se considera “dependencia económica” cuando la suma recibida por el trabajador constituye su única fuente de ingresos, siendo la cantidad abonada por una persona o empresa en función de la actividad laboral realizada, y/o cuando el trabajador no es independiente económicamente y está vinculado económicamente a la esfera de actividad en la que opera la persona o empresa que puede ser considerada como empleador.

En este sentido, algunas legislaciones definen el contrato de trabajo y la relación de trabajo, entendido éste último como el hecho de realizar un servicio, con independencia de la naturaleza del acuerdo bajo el que se realizado, situando, así, el contrato de trabajo en el contexto más amplio de la relación de trabajo.

En otras legislaciones, el contrato de trabajo se describe simplemente como el suscrito entre un empleador y un empleado, sin hacer referencia a sus condiciones. En este caso, la legislación suele contar con otras disposiciones complementarias que dan una idea clara de las circunstancias que vinculan a las partes (por ejemplo, las disposiciones que rigen las obligaciones de un trabajador a menudo incluyen la obligación de respetar las órdenes e instrucciones del empleador).

Un aspecto importante cada vez más barajado en la jurisprudencia para poder considerar una relación “laboral” es la existencia una relación jerárquica de poder, incluso mínima. El poder jerárquico permite moldear y dirigir las actividades de los empleados según los objetivos y exigencias de las empresas, sin necesidad de contar con su consentimiento, mientras que en otro tipo de contratos, se requiere el acuerdo de la otra parte. Recíprocamente, el empleado tiene el deber de realizar sus actividades de forma continuada, leal y diligente.

Es importante señalar que el poder jerárquico no hace sólo referencia a la capacidad de asignar tareas y dar órdenes a los empleados, lo que equivale básicamente al poder de dirección. En efecto el poder jerárquico implica igualmente, el poder de control (que otorga la posibilidad a los empleadores de controlar la realización del trabajo, y eventualmente de corregirlo si fuera necesario, recurriendo asimismo al poder de dirección) y el poder disciplinario. Este concepto es quizás más preciso que el clásico de la subordinación

Además de la identificación de la relación de trabajo, algunos sistemas jurídicos describen situaciones potencialmente ambiguas o controvertidas como relaciones laborales, en general o bajo ciertas condiciones, a veces a través de presunciones, que prevalecen salvo prueba en contrario (por ejemplo, los atletas profesionales y los artistas, los modelos, los periodistas profesionales, los representantes de ventas, los agentes de viajes, los agentes de seguros, promotores y algunos trabajadores de los transportes públicos, como conductores, operarios, etc.). En otros casos, la norma específica si un determinado tipo de prestación en función de sus circunstancias dá o no lugar a un contrato de trabajo, es por ejemplo en algunos países, en el caso del trabajo a domicilio continuo (laboral) u esporádico (independiente)

En este contexto, un tema espinoso en la determinación de la relación de trabajo es la carga de la prueba, normalmente por cuenta del demandante, en particular si es el trabajador y por tanto la parte más débil en el contrato. Es por ello, que la legislación de numerosos países prevé ciertas medidas para atenuar, para los trabajadores de que se trate, la responsabilidad de probar que entre él y el empleador existe una relación laboral. En efecto, normalmente la legislación dispone, de forma expresa, que la relación de trabajo debe ser probada por uno de los medios habituales, o por cualquier otro medio autorizado por la ley. Cuando la legislación exige que el contrato sea por escrito o que se documente por escrito la existencia y las características de la prestación, se obliga indirectamente al empleador a informar a los trabajadores de las condiciones aplicables. El incumplimiento de esta

obligación puede dar lugar a que el trabajador se cuestione su propio estatus de empleado. Por el contrario, disponer de dicha información por escrito facilita la prueba por parte del trabajador.

Con el mismo objetivo de facilitar la carga de la prueba, algunas legislaciones presumen la existencia de la relación de trabajo, ya sea por causas “sustantivas” (cuando se dan algunas condiciones tasadas en la ley) o “de procedimiento”. (si existen determinados indicios, la relación será considerada relación de trabajo, salvo que el empleador pruebe lo contrario, o resulte evidente que las partes han conformado otro tipo de contrato).

Más allá de los muy complejos problemas relativos a la determinación de la relación laboral, las prácticas de trabajo no declarado plantean igualmente interesantes interrogantes en torno a las condiciones de trabajo y el contrato. Con frecuencia el trabajo no declarado conlleva evasiones de las obligaciones parciales (el llamado trabajo gris donde sólo se declara una parte de la relación) De hecho uno de los problemas más evidente es el fraude en mercados de trabajo de alta temporalidad, con utilización de otras formas contrato (laborales o civiles) con el fin de evadir la normativa. El trabajo no declarado, no es simple y llanamente falta de registro sino situaciones de contrato esporádico o tiempo parcial en caso de prestación laboral continuada.

Es importante señalar que a pesar del desfase normativo (en relación a las modificaciones reales), en algunos países existen leyes relativamente protectoras, pero el problema lo constituye su incumplimiento (total o parcial). En este marco también se encuentra aquellas situaciones en las que el marco normativo no se considera un proveedor de protección básica ni un instrumento para crear unas condiciones igualitarias, sino un obstáculo a la creación de empleo y un factor que contribuye a la extensión de la informalidad al generar una cultura perniciosa de incumplimiento.

Determinar los motivos de estas situaciones de ilegalidad resulta complejo ya que surgen de la confluencia de varios factores: incremento de la intermediación, tráfico de seres humanos y emigración, etc... pero sin duda esta situación puede agravarse por la inexistencia de una institucionalidad y medio de control que permitan atajar el fenómeno en la parte más evidente. Las ilegalidades sociales ²³ se concentran en torno a:

- la falta de registro (y por tanto de existencia) de las empresas y de formalidades de contratación
- la falta de cumplimiento de las obligaciones de seguridad social
- la insuficiencia de medios y procedimientos de control efectivos y planificados , lo que pasa por la existencia de una sólida administración de trabajo y una inspección de trabajo eficaz

En resumen es posible concluir que la variedad nacional de soluciones es amplia y heterogénea, lo que plantea una nueva dificultad: determinar puntos de acción común y estrategias validas par formular nuevas políticas eficaces para afrontar los nuevos retos.

2. La relación de trabajo en la perspectiva internacional

²³ Nos referimos a ilegalidad laboral y no actividades criminales en principio

La globalización del mundo laboral no sólo implica la modificación de la orientación nacional a la hora de concebir y aplicar el derecho de trabajo. La doctrina también se mundializa afrontando el fenómeno de forma “global”. No obstante las dificultades de diversidad nacional señaladas, varios estudios internacionales han abordado la transformaciones de la relación de trabajo y presentan recomendaciones sobre los desafíos a los que se enfrenta el derecho del trabajo moderno y el camino a seguir, y en concreto respecto a la relación de trabajo.²⁴

The Commission on the Future of Worker-Management Relations (que adoptó el nombre de su presidente, antiguo Secretario de Trabajo de USA, John T. Dunlop, y se constituyó el 24 de marzo de 1993:²⁵) señaló numerosos aspectos y recomendaciones sobre la relación de trabajo. Reconoció que el lugar de trabajo de la América del presente siglo necesitaba disponer de mayor flexibilidad para poder adaptarse a las condiciones del mercado en plena transformación²⁶ y sugerir la forma en que el trabajo contingente²⁷ podría ser evaluado de forma eficaz. Considerando que “se pueden introducir acuerdos contingentes simplemente con la idea de reducir la compensación pagada por la empresa por la misma cantidad y valor del trabajo, lo que da lugar a algunas preguntas serias de carácter social”,²⁸ y que “el gobierno federal pierde miles de millones de dólares de impuestos máximos por trabajadores clasificados erróneamente como contratistas independientes”,²⁹ la Comisión adoptó una evaluación bidireccional del tema—reforma de la definición legal de empleador y empleado – destacando que³⁰ las definiciones de empleado y empleador no son claras en América como consecuencia de distintos conceptos previstos en sus leyes y reglamentos.

En sus conclusiones, la Comisión Dunlop propuso entonces la mejora de la regulación para reducir a un simple estatuto laboral la definición de empleador y empleado. Además, recomendó que la existencia de una relación de trabajo se basara en la dependencia económica y no en si se realiza o no, un control inmediato sobre el empleado.³¹ Considerando los procedimientos administrativos de aplicación de las normas relativas al empleo, la Comisión recomendó al Departamento de Trabajo de los Estados Unidos que proporcionara directrices claras a los trabajadores y empleadores con el fin de facilitar el cumplimiento de la ley.³² La principal contribución de la Comisión Dunlop respecto a la relación de trabajo fue su firme demostración de la relación entre los acuerdos laborales encubiertos y la evasión fiscal, por lo que recomendó que una autoridad tributaria estuviese a cargo del control de la eventual clasificación errónea de la relación de trabajo, junto con la reforma legislativa.

²⁴ Algunos estudios de la OIT afrontan de forma transversal esta problemática. Todos ellos se encuentran citados en el presente artículo como referencias

²⁵ Commission on the Future of Worker-Management Relations, U.S. “The Dunlop Commission on the Future of Worker-Management Relations - Final Report” (1994), Federal Publications, Paper 2, pág. 3. Véase: http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=key_workplace

²⁶ *Ibid*, pág. 13.

²⁷ La Comisión Dunlop se refiere al trabajo contingente como el recurso a contratistas independientes y a medio tiempo, temporales, de temporada o trabajadores arrendados. Véase Commission on the Future of Worker-Management Relations, U.S., “The Dunlop Commission on the Future of Worker-Management Relations - Final Report” (1994), Federal Publications, Paper 2, pág. 61.

²⁸ *Ibid*, pág. 61.

²⁹ *Ibid*, pág. 62.

³⁰ *Ibid*, pág. 63.

³¹ *Ibid*, pág. 66.

³² *Ibid*, pág. 81.

Posteriormente, el Informe Supiot, publicado en 1998 bajo el encargo de la Comisión europea, constituyó una de las evaluaciones más completas sobre las tendencias de la relación de trabajo en Europa, en un mercado mundializado.³³

El informe final trataba de temas como la relación entre el trabajo y el poder privado, el trabajo y la situación laboral, el trabajo y el período laboral, el trabajo y la organización colectiva, y el trabajo y las autoridades públicas. Una de las principales conclusiones presentadas por la comisión fue una ligera tendencia a la dispersión en el entorno laboral representado por el fin del modelo fordista originado, principalmente,³⁴ por el desarrollo del trabajo por cuenta propia en contraposición al trabajo asalariado; la evolución del principio de subordinación que define la naturaleza del contrato de trabajo; y la contratación externa del trabajo o la subcontratación a empresas económicamente dependientes.

Constando el incremento de redes de empresas y los cambios en el concepto de subordinación³⁵, el informe sienta las bases para el reconocimiento de una tercera categoría de relación de trabajo: la del trabajador por cuenta propia económicamente dependiente que no es ni un empleado clásico ni un empresario.³⁶ Algunos sistemas jurídicos europeos ya han contemplado la existencia de esta categoría mediante la regulación de su actividad.³⁷ Es el caso por ejemplo de Italia (*lavoratore parasubordinato*), Alemania (*arbeitsnehmerähnliche Personen*)³⁸ o España (trabajador autónomo económicamente dependiente).

El Informe Supiot, sustituye “el concepto legal de subordinación por el de integración en la compañía de otro”³⁹ lo que permite considerar un gran número de trabajos como remunerados y además, y al ser más adaptable cubre nuevas formas de organización de trabajo.⁴⁰

En el nuevo siglo, la Unión Europea (UE) preparó en 2006, el Libro Verde – modernización de la legislación laboral para abordar los desafíos del siglo XXI, y cuyo objetivo era lanzar “un debate público en la UE sobre la manera en que puede evolucionar la legislación laboral para cumplir con el objetivo de la Estrategia de Lisboa de lograr un crecimiento sostenido con más y mejores trabajos.”⁴¹ El informe reconoce que la búsqueda de flexibilidad en el

³³ A. Supiot (general rapporteur): *Transformation of labour and future of Labour law in Europe*, Informe final, junio de 1998, pág. 1.

³⁴ *Ibid*, pág. 9.

³⁵ La Comisión indicó que la noción legal de subordinación “ya no se define sólo en términos de sumisión a ciertas órdenes para la realización de un trabajo, sino que se produce la integración del trabajador en un esquema de organización colectivo designado por y para otros,” y prestó particular atención al método de “fijación de indicadores” (*méthode du faisceau d’indices*) como un instrumento de la legislación laboral para establecer la existencia de una relación de trabajo a diferencia de otras figuras legales. El método resulta particularmente práctico para las relaciones encubiertas y ambivalentes, ya que no se basa únicamente en la evidencia y la prueba, sino también en una serie de indicadores que pueden ayudar a aclarar la verdadera naturaleza de la conexión establecida.

³⁶ *Ibid*, pág. 13.

³⁷ A. Perulli: *Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries*, in G. Casale (Ed.): *The employment relationship. A comparative overview*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2011, págs. 137-188.

³⁸ *Ibid*, págs. 82-85.

³⁹ *Ibid*, pág. 18.

⁴⁰ *Ibid*, pág. 25.

⁴¹ Comisión de la Comunidad Europea. Libro Verde – modernización de la legislación laboral para abordar los desafíos del siglo XXI (*Green Paper. Modernizing Labour law to meet the challenges of the 21st Century*), Bruselas, 22 de noviembre de 2006, COM (2006) 708 final, pág. 3.

mercado laboral “ha dado lugar a tipos contractuales cada vez más variados, que pueden ser muy diferentes del modelo contractual tradicional, en términos del nivel de seguridad en el trabajo y en los ingresos,”⁴² lo que facilita a la UE el fomento de políticas de flexibilidad en toda la Unión.

El Libro Verde, más que mostrar cualquier novedad en relación a la tipificación del tema, incidió en la necesidad de coordinación. Para la Comisión “. La relación de trabajo ha sido sinónimo de una amplia protección para el trabajador durante el siglo pasado. Otras formas de empleo⁴³ cuentan también con el potencial de garantizar la protección social adecuada que exigen algunos tipos de actividades, sin embargo, únicamente la relación de trabajo proporciona al empleado todos los medios necesarios para lograr el trabajo decente, al mismo tiempo que ofrece a la empresa trabajo productivo que le permita cumplir con los objetivos corporativos.

III. Protección de los “nuevos trabajadores”: tendencias y retos

Como se ha mencionado, la determinación de la existencia de la relación de trabajo tiene importantes consecuencias en los derechos y beneficios otorgados y su definición afecta directamente a los niveles de protección de los trabajadores, hecho que va más allá de la definición de trabajo dependiente o autónomo, y revela, a su vez, numerosas modalidades de evasión y posible fraude.

De forma general en los últimos treinta años se han producido importantes avances en la regulación de la protección de los trabajadores, en particular por lo que respecta a la seguridad y salud en el trabajo y la protección de la maternidad, pero también en relación con otras condiciones de trabajo como los salarios mínimos y el tiempo de trabajo. No obstante es difícil determinar en que medida dichas reformas han tenido un impacto real en un mundo del trabajo heterogéneo y en períodos de crecimiento y de estancamiento económico, más aún con la existencia de nuevas relaciones laborales que complican aún más el panorama práctico. Además, en algunas regiones como en Europa, la liberación económica laboral se han mantenido como axioma en algunos sectores y el debate sobre los costos laborales, sigue orientado muchas de las políticas laborales y generando prácticas que llega a afectar la protección mínima establecida por ley. Casos como el de Grecia desde 2012 son simple ejemplo de los efectos de la crisis en la legislación y las políticas laborales, y en la reducción progresiva de los beneficios sociales otorgados hasta el momento.

Junto a ello la tendencia al incremento del trabajo informal y no declarado aumenta los “vacíos” de protección, generando un panorama social confuso con importantes repercusiones sociales.

⁴² *Ibid*, pág. 3.

⁴³ Aquí se refiere al trabajo autónomo o cuasi autónomo.

1. Los déficits de las condiciones de trabajo⁴⁴

Durante los decenios de 1980 y 1990 los debates sobre la flexibilidad laboral y la percepción de que los salarios mínimos y otras políticas de protección de los trabajadores contribuían al desempleo y a la informalidad hicieron que el salario mínimo perdiera importancia como mecanismo de protección de los trabajadores.⁴⁵ La disminución de la afiliación sindical y la cobertura de la negociación colectiva, las presiones generadas por el proceso de globalización y los mercados financieros y la aparición de nuevas tecnologías debilitaron la capacidad de los trabajadores para negociar salarios más altos.

No obstante en los últimos diez años el número de países que han utilizado el salario mínimo como instrumento de política laboral se ha incrementado, debido en parte a la aparición de datos empíricos que demuestran que, cuando se diseña y aplica correctamente, ayuda a proteger a los trabajadores y tiene escaso impacto en el empleo y la inflación⁴⁶. De hecho, países como el Reino Unido, Irlanda y Alemania han introducido un salario mínimo nacional (respectivamente en 1999, 2000 y en enero de 2015).

No obstante el salario mínimo es simplemente una medida parcial ya se aplica únicamente a los empleados asalariados, y no rige para los trabajadores independientes. Además el tipo de salario mínimo establecido conduce con frecuencia a no favorecer a los trabajadores asalariados vulnerables (olvidados también en las negociaciones colectivas sobre el tema) como en el caso de los trabajadores domésticos, los trabajadores familiares, los jóvenes, los aprendices, los trabajadores con discapacidad, los trabajadores de las zonas francas industriales, los trabajadores agrícolas y los trabajadores de las micro y pequeñas empresas, a menudo excluidos de iure o de facto de la legislación. Por otro lado el nivel de incumplimiento y fraude es muy elevado en particular considerando los niveles de trabajo no declarado

Más allá de la falta de cobertura, el tema del cumplimiento merece atención especial ya que demuestra que la desprotección abarca numerosos trabajadores por diversas vías. Un artículo reciente de la Revista Internacional del Trabajo de la OIT muestra que en 11 países de los analizados, un tercio de los 326 millones de asalariados cubiertos por la legislación recibe una remuneración inferior al mínimo legal, denotando un importante grado de incumplimiento. Por otra parte, en nueve de estos países, el salario medio de las mujeres con salarios inferiores al mínimo establecido es inferior al de los hombres, lo cual agrava el incumplimiento de la reglamentación a través de la discriminación. Esta situación también

⁴⁴ Para este capítulo se ha utilizado como referencia el informe de la OIT recurrente sobre protección social ya mencionado, inspirándose la autora en sus postulados y referencias.

⁴⁵ Véase OCDE: *The OECD Jobs Study: Facts, Analysis, Strategies* (París, OCDE, 1994), y Banco Mundial: *Informe sobre el desarrollo mundial 1995: El mundo del trabajo en una economía integrada* (Washington, D.C., Banco Mundial, 1995)

⁴⁶ Para un examen reciente de los estudios sobre los efectos del salario mínimo en el empleo en los Estados Unidos y otras economías adelantadas, véase D. Belman y P. Wolfson: *What does the minimum wage do?* (Upjohn Institute, 2014). Para un examen más general, véase U. Rani y P. Belsler: «Minimum wages and inequality», en J. Berg (ed.): *Labour markets, institutions and inequality: Building just societies in the 21st century* (OIT y E. Elgar, 2015).

se observa en el caso de las minorías étnicas y raciales y de los trabajadores informales.⁴⁷ Según estimaciones recientes, en los Estados Unidos el incumplimiento afecta aproximadamente entre el 3,5 y el 6,5 por ciento de todos los trabajadores asalariados de los estados de Nueva York y California que están cubiertos por el salario mínimo, lo que representa para éstos una pérdida semanal de ingresos de aproximadamente 48,8 millones de dólares de los Estados Unidos.⁴⁸

Otras condiciones de trabajo se ven igualmente afectadas por la existencia del “nuevo mundo laboral”. Es cierto que la legislación ha seguido impulsando la limitación de las horas de trabajo anuales y que el número de horas por trabajador y por año ha pasado de un promedio de 2 500-3 000 a principios del siglo XX a menos de 2 000 en el año 2000.⁴⁹ En algunos países, como Alemania, Francia y Países Bajos, el promedio de horas anuales es muy inferior, de unas 1 500 horas, en parte debido al aumento del trabajo a tiempo parcial y temporal y a la legislación relativa a las vacaciones anuales.⁵⁰ La limitación de las horas de trabajo es un elemento importante de la salud y la vida de los trabajadores, siendo una conquista fundamental del llamado estado social. De hecho, la mayor parte de los países fijan un límite de horas semanales que en muchos de los casos suele coincidir con las 40 horas semanales promovidas por la OIT.⁵¹

Ahora bien, los promedios de las horas de trabajo ocultan importantes diferencias entre los trabajadores, siendo el tiempo de trabajo un importante foco de discriminación y fraude. Los bajos salarios provocan la realización de horas extraordinarias pagadas insuficientemente y no declaradas, y el tiempo parcial (*ver infra*) encierra frecuentemente problemas de declaración insuficiente, lo que se ha dado en llamar la economía gris (declarado como tiempo parcial el tiempo completo). Además muchos de los trabajadores independientes⁵² no se rigen por la legislación del horario de trabajo y suelen dedicar largas horas a trabajar para obtener ingresos suficientes. Podemos por tanto afirmar que si bien existe una reglamentación en el tema, no todos los trabajadores se benefician de estas protecciones, ya sea porque son trabajadores independientes y, por tanto, están excluidos del alcance de la legislación laboral, o porque forman parte de una categoría profesional que en ocasiones está eximida del cumplimiento de la legislación, o porque trabajan en modalidades de empleo informal o formal en las que no se cumple la legislación. Los trabajadores que a menudo quedan excluidos del campo de aplicación son, entre otros, los trabajadores

⁴⁷ Véase U. Rani et al.: «Cumplimiento y cobertura del salario mínimo en países en desarrollo», en Revista Internacional del Trabajo, op.cit., págs. 436-437

⁴⁸ Véase Eastern Research Group: The social and economic effects of wage violations: Estimates for California and New York, informe final preparado para el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos, diciembre de 2014.

⁴⁹ OIT: Protección de los trabajadores en un mundo del trabajo en transformación. Discusión recurrente sobre el objetivo estratégico de la protección social (protección de los trabajadores) Conferencia Internacional del Trabajo, 104.ª reunión, 2015. Ginebra, págs. 14-17

⁵⁰ OIT: El tiempo de trabajo en el siglo XX, informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo, Ginebra, 17 a 21 de octubre de 2011

⁵¹ En cifras reales, el número de horas de trabajo oscila entre promedios semanales de 32 horas en los Países Bajos, 34 en Australia y 36 en Suecia, en los niveles más bajos, y 45 en el Perú, 47 en China y 49,2 en Arabia Saudita. El promedio de horas semanales de trabajo remunerado es más alto para los hombres que para las mujeres en casi todos los países, lo que refleja la división del trabajo por género en muchos hogares. El promedio de horas de trabajo semanales en los distintos sectores varía considerablemente de un país a otro; las cifras más altas suelen registrarse en los sectores de los servicios hoteleros y de restauración y los sectores del transporte y el almacenamiento, y las más bajas, en la educación, la administración pública y la defensa.

⁵² En Europa, aunque la proporción de asalariados con horarios prolongados es baja, en algunos países, como Francia y Suecia, los trabajadores independientes tienen una probabilidad seis veces mayor que los asalariados de trabajar jornadas laborales muy extensas.

familiares, los trabajadores intermitentes, los trabajadores agrícolas, y los trabajadores domésticos (exclusiones que coinciden con las ya mencionadas en materia de salarios). Otra categoría profesional frecuentemente excluida es la de los asalariados con «responsabilidades de gestión», aunque algunos países también especifican umbrales de ingresos para su aplicación a fin de evitar que los empleadores incluyan en ella a trabajadores que desempeñan tareas rutinarias de supervisión como en el caso de Estados Unidos, Francia, Japón, Singapur, o Suecia.

No obstante el riesgo de exclusiones ya mencionado, es importante indicar que fórmulas como el trabajo a tiempo parcial pueden ser beneficiosas para integrar en el mercado de trabajo a trabajadores que de otro modo no trabajarían, y para retener a aquéllos que no pueden trabajar a tiempo completo. A fin de evitar un trato injusto a los trabajadores a tiempo parcial, los países han adoptado medidas para promover un trabajo a tiempo parcial de calidad y, a tal efecto, han aprobado legislación sobre igualdad de trato ⁵³, legislación que permite a los trabajadores pasar de tiempo parcial a tiempo completo y viceversa ⁵⁴ .. En los Países Bajos, la Ley de Igualdad de Trato (Horas de Trabajo) de 1996 prohíbe diferencias de trato en función del número de horas trabajadas para diversos aspectos de la relación de trabajo ⁵⁵. Además la Ley de Ajuste de las Horas de Trabajo de 2000, permite a los asalariados, con arreglo a ciertas condiciones, modificar la ordenación del tiempo de trabajo con su empleador actual, lo que pretende alentar a los hombres a que opten por trabajar a tiempo parcial, si lo desean, por lo que es importante para promover la igualdad de género.⁵⁶

Otra dirección política importante para promover la reforma del trabajo a tiempo parcial consiste en reforzar los derechos de los trabajadores para que puedan solicitar modificaciones en sus horas de trabajo y, en particular, pasar de nuevo del trabajo a tiempo parcial al trabajo a tiempo completo después de haber pasado de un horario a tiempo completo a tiempo parcial — el denominado problema de la «reversibilidad»⁵⁷. Así, la legislación nacional de Alemania, Francia, Países Bajos y Polonia consagra el derecho de «reversión al tiempo completo» de aquellos asalariados que han pasado de trabajar de tiempo completo a tiempo parcial en la misma empresa.

Por último y dentro de la promoción al trabajo a tiempo parcial de calidad se encuentra el establecimiento de umbrales mínimos para las horas de trabajo. En junio de 2013, Francia aprobó la Ley de Reforma Laboral, en virtud de la cual se modificó significativamente la ordenación del trabajo a tiempo parcial al establecer, en principio, un mínimo de 24 horas de trabajo semanales. La ley estipula que deben iniciarse negociaciones sobre la organización del trabajo a tiempo parcial cuando por lo menos un tercio de la mano de obra del sector en

⁵³ En virtud de la legislación sobre igualdad de trato, los trabajadores a tiempo parcial disfrutan de los mismos derechos y prestaciones que los trabajadores a tiempo completo en puestos de trabajo comparables, aunque de forma prorrateada.

⁵⁴ El principio de igualdad de trato es un componente esencial del Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm. 175), así como de la directiva 97/81/CE del Consejo de la Unión Europea, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. Véase asimismo C. Fagan et al.: *In search of good quality part-time employment* (Ginebra, OIT, Serie Condiciones de Trabajo y Empleo núm. 43, 2013).

⁵⁵ J. Visser et al.: «The Netherlands: From atypicality to typicality», en S. Sciarra, P. Davies y M. Freedland (eds.): *Employment Policy and the Regulation of Part-Time Work in the European Union: A Comparative Analysis* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2004).

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Esta política facilita la reincorporación de los padres a la fuerza de trabajo remunerada después de una licencia de maternidad y paternidad, y contribuye a evitar la «trampa del tiempo parcial»

cuestión esté contratado a tiempo parcial. Se permiten excepciones con arreglo a condiciones muy estrictas, bien a petición del asalariado, bien en virtud de un convenio colectivo.

Otros dos importantes desafíos relativos al tiempo de trabajo son los contratos que incluyen horarios variables e impredecibles, en particular los trabajos a pedido («on-call»)⁵⁸, así como los problemas derivados del uso de las tecnologías de la información y su inevitable interferencia en el ámbito privado del trabajador.

El trabajo a pedido se caracteriza porque la falta de antelación sobre el horario previsto, las grandes fluctuaciones de las horas de trabajo y la falta de consulta a los trabajadores sobre dicho horario.⁵⁹

En otros países, los horarios impredecibles pueden revestir la forma de los ya mencionados «contratos de cero horas» en el Reino Unido, «trabajo a pedido» (Arbeit auf Abruf) en Alemania, y distintas modalidades de «empleos ocasionales» en Australia. Los contratos de cero horas han recibido una atención considerable por parte de los medios de comunicación en el Reino Unido y fueron objeto de una consulta nacional, celebrada en diciembre de 2013. Dado que no existe una definición oficial, los contratos de cero horas pueden describirse como acuerdos por los que «las personas aceptan estar disponibles para trabajar según sea necesario y sin que se les garanticen un número de horas de trabajo ni horarios determinados». Los contratos «proporcionan a los empleadores un grupo de personas disponibles para trabajar a pedido, y a las que pueden recurrir cuando sea necesario». A título de ejemplo, en abril de 2014, el número de contratos de cero horas «activos» se estimaba en 1,4 millones,⁶⁰ principalmente en el sector hotelero y de la alimentación, los servicios administrativos y de apoyo, y en el ámbito de la salud y el trabajo social. La preocupación por este tipo de contratos y los problemas ligados a su existencia generaron que en junio de 2014, el Gobierno del Reino Unido decidiera prohibir la inclusión de cláusulas de exclusividad en los contratos que no garanticen un número de horas y expresara su voluntad de mejorar la información de que disponen los trabajadores, alentando a los interlocutores sociales en la elaboración de códigos de prácticas justas para su utilización específica para cada sector

Varios países — Alemania, Bélgica, Francia, Países Bajos y Reino Unido⁶¹, entre otros — han aprobado leyes para reconocer a los trabajadores el derecho de solicitar horarios de

⁵⁸ No deben confundirse los términos en inglés «on-call work» y «on-call hours», que en español se traducen por trabajo a pedido y horas de guardia; las horas de guardia están contempladas en un contrato de empleo en el que, además, se especifican las horas de trabajo, modalidad que es frecuente, por ejemplo, entre los profesionales de la medicina.

⁵⁹ A título de ejemplo y sobre la imprevisibilidad, en los Estados Unidos (donde muy pocas localidades cuentan con disposiciones legales relativas a la antelación con que deben comunicarse a los trabajadores los horarios de trabajo), los comercios minoristas y restaurantes incluyen información sobre previsiones meteorológicas, patrones de ventas y datos de otra índole en los programas informáticos a fin de determinar la «dotación óptima de personal». Cuando el ritmo de ventas baja más de lo previsto, el personal directivo puede enviar a los asalariados a casa antes de que terminen su turno de trabajo, e incluso cancela turnos en el último momento

⁶⁰ Más precisamente, una encuesta realizada a empleadores publicada en abril de 2014 por la Oficina de Estadísticas Nacionales del Reino Unido estimó en 1,4 millones el número de «contratos de trabajadores que no garantizan un número mínimo de horas», en virtud de los cuales se proporcionó algo de trabajo durante un período de dos semanas entre finales de enero y principios de febrero de 2014, y había aproximadamente 1,3 millones de contratos adicionales en virtud de los cuales no se proporcionó trabajo alguno durante ese mismo período

⁶¹ . En el Reino Unido, a partir de junio de 2014, todo empleado con 26 semanas o más de servicio en una empresa puede solicitar modalidades de trabajo flexible, y los empleadores tienen la obligación de considerar

trabajo flexibles o bien para poder optar a modalidades laborales (distintas de las tradicionales) con mucha mayor flexibilidad⁶², como el teletrabajo. Esto permite combinar protección y adaptación a la necesidad sin quebrar garantías mínimas pudiendo ser ventajoso para las dos partes contractuales.⁶³

Más allá de las formas flexibles, es importante considerar que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación permiten cada vez más trabajar en cualquier momento y desde cualquier lugar, aunque esto pueda llegar a suponer una falta absoluta de control del horario de trabajo con importantes repercusiones negativas en la salud mental y el equilibrio trabajo-vida privada y problemas importantes de estrés y surménage

Para responder a la creciente preocupación que suscita el estrés laboral, algunas empresas y gobiernos han adoptado medidas para delimitar ambas esferas con mayor precisión. En 2011, Volkswagen y su comité de empresa alcanzaron un acuerdo para que los servidores informáticos de la empresa dejaran de transmitir correos electrónicos a los empleados 30 minutos después del término de sus turnos, y reactivaran el servicio 30 minutos antes del inicio del turno siguiente. En Alemania, este acuerdo se aplica a los asalariados que tienen contratos negociados con sus sindicatos,⁶⁴ Daimler introdujo un nuevo programa informático que elimina de forma automática todos los correos electrónicos entrantes de los asalariados cuando están de vacaciones, y genera una respuesta para advertírsele a los remitentes e invitarlos a contactar a otro asalariado⁶⁵

También en Alemania. BMW adoptó un enfoque más flexible, permitiendo que los trabajadores — en consulta con sus superiores — realicen tareas fuera del lugar de trabajo y de los horarios habituales, pudiendo ser compensados con horas extraordinarias el tiempo que se dedica a responder correos electrónicos fuera de su turno de trabajo⁶⁶.

IV. ¿Hacia un nuevo paradigma? El futuro del trabajo

No cabe duda que el mundo del trabajo se ha vuelto más complejo e imprevisible. La aparición de múltiples modalidades de empleo y relaciones de trabajo, que se ha dado en paralelo a la dispersión y aceleración de los procesos de producción, ha transformado los mercados de trabajo. Las relaciones de trabajo convencionales coexisten con modalidades de trabajo más flexibles y situaciones de trabajo informal, aunque en distintos grados, que varían en función del tiempo y el desarrollo económico. En la actualidad, uno de los principales desafíos es lograr que las medidas de protección de los trabajadores tengan un carácter más incluyente. Las graves carencias en materia de protección de los trabajadores

dichas solicitudes dentro de unos límites razonables. Cabe destacar que este es un derecho a solicitar dichas modalidades de trabajo flexible, pero que no se trata de un derecho absoluto a recibirlas, y los empleadores pueden denegar las solicitudes de los empleados si lo justifican con razones empresariales claras

⁶² Según la OIT se consideran formas flexibles : el trabajo a tiempo parcial, el horario flexible, el empleo compartido y el trabajo desde casa (teletrabajo) OIT . Informe recurrent. Op cit. pág 45

⁶³ L. Golden: The effects of working time on productivity and firm performance: A research synthesis paper (Ginebra, OIT, Serie Condiciones de Trabajo y Empleo núm. 33, 2012)

⁶⁴ «Volkswagen turns off Blackberry email after work hours», Noticias de la BBC, 23 de diciembre de 2011, disponible en <http://www.bbc.com/news/technology-16314901> [última consulta el 5 de febrero de 2015]. .

⁶⁵ Auf wiedersehen, post – Daimler staff get break from holiday email», en Financial Times, 13 de agosto de 2014.

⁶⁶ Ver nota 49

afectan a sectores enteros de la fuerza de trabajo mundial, cada vez más heterogénea. Ejemplo de ello son los trabajadores de los sectores en los que tradicionalmente los mecanismos de control del cumplimiento de las normas y la presencia de los sindicatos han sido insuficientes, así como los trabajadores empleados en algunas de las modalidades de trabajo atípicas. Muchos de estos trabajadores son mujeres, jóvenes, minorías étnicas y trabajadores migrantes.

Algunos autores plantean la necesidad de crear un tercera categoría legal de trabajador que combina independencia y protección,⁶⁷ aunque sin duda la propuesta puede tener implicaciones negativas, ya que es difícil encuadrar todas los posible entramados y relaciones y es complicado facilitar definiciones jurídicas que permitan su identificación. Además podría suponer numerosos cambios en la legislación que protege a los trabajadores. Por último los países que han utilizado este tipo de nuevas categorías como el caso de España o Italia presentan numerosas dudas sobre la eficacia de las nuevas figuras.

Si bien el panorama es cambiante y a veces problemático, los legisladores han tomado en cuenta los desafíos, no sólo tratando de determinar la existencia del vínculo laboral sino estableciendo normas que considerando los nuevos requerimientos del mercado de trabajo, garanticen niveles mínimos de protección que respeten los postulados básicos que dieron origen al derecho del trabajo. Numerosos países han introducido un salario mínimo estipulado por la ley o su extensión a determinadas categorías de trabajadores anteriormente excluidas; la duración del tiempo de trabajo semanal y la duración y financiación de la licencia de maternidad.

Sin embargo son muchos los retos pendientes por cuanto el número de trabajadores no dependientes es creciente.- Además en la práctica subsisten las disparidades los salarios debidos no se respetan o no se pagan en la totalidad, las jornadas “ordinarias” de trabajo se difuminan y extienden a través de prácticas que juegan con las expectativas de prestar una actividad, más que con las horas de desempeño real (lo que se facilita a través de las nuevas formas de comunicación y el uso de tecnologías), no se declaran la existencia de relaciones de trabajo y /o no se aplican normas mínimas de seguridad y salud fuera de los centros de trabajo.

No obstante, la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo de la OIT, celebrada en febrero de 2015⁶⁸, llegó a la conclusión de que, cuando están bien diseñadas y se utilizan de manera adecuada, las formas atípicas de empleo pueden ayudar tanto a los trabajadores como a las empresas a adaptarse a sus necesidades y circunstancias cambiantes, además de facilitar el acceso de los grupos desfavorecidos al mercado de trabajo. La práctica sin embargo muestra que los trabajadores ocupados en formas atípicas de empleo suelen estar menos protegidos, en la legislación o en la práctica

Es necesario garantizar la igualdad de trato por cuanto ningún trabajador, sea cual sea su nivel de dependencia, puede ser privado de los derechos fundamentales en el trabajo y de aquéllos que le permiten tener niveles mínimos de dignidad y seguridad (derecho a la salud y a la vida a un salario mínimo o una cobertura mínima de seguridad social) Dichas

⁶⁷ Ver Weber. L 2015. What if there were a new type of worker? Dependent contractor, The Wall Stret Journal (29 Enero) disponible en t <http://www.wsj.com/articles/what-if-there-were-a-new-type-of-worker-dependent-contractor-1422405831> (ultimo acceso el 26 Octubre 2015).

⁶⁸ OIT: Informe de la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo, Ginebra, 16-19 de febrero de 2015. Protección de los trabajadores en un mundo del trabajo en transformación 78 ILC.104/VI

afirmaciones fueron avaladas por la comisión de expertos sobre formas atípicas ya mencionada.⁶⁹

Parece evidente que la desaceleración del crecimiento puede ser uno de los motivos de la insuficiencia de horas de trabajo y de los bajos salarios, así como del empleo sumergido⁷⁰, y por ello se precisan políticas orientadas a la creación de empleo y a la promoción de empresas sostenibles. En este contexto, la ya mencionada igualdad de trato con respecto a otros trabajadores, basada en el principio de la proporcionalidad, es elemento fundamental para por ejemplo la creación de empleo a tiempo parcial de calidad, así como para lograr tasas más elevadas de participación en la fuerza de trabajo.

En paralelo, es necesario adoptar estrategias amplias en materia de cumplimiento que combinen unos servicios de inspección en el lugar de trabajo e instituciones judiciales dotados de mayores medios con enfoques complementarios. En este contexto, por ejemplo, las campañas de información y concienciación bien diseñadas y los enfoques con objetivos más precisos, han logrado buenos resultados en varios países. Asimismo, los acuerdos de responsabilidad del comprador y del proveedor en las cadenas de suministro también han supuesto una contribución positiva, enfrentado diversos problemas de las relaciones laborales a medio plazo.

Ante tales retos es imposible formular respuestas simplistas o apresuradas que conduzcan a la desprotección y a una desregulación abusiva. Las oportunidades existen y hay que aprovechar los nichos que presenta la evolución tecnológica y el desarrollo social. En este contexto, la razón de ser de la OIT y su mandato desde su creación en 1919, a saber, proteger a los trabajadores contra las condiciones de trabajo inaceptables y mejorar el nivel de vida general, es más pertinente que nunca.

El futuro del trabajo pasa por ampliar el enfoque del derecho del trabajo, permitiendo incluir las formas atípicas o diferentes de relación laboral, así como asegurar la transición de los trabajadores empleados en la economía informal a modalidades de empleo formal. Es así fundamental revisar las actuales formas de protección de los trabajadores, mejorando su aplicación principalmente mediante el cumplimiento más estricto de la legislación, desarrollando nuevas vías más flexibles, que tengan en cuenta las distintas etapas en las trayectorias de vida de los trabajadores y el ciclo vital de las empresas. Al final el mundo del trabajo podrá ser diferente pero en ningún caso el trabajo podrá ser una mercancía, ni se

⁶⁹ Estas las medidas establecidas para garantizar la protección se deberían incluir: “ la promoción de la igualdad y la no discriminación de todos los trabajadores, con independencia de la modalidad contractual; la garantía, por medio del diálogo social y de enfoques innovadores, de que los trabajadores ocupados en formas atípicas de empleo puedan ejercer el derecho de la libertad sindical y beneficiarse de la protección otorgada en virtud de los convenios colectivos aplicables; el diseño y adaptación de los sistemas nacionales de seguridad social de manera que los trabajadores ocupados en formas atípicas de empleo gocen de condiciones equivalentes a las de los trabajadores contratados en modalidades de trabajo convencionales, incluso en los momentos de transición en el mercado de trabajo; la promoción de entornos de trabajo seguros y saludables para todos los trabajadores; la prevención y erradicación de las formas atípicas de empleo que no respeten los derechos fundamentales en el trabajo y no sean coherentes con los elementos del Programa de Trabajo Decente, incluso en lo que respecta a la garantía de un ingreso adecuado derivado del trabajo y de la seguridad de la protección social; la prestación de apoyo a los trabajadores en las transiciones entre empleos mediante la creación de empleo de calidad y políticas adecuadas de mercado de trabajo, y la adopción de enfoques estratégicos con respecto a la inspección del trabajo, centrándose por ejemplo en los sectores y ocupaciones en que se está registrando un aumento de las formas atípicas de empleo y un gran número de casos de incumplimiento”

⁷⁰ En algunos casos, los horarios reducidos son el resultado de una estrategia para eludir las obligaciones en materia de seguridad social asociadas a un determinado umbral de horas o de ingresos.

podrá eximir a los gobiernos del deber de respetar los derechos humanos fundamentales para garantizar la equidad laboral.