

**LA FLEXIBILIZACION DEL MERCADO DE TRABAJO
(ANALISIS JURIDICO-LABORAL)**

por

Faustino Cavas Martínez

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social de la Universidad de León*

1.º Premio Revista *Estudios Financieros* 1993.

Modalidad: Trabajo y Seguridad Social.

Sumario:

- I. Encuadramiento del debate sobre la flexibilización del mercado de trabajo.
 1. Las transformaciones del Derecho del Trabajo a partir de la crisis económica.
 2. El impacto laboral de las nuevas tecnologías.
- II. Concepto y aspectos de la flexibilización laboral.
- III. Flexibilidad de entrada: Promoción de las modalidades de contratación temporal.
 1. Génesis, evolución e implantación de las modalidades precarias de contratación laboral en el sistema español de relaciones industriales.
 2. Las empresas de trabajo temporal.
 3. La urgencia de una «contrarreforma» del sistema de contratación laboral.
- IV. Flexibilidad interna: Organización del trabajo en la empresa.
 1. Descentralización productiva.
 2. Distribución del tiempo de trabajo.
 3. Estructura salarial.
 4. Movilidad funcional y geográfica.
 5. Modificación de las condiciones de trabajo.
 6. Suspensión del contrato de trabajo por motivos económicos.
- V. Flexibilidad de salida: Extinción del contrato de trabajo.
 1. Despidos individuales.
 2. Despidos colectivos; las reconversiones sectoriales.

I. ENCUADRAMIENTO DEL DEBATE SOBRE LA FLEXIBILIZACION DEL MERCADO DE TRABAJO

1. Las transformaciones del Derecho del Trabajo a partir de la crisis económica.

La crisis económica, y más allá de la crisis, las actuales exigencias de la competitividad derivadas de la internacionalización de los mercados y, en concreto, de la integración española en el Mercado Unico Europeo, han forzado un fenómeno de ajuste de las instituciones, principios y estructuras normativas del Derecho del Trabajo clásico a las nuevas circunstancias sociales y económicas, provocando un intenso y apasionado debate doctrinal en torno a la oportunidad, valoración y alcance de las transformaciones habidas en este sector del ordenamiento por imperativos de la crisis (1).

- (1) Entre una abundante bibliografía, cabe destacar, en nuestra doctrina, los siguientes estudios: L.E. DE LA VILLA GIL, «La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea», en *Revista de Trabajo*, núm. 76, 1984, pág. 9 y ss.; M. RODRIGUEZ PIÑERO, *Derecho del Trabajo, cambio político y crisis económica*, Madrid, Círculo de Empresarios, 1981; del mismo autor, «Derecho del Trabajo y crisis económica», en AA.VV., *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80. III Coloquio sobre Relaciones Laborales* (Jaca, 23-25 septiembre, 1982), Zaragoza, 1983, pág. 247 y ss., y «Diritto del Lavoro, mutamento politico e crisi economica: Il caso spagnolo», en *Politica del Diritto*, año XV, n. 1, 1984, págs. 47-79; A. MARTIN VALVERDE, «El Derecho del Trabajo de la crisis en España», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 26, 1986, pág. 165 y ss. y «Las transformaciones del Derecho del Trabajo en España (1976-1984) y la Ley 32/1984, de reforma del Estatuto de los Trabajadores», en AA.VV., *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Madrid, Tecnos, 1985, pág. 17 y ss.; J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, «Política gubernamental y negociación colectiva en un contexto de crisis económica», en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980, pág. 305 y ss.; M. GARCIA FERNANDEZ, «El Derecho del Trabajo en la recesión económica española», en AA.VV., *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Década de los 80, cit.*, pág. 301 y ss.; AA.VV.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica. I Jornadas de la Facultad de Derecho, Univ. Complutense de Madrid-Fac. de Derecho*, Madrid, 1984; A. MONTOYA MELGAR, «Las respuestas al Derecho del Trabajo a la crisis económica», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 14, 1983, pág. 193 y ss.; G. GHEZZI, A. LYON-CAEN, A. MARTIN VALVERDE y M. R. ALARCON CARACUEL, «El impacto de la crisis en el Derecho del Trabajo», en *Temas Laborales*, núm. 1, 1984, pág. 71 y ss.; M.C. PALOMEQUE LOPEZ, «Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica», en *Revista de Política Social*, núm. 143, 1984, pág. 15 y ss.; J.M.^a GALIANA MORENO, *Orden económico y ordenamiento laboral (consideraciones sobre la flexibilización del mercado de trabajo)*, Murcia, Secretariado de Publicaciones, 1984; M. C. ORTIZ LALLANA, «Líneas de tendencia y problemas fundamentales del sector jurídico laboral en las sociedades industriales: el caso español», *Revista de Trabajo*, núm. 82, 1986, pág. 93 y ss.; S. GONZALEZ ORTEGA, «La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo», en *Relaciones Laborales*, núm. 21, 1987, pág. 8 y ss.

No sería justo silenciar que este interés de la doctrina española por la incidencia de la crisis en el Derecho del Trabajo surgió, en buena parte, por mimetismo con las experiencias comparadas en este tema, siguiendo concretamente el ejemplo iniciado por obra colectiva italiana: *Il Diritto del lavoro nell'emergenza (La legislazione degli anni 1977-1978)*, a cura di F. DE LUCA TAMAJO e L. VENTURA, Napoli, Jovene Editore, 1979, incluyendo colaboraciones de BUCALO, D'ANTONA, DE LUCA, FERRARO, FIORILLO, MARESCA, MAZZAMUTO, ROMEO y VENTURA.

Aparte la articulación de un repertorio cada vez más numeroso y variado de medidas predisuestas a la creación de empleo y a la lucha contra el paro forzoso, la recesión económica ha exigido regresiones múltiples en el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, con los consiguientes sacrificios para el acervo de garantías sociales de los trabajadores: atenuación del principio de estabilidad en el empleo; movilidad o flexibilidad en la contratación y en el uso de la fuerza de trabajo; política de moderación salarial con el objetivo de permitir un mayor espacio al beneficio empresarial, la creación de excedentes y una hipotética inversión en la creación de puestos de trabajo; reducción en los niveles de protección social y paralela rigorización de los requisitos de acceso a las prestaciones públicas de Seguridad Social; revisión del sistema de fuentes, mediante la implantación de un nuevo y más rico juego de interacciones entre la normativa estatal y la autonomía colectiva, la reconsideración en clave flexibilizadora de principios tradicionales que han informado la aplicación del Derecho del Trabajo (norma mínima, *pro operario*, condición más beneficiosa) y el reverdecimiento de la autonomía individual... son las más sobresalientes de una vastísima panoplia de medidas y transformaciones que han venido a revisar el patrimonio legislativo de índole garantista, que constituyó el principal rasgo de identidad del ordenamiento laboral en épocas precedentes. A ello debe sumarse que en tiempos de crisis se produce un espectacular aumento de la «economía sumergida», caracterizada fundamentalmente, en lo que aquí interesa, por el hecho de que el trabajo se presta con elusión fraudulenta de las normas tanto laborales *stricto sensu* como fiscales y de seguridad social (2).

Frente a este nuevo estado de cosas, un amplio sector doctrinal ha reaccionado denunciando la exorbitante manipulación que de la crisis ha hecho el poder público, hasta el extremo de provocar la desnaturalización misma del Derecho del Trabajo: «pérdida de carácter tuitivo, eliminación de las garantías tradicionales consideradas como conquistas históricas, incremento de las facultades empresariales, subordinación de las normas laborales a la lógica de las decisiones de carácter económico» (3). Así, se nos ha recordado que la crisis económica es un «compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo» para deslegitimar las exigencias de transformación en base a ellas (4), pues «el Derecho del Trabajo va transformándose cada día, superponiéndose indistintamente a períodos de prosperidad y a períodos de decadencia económica» (5); o se afirma que tales demandas «se ajustan más a una estrategia (empresarial) de reducción de costos y de elusión de las exigencias propias del trabajo estable y a tiempo

(2) Vid. sobre este tema M. RODRIGUEZ PIÑERO, «Empleo irregular y economía sumergida», *Relaciones Laborales*, t. I-1985, pág. 43 y ss., y J.M. RAMIREZ, «Reflexiones en torno a la problemática jurídico-laboral de la economía sumergida», *Revista de Treball*, núm. 2, 1986.

(3) S. GONZALEZ ORTEGA, «La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo», *cit.*, pág. 23.

(4) Cfr. M. C. PALOMEQUE LOPEZ, «Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica», *cit.*

(5) L.E. DE LA VILLA GIL, «Problemas actuales del Derecho del Trabajo en España», *Revista de Trabajo*, núm. 81, 1986, pág. 16.

completo, que a un verdadero programa de creación o simple conservación del empleo» (6); o se rechazan los argumentos económicos que implican un retroceso en el nivel de protección laboral sobre la base de que el Derecho del Trabajo no debe ceder a las exigencias de la economía en la medida en que en su raíz está la idea misma de la resistencia (7); o se establecen cautelas ante el llamado Derecho del Trabajo de la crisis reivindicando su función tradicional (8); o, en fin, se rechazan tales exigencias como intentos de recuperación empresarial de espacios de decisión y de poder (9).

La persistencia de la crisis ha reforzado la instrumentalidad del Derecho del Trabajo dentro de la búsqueda de soluciones a la misma. Pero la permeabilidad del Derecho del Trabajo a los cambios socio-económicos no impide a que esta rama del Derecho siga cumpliendo la que se ha considerado su «función permanente», que no es otra que la de «asegurar un equilibrio entre tres intereses contrapuestos, a saber, el público defendido por el poder constituido, el propio de los empresarios y el propio de los trabajadores» (10). Al margen, pues, la ganga ideológica que siempre acompaña al planteamiento de quienes culpabilizan al Derecho del Trabajo de la agravación de los males económicos, considerándolo un lujo surgido en épocas de bienestar y prosperidad económica imposible de mantener en situaciones de dificultad o recesión, puede aceptarse que el ordenamiento jurídico-laboral haga concesiones a la crisis económica, pero hasta un cierto límite (11), que *in extremis* debe situarse en el mantenimiento de aquellas garantías que hagan reconocible al Derecho del Trabajo como disciplina jurídica histórica, inalterable en su esencia o fundamento: servir como instrumento

(6) A. MONTOYA MELGAR, «Un debate europeo sobre crisis de empleo y reparto de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 20, 1984, pág. 501.

(7) A. MONTOYA MELGAR, «Los sindicatos ante la crisis económica», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 22, 1985, pág. 189.

(8) L. E. DE LA VILLA, «La función del Derecho del Trabajo ante la situación económica y social contemporánea», *cit.*, pág. 18 y ss.

(9) A. ROUDIL, «Flexibilité de l'emploi et Droit du Travail: le beauté du diable», *Droit Social*, núm. 2, 1985, pág. 84; G. LYON CAEN, «La bataille truquée de la flexibilité», *Droit Social*, núm. 12, 1985, pág. 801 y ss.

(10) L. E. DE LA VILLA GIL, «Problemas actuales del Derecho del Trabajo en España», *cit.*, pág. 15. Sobre la «función equilibradora como justificación permanente del Derecho del Trabajo», *vid.* asimismo I. GARCIA PERROTE ESCARTIN y G. TUDELA CAMBRONERO, «El Derecho del Trabajo, entre la crisis y la crítica», *Revista de Trabajo*, núm. 92, 1988, pág. 15 y ss.

(11) Pues, como ha reflexionado S. GONZALEZ ORTEGA, «La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo», *cit.*, pág. 26: «No tienen sentido ni una defensa a ultranza de la flexibilización ni una cerrada oposición a la misma sobre la base de una manera de insertarse en el proceso productivo ya sobrepasada que puede calificarse como de oposición a la propia dinámica social. Incluso la actitud simplemente defensiva de los niveles tradicionales de regulación y de protección del trabajo por cuenta ajena, la resistencia a las transformaciones demandadas, puede funcionar como factor de expulsión de grupos de trabajadores, los menos cualificados y con menores posibilidades de defensa que se verán impelidos a aceptar formas de trabajo ilegales (economía sumergida) o extrañamiento del proceso productivo (trabajadores a domicilio, falsos autónomos) o simplemente marginales. Lo que daría origen, además, a una diferenciación entre grupos de trabajadores estables, protegidos frente a las vicisitudes de la relación laboral y de la extinción, con derecho a prestaciones sociales y otros, inestables, no protegidos, excluidos en muchos casos de tales beneficios. Una especie de tercer mundo del empleo».

dinamizador de una pacífica convivencia social, con la función de recomponer la correlación de fuerzas entre los sujetos antagonistas en las relaciones capitalistas de producción (trabajadores y empresarios). Es desde esta perspectiva que se justifica que el Derecho del Trabajo haya optado, desde su propio origen, por establecer límites cada vez mayores a la autonomía de la voluntad (12), implicando por ello mismo una restricción progresiva de los poderes empresariales sobre la relación laboral. En una formulación ya clásica del Derecho del Trabajo, éste se concibe como un contrapeso dirigido a nivelar la desigualdad de poder inherente a la relación de trabajo (13), definitivamente abandonada, por irreal, la hipótesis de la igualdad formal entre los dos sujetos de la relación contractual y la concepción de ésta como el resultado de un encuentro de voluntades libres e iguales.

Rectamente entendido, el «Derecho del Trabajo flexible» no supone «ningún cambio ontológico en los fines y objetivos permanentes e inmanentes a la esencia del Derecho del Trabajo» (14). Por lo demás, no es en absoluto evidente -como se nos pretende transmitir desde algunos sectores- que el mejoramiento de la actual situación económica deba pasar, principalmente, por el abaratamiento de los costes vinculados al factor trabajo, esto es, por el deterioro de los niveles de protección disfrutados por los trabajadores.

A ningún cultivador del Derecho del Trabajo se le escapa el fuerte componente económico que impregna las relaciones sociales que forman el sustrato básico de nuestra disciplina (15). Partiendo de la evidencia de la íntima conexión entre el orden económico y el orden laboral, no es intención del que escribe abordar en este momento un *excursus* sobre las muy variadas y complejas interacciones existentes entre el ordenamiento laboral y la economía (16); tampoco se pretende analizar aquí todas y cada una de las exigencias que la crisis económica tiene planteadas, desde hace más de una década, al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y las soluciones que éste ha adoptado en respuesta a tales demandas; habida cuenta la limitación espacial impuesta a este trabajo, el objetivo, mucho más modesto, de estas páginas se centra en uno de los aspectos, probablemente el más sobresaliente, del entramado de aportaciones institucionales del Derecho del Trabajo a la crisis económica y a los cambios operados en el sistema productivo: el análisis del complejo de medidas oficiales adoptadas para flexibilizar el mercado de trabajo, en sus distintas variantes.

(12) Cfr. G. GIUGNI, «Derecho del Trabajo (voz para una enciclopedia)», *Temas Laborales*, núm. 13, 1987, pág. 59.

(13) Cfr. O. KAHN-FREUND, *Trabajo y Derecho*, 3.ª ed. trad. por J. M. Galiana, Madrid, MTSS, 1987, pág. 52.

(14) J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, «Anotaciones críticas sobre las relaciones laborales en España», en *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1987, pág. 19.

(15) Como ha puesto recientemente de relieve J. M.ª GALIANA MORENO, Orden económico y ordenamiento laboral (Consideraciones sobre la flexibilización del mercado de trabajo), *cit.*, pág. 8.

(16) Para una tan sucinta como esclarecedora exposición de dichas relaciones, *vid.* J. M.ª GALIANA MORENO, *op. cit. supra*, pág. 5 y ss.

Entre los años 1986 y 1990, la evolución favorable de indicadores como el PIB, la inversión, el empleo o la creación de empresas llevó a ciertos analistas económicos a argumentar que la economía española había entrado en la vía de superación de la crisis e iniciado la fase de crecimiento sostenido.

Sin embargo, de tres años a esta parte el ritmo de crecimiento económico ha vuelto a ralentizarse, el desempleo va en aumento (en diciembre de 1992 se contabilizaron 3.000.000 de parados) y el déficit público alcanza cotas alarmantes (17). Este empeoramiento de las variables económicas impide mantener la tesis de que los procesos de cambio estructural y de formación de un nuevo modelo de desarrollo económico se hayan completado. A la generación de este nuevo estado de cosas han contribuido circunstancias tanto externas (crisis del Golfo Pérsico, regresión de los mercados internacionales) como internas (futilidad de operaciones especulativas, crecimiento de la inflación y del endeudamiento público, pérdida de competitividad y de capacidad productiva de las empresas). Todo ello, en un contexto presidido últimamente por el reto de la convergencia con Europa, con el horizonte de la unificación -política, económica y monetaria- que perfila el Tratado de Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.

Las repercusiones de este nuevo orden económico en el ámbito laboral ya se han dejado sentir en un abanico de soluciones normativas constrictoras de los intereses de los trabajadores y/o, en menor medida, de las empresas: limitación de las prestaciones por desempleo, supresión de ayudas económicas a quienes realicen cursos de formación profesional (Decreto-Ley 1/1992, de 3 abril, convertido en Ley 22/1992, de 30 de julio, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo); traslado a las empresas de la obligación de abono del subsidio por incapacidad laboral transitoria entre el cuarto y el decimoquinto días de baja (R.D.-L. 5/1992, de 21 julio, convertido en Ley 28/1992, de 24 de noviembre, de Medidas Presupuestarias Urgentes); fuerte contención presupuestaria al crecimiento de las rentas sala-

(17) Como palmariamente se reconoce en el Preámbulo de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de PGE para 1993, donde puede leerse: «En el año 1993, la particular situación de la coyuntura financiera internacional y las consecuencias de la misma sobre el panorama económico interno imponen al Estado español tres retos económicos fundamentales. En primer lugar, asegurar que los efectos de la reciente crisis financiera sean los mínimos posibles sobre la economía española. En segundo lugar, mantener los objetivos de corrección de los desequilibrios macroeconómicos contenidos en el Programa de Convergencia, a pesar del contexto económico más adverso, tanto en el ámbito interno como externo, en el que pueden conseguirse. Y en tercer lugar, consolidar la política de modernización de nuestra economía, avanzando en la puesta en práctica de reformas estructurales y creando las condiciones adecuadas para reemprender la senda de crecimiento no inflacionario que ha caracterizado nuestro pasado reciente (...). Desde esta perspectiva, los fines que presiden la Ley de Presupuestos para 1993 son reducir el déficit mediante una orientación restrictiva del gasto y una mayor racionalización en el uso de los recursos públicos ...».

riales de los empleados públicos y suspensión temporal parcial de la oferta de empleo público (Ley 39/1992, de 29 diciembre, de PGE para 1993). A todo lo cual se suma el anuncio por el Gobierno del examen de la posibilidad de introducir nuevas reformas en el mercado de trabajo en sentido flexibilizador, en el seno del Programa de Convergencia con Europa (supresión de la autorización administrativa para extinguir contratos de trabajo por causas tecnológicas y fuerza mayor; flexibilización de la movilidad funcional y geográfica; introducción de mayores facilidades a la contratación temporal; reactivación de la política de reconversiones industriales; supresión de las Ordenanzas Laborales). Algunas de estas medidas ya han sido puestas en práctica: Así, la ampliación hasta cuatro años de los contratos temporales para fomento del empleo, permitida con carácter excepcional por el Real Decreto-Ley 3/1993, de 26 de febrero, de medidas urgentes sobre materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo.

2. El impacto laboral de las nuevas tecnologías.

Junto con la crisis económica, la incorporación de nuevas tecnologías constituye el principal factor de cambio del Derecho del Trabajo en las dos últimas décadas; sin olvidar, por específica referencia al mercado laboral español, las transformaciones derivadas de la construcción de un nuevo y democrático sistema de relaciones laborales.

La implantación de nuevas tecnologías responde al deseo de las empresas de incrementar la productividad, mejorar la calidad, disminuir costos de producción y hacer frente en condiciones óptimas a la competencia del mercado. Aunque el proceso de modernización tecnológica es anterior a la crisis económica, lo cierto es que con esta última ha adquirido toda su potencialidad como vía privilegiada para la reducción de costes -también los laborales- en antiguas o nuevas organizaciones productivas.

Muchas de las medidas adoptadas por el ordenamiento jurídico de carácter flexibilizador mantienen una estrecha relación con la innovación tecnológica -contratos para el lanzamiento de nueva actividad, suspensiones y despidos por causas tecnológicas-. Se ha señalado también su influencia en la segmentación del mercado de trabajo, mediante la potenciación de las distintas formas atípicas de empleo (18) y creando, sobre todo en la determinación de la expulsión del mercado de trabajo, grupos ganadores y grupos perdedores (19).

(18) B. VENEZIANI, «Nuove tecnologie e contratto di lavoro», *GDLRI*, núm. 33, 1987, pág. 11.

(19) P. PERULLI, «Le relazioni industriali e i due fronti della flessibilità», *GDLRI*, núm. 29, 1986, pág. 95.

Más que ningún otro, es éste el factor en el que la «adaptabilidad» del Derecho del Trabajo deja de ser un fenómeno patológico para convertirse en un fenómeno «fisiológico» (20). Los cambios tecnológicos pueden suponer cambios trascendentales en un ordenamiento laboral que ha decantado históricamente su tutela normativa en torno a un tipo de trabajo conectado con el proceso de producción típico de la segunda revolución industrial.

Resulta arriesgado intentar un análisis de los efectos que la introducción de nuevas tecnologías está provocando en el sistema de relaciones laborales y en el Derecho del Trabajo mismo. Aunque el creciente avance de la «revolución tecnológica», también denominada «tercera revolución industrial», en sus diversas expresiones (informática, telemática, robótica, etc.) no es un fenómeno al que debamos encuadrar en una perspectiva futurista, pues su implantación es una realidad patente que a menudo sobrepasa las capacidades adaptativas de la estructura social, sin embargo, no pueden emitirse todavía juicios definitivos sobre el impacto de las nuevas tecnologías en el mercado de trabajo, habida cuenta lo incipiente y progresivo de los cambios en curso y de los problemas jurídicos planteados.

No se trata de realizar aquí una valoración sociológica de las ventajas (liberación del trabajo pesado, aumento del tiempo de ocio, ...) e inconvenientes (insatisfacción personal, deshumanización, pérdida de iniciativa y participación, *stress*, disminución de las posibilidades de empleo, amenaza a la intimidad, ...) que el cambio tecnológico reporta a los trabajadores (21); tampoco se pretende realizar una exposición detallada de todas las transformaciones que las nuevas tecnologías están provocando en el sistema de relaciones laborales; antes al contrario, lo que se pretende en este epígrafe es únicamente apuntar, de forma sumaria, las modificaciones más relevantes de signo flexibilizador que está registrando el mercado de trabajo a raíz del cambio tecnológico (22). Tales cambios serían los siguientes:

a) La irrupción y difusión de las nuevas tecnologías ha estimulado el proceso de descentralización productiva; las nuevas técnicas están incentivando la división del trabajo entre empresas y la exteriorización de funciones como la gestión de contabilidad, la investigación, el marketing, la asistencia técnica, etc., provocando la aparición de una gama de pequeñas y medianas organizaciones productivas que prestan servicios de alto contenido tecnológico y que constituyen lo que se ha dado en llamar el «tercierio avanzado» o «cuaternario».

(20) M. RODRIGUEZ PIÑERO, «Contratación laboral y nuevas formas de empleo», *Relaciones Laborales*, núm. 7/8, 1989, pág. 2.

(21) Cfr., sobre este tema, el clarificador estudio de L. MUNDUATE JACA, «El impacto socio-laboral de las nuevas tecnologías», *Temas Laborales*, núm. 4, 1985, pág. 55 y ss.

(22) Para un completo análisis de las repercusiones en el ámbito jurídico-laboral de las innovaciones tecnológicas, *vid.* F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant monografías, Valencia, 1990, a quien seguimos en aquellos aspectos de su exposición que interesan a nuestro objeto de estudio.

b) Se advierte una correlación creciente entre la introducción de nuevas tecnologías y la utilización abundante de formas precarias de trabajo (fundamentalmente, contratos de duración determinada y a tiempo parcial), con lo que la innovación tecnológica constituye para las empresas una ocasión propicia para dotarse de una organización productiva flexible.

c) La transformación tecnológica tiene también consecuencias profundas en los sistemas profesionales; todo el estatuto profesional del trabajador precisa una revisión profunda forzada por los cambios tecnológicos: reordenación del vigente sistema de clasificación profesional y de los mecanismos legales hasta ahora instrumentados para tutelarla; promoción de una cualificación genérica, flexible y polivalente que pueda atender las incertidumbres del mercado; desarrollo de una política de formación profesional, dentro y fuera de la empresa, adaptada a las nuevas y cambiantes exigencias del sistema productivo y tecnológico, etc.

d) Aparte las repercusiones indicadas, dentro del amplio campo de las relaciones entre el Derecho del Trabajo y las nuevas tecnologías, existen tres temas que afectan directamente al contenido y subsistencia de la relación individual de trabajo, a saber:

d.1) La posibilidad legalmente reconocida al empresario de acordar modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo cuando existan «probadas razones técnicas», observando el procedimiento regulado en el artículo 41 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores.

d.2) La posibilidad de suspender temporalmente el contrato de trabajo por «causas tecnológicas ... que impidan la prestación y aceptación del trabajo», con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores [arts. 45 j) y 47 ET].

d.3) La posibilidad de extinguir contratos de trabajo, por alguno de los siguientes motivos:

1. Despido individual, alegando la causa objetiva prevista en el artículo 52 b) del Estatuto de los Trabajadores: «falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido dos meses desde que se introdujo la modificación».
2. Despido colectivo, decidido de mutuo acuerdo con los representantes legales de los trabajadores o, en su defecto, autorizado por la autoridad laboral, basado en las «causas tecnológicas» a que se refiere el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Por último, no puede dejar de señalarse una implicación netamente cuantitativa del fenómeno de las nuevas tecnologías sobre la estructura del mercado de trabajo: el aumento del desempleo provocado por la sustitución progresiva de mano de obra por nuevas tecnologías,

que preferentemente afecta al colectivo de trabajadores no cualificados, toda vez que los sistemas automáticos y los robots reducen en gran medida el número de puestos de trabajo que no requieren habilidades especiales; aunque determinadas tecnologías también se pueden utilizar para estandarizar y simplificar muchos trabajos cualificados.

II. CONCEPTO Y ASPECTOS DE LA FLEXIBILIZACION LABORAL

Es notorio que el carácter esencial en la configuración histórica del Derecho del Trabajo ha sido su carácter tuitivo. El propio origen de la legislación laboral fue la protección de los trabajadores frente a los abusos del empresariado; intervención tutelar del Estado en la cuestión social en la que no cabe desconocer una cierta dosis de filantropía y de respuesta a planteamientos humanitarios y de justicia de políticos reformistas, pero que, a la postre, no puede ocultar una decidida finalidad integradora del conflicto capital-trabajo característico de las sociedades capitalistas de producción, como medida de contención del incendio social para la preservación del orden burgués y de los intereses de la clase dominante.

De cualquier modo, este amparo ha sido expansivo, tanto desde el punto de vista objetivo (reconocimiento de mayores ámbitos de derechos en un número creciente de materias a los trabajadores asalariados) como desde el punto de vista subjetivo (extensión de dicha legislación protectora desde sus destinatarios iniciales -trabajadores manuales de la industria- hasta comprender a los trabajadores manuales e intelectuales de cualesquiera sectores productivos). Como tiene dicho el Tribunal Constitucional, una de las especialidades del Derecho del Trabajo está en su carácter compensador o favorable al trabajador como medio para, a través del trato desigual favorable a éste, disminuir en lo posible la desigualdad inicial en que se encuentran empresario y trabajador, dando así cumplimiento al principio constitucional que ordena a los poderes promover las condiciones necesarias para que la libertad e igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos (art. 9.2 CE) (SSTC 3/1983, de 25 enero; 14/1983, de 28 febrero, etc.).

Sin embargo, con el inicio de la crisis económica se asiste a una regresión en dicho carácter tuitivo, de tal modo que muchas de las transformaciones legales experimentadas por el Derecho del Trabajo en los últimos años han sido dispuestas en función de los intereses económicos patronales, sacrificando la tutela jurídica de los trabajadores asalariados (23).

En este orden de cosas, dentro de las exigencias que el orden económico en crisis tiene planteadas al ordenamiento laboral, sobresale especialmente la que se ha venido en llamar «flexibilización» del mercado de trabajo. Es ésta una tendencia apreciable en todos los países

(23) M. ANGEL FALGUERA I BARO, «La legislación individual de trabajo», en AA.VV., Las relaciones laborales en España, Madrid, Ed. Siglo XXI, 1991, pág. 275.

de nuestro entorno económico y político. La conocida reivindicación empresarial de «flexibilización» del mercado de trabajo ha calado en todos los ordenamientos de la Europa occidental, incluso en la propia doctrina científica, ante el magnífico caldo de cultivo que la crisis de los años setenta y ochenta ha comportado.

Como se ha dicho, la flexibilidad «es un nuevo contexto en el cual el Derecho está llamado a vivir» (24); la supervivencia del Derecho del Trabajo como instancia de equilibrio de intereses contrapuestos depende de su capacidad de adaptación a los desafíos del nuevo contexto socio-económico (25).

En efecto, con la crisis estructural desatada en 1973 arrecia considerablemente la demanda empresarial -que ha sido acogida por los poderes públicos- de una mayor flexibilización en el uso de la fuerza de trabajo; a criterio de las organizaciones patronales, resulta imprescindible la eliminación de rigideces a la plena capacidad empresarial para, en cada caso, ajustar los recursos humanos a las nuevas necesidades y ritmos de producción; colateralmente se aduce que la rigidez o inamovilidad de la mano de obra y de los costes laborales tienen un efecto disuasorio sobre la inversión, provocando consecuencias muy perniciosas sobre los niveles de empleo (26). Por lo demás, los empresarios no han dudado en responsabilizar al Derecho del Trabajo y a la rigidez de las normas laborales de gran parte de los males empresariales y del agravamiento de la crisis económica (27).

(24) M. D'ANTONA, en la introducción al libro *Politiche di flessibilità e mutamenti del Diritto del Lavoro: Italia e Spagna*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1990, pág. 12.

(25) *Ibidem*, loc. cit.

(26) Las razones alegadas para introducir la flexibilidad en el empleo en Europea son muy variadas. T. SALA FRANCO, tomando como base el «Informe acerca de la flexibilidad en el empleo en los países de la Comunidad Económica Europea», coordinado por Joan Michel Maury (publicado en septiembre de 1985), las ha resumido del siguiente modo:

- 1.^a La primera es la de contribuir a remediar el paro existente a través de la adaptabilidad del empleo al mercado de trabajo.
- 2.^a La segunda razón alegada reside en la necesaria competitividad de Europa con el Eje oriental (Japón y Estados Unidos), donde existen marcos normativos más flexibles.
- 3.^a La tercera razón alegada es la introducción de nuevas tecnologías y su incidencia sobre la organización del trabajo.
- 4.^a La cuarta razón, no alegada pero existente, es la modificación de la relación de fuerzas entre empresarios y trabajadores (el chantaje histórico de la crisis).
- 5.^a Una quinta razón sería la constituida por la evolución de la mentalidad y de los valores de un cierto sector de la sociedad, en cuyo sentido irían las demandas de flexibilidad provenientes de ciertos colectivos sociales específicos (mujeres, estudiantes).
- 6.^a Por último, el ascenso de la ideología neoliberal que postula una «sociedad de riesgos» frente a una «sociedad protegida» típica del «superado Estado del Bienestar» («El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo», *Revista de Treball*, núm. 7, 1988, págs. 10-12).

(27) «Se insiste desde ciertas ópticas en que el desempleo es, en buena parte al menos, una consecuencia de pretendidas rigideces del sistema laboral, rigideces que -además- son la herencia de un pasado autoritario, que compensó la inexistencia de una genuina autonomía colectiva con la ultraprotección de los derechos individuales. Desaparecida la traba, con la democratización producida en el seno de las relaciones de trabajo, no parece que haya obstáculos -se razona- para reintroducir en el sistema la necesaria flexibilidad». J. M.^a GALIANA MORENO, Orden económico y ordenamiento laboral (Consideraciones sobre la flexibilidad del mercado de trabajo), *cit.*, pág. 12.

En un primer momento, los sindicatos se opusieron frontalmente a este análisis de la realidad socio-económica, por entender que conllevaba una capitulación inaceptable en el patrimonio de ventajas sociales que los trabajadores habían consolidado durante muchos años de garantismo legislativo. No obstante, ante la persistencia de la recesión económica y de sus devastadores efectos sobre los índices de ocupación, hubieron de cambiar de estrategia, admitiendo que la «flexibilidad controlada y participada» por ellos podría servir para ayudar a la industria y al sector servicios a adaptarse a las nuevas necesidades productivas, a superar la crisis y, como resultado, aumentar el nivel de empleo (28).

Pero si bien el debate acerca de la flexibilidad ocupa, desde comienzos de la década de los ochenta, un lugar de privilegio en prácticamente todos los foros políticos, jurídicos y económicos del mundo occidental, resulta empero muy difícil delimitar lo que dicho fenómeno comporta; dificultad que se induce de la pluralidad de versiones que tanto los estudiosos como los Gobiernos y los agentes económicos y sociales ofrecen del mismo (29), así como de la diversidad terminológica -se manejan términos tales como «juridificación», «desregulación», «rigidificación», «re-regulación», «desreglamentación», «reformulación»- y disparidad de planteamientos que confluyen en el debate sobre la flexibilidad, que en este sentido resulta tan «interesado» como «interesante» (30).

Tratando de avanzar aquí una noción amplia de «flexibilidad», puede caracterizarse la misma como la capacidad de las empresas de adaptar el volumen de mano de obra por ellas empleado, no sólo a las exigencias derivadas de sus propias necesidades productivas, sino, en general, a las conveniencias del sistema económico y a las oscilaciones del mercado (31).

Atendiendo a los posibles planos de incidencia de la flexibilidad, la doctrina ha distinguido entre una flexibilidad «externa», bien de entrada -constituida por los aspectos relativos a la libertad empresarial de contratación y, más en concreto, a la regulación de las modalidades

(28) H. SARFATI y C. FOBRIN, *La flexibilidad del mercado de trabajo. Antología comparada*, MTSS, Madrid, 1992, pág. 9.

(29) A. MARTIN VALVERDE, «La flexibilidad del mercado de trabajo. Valoración de sus aspectos y de sus posibilidades en el ordenamiento laboral vigente y de las repercusiones de una flexibilización total de las estructuras normativas de la relación de trabajo», en *Revista de Trabajo*, núm. 72, 1983, pág. 11.

(30) M. RODRIGUEZ PIÑERO, «Flexibilidad laboral: un debate interesante o un debate interesado», *Relaciones Laborales*, t. I-1987, pág. 14 y ss.

Una exposición de los riesgos y ventajas de la flexibilidad y de las posiciones sindicales, patronales y gubernamentales sobre el tema, en J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral», *Relaciones Laborales*, t. I-1989, pág. 114 y ss.; el texto de este ensayo fue incorporado a la colección de estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor M. ALONSO OLEA, recogidos en el libro *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Madrid, MTSS, 1990, pág. 261 y ss.

(31) R. DAHRENDORF, *La flexibilidad del mercado de trabajo*, Madrid, MTSS, 1986.

En esta línea, A. MARTIN VALVERDE, «El Derecho del Trabajo de la crisis en España», *cit.*, pág. 171, ha escrito que la flexibilidad del mercado de trabajo «comprende todas aquellas reformas que tienden a ajustar las cantidades, calidades y precios de ese factor de producción a las conveniencias del sistema productivo».

de contratación laboral desde el punto de vista de su duración-, bien de salida -coincidente con la extinción del contrato de trabajo, trayendo a colación, fundamentalmente, la regulación del despido colectivo por causas tecnológicas o económicas-, bien de organización productiva -contratas y subcontratas, trabajo a domicilio, trabajo parasubordinado, cooperativas de trabajo, fórmulas de trabajo asociado, sociedades filiales-, así como de una flexibilidad «interna» -comprensiva de las reglas sobre ordenación del trabajo en la empresa: clasificación profesional, movilidad funcional y geográfica, modificación de las condiciones de trabajo y suspensión del contrato, distribución de jornada, estructura salarial- (32).

Pero no cabe ensayar cualquier tipo de flexibilidad. Como ha escrito SAGARDOY, «la eficacia económica pasa por la flexibilidad, pero no por cualquier flexibilidad», sino por aquella «que hace surgir el valor de los recursos humanos y la que hace despertar el interés de los trabajadores por su trabajo y su empresa» (33).

La articulación jurídica de este objetivo de flexibilidad, entendida como supresión de los elementos de rigidez que pueden existir en el mercado de trabajo, se ha instrumentado en la mayoría de ordenamientos comparados mediante un proceso de «desjuridificación», es decir, mediante una disminución del acervo estatal de Derecho necesario (34), que comporta la recuperación por la autonomía colectiva e individual de espacios antes ocupados por la regulación heterónoma («desregulación legal»). En esta nueva dimensión, la flexibilidad se concibe básicamente como la «capacidad de adaptación del régimen normativo y del juego de las instituciones a la voluntad unilateral o bilateral (negociada) de las partes de la relación de trabajo» (35).

No obstante, recientemente, en el seno del debate sobre la «flexibilidad», se han empezado a oír voces que no se limitan a propugnar el replegamiento de la intervención heterónoma estatal, sino que reclaman también la sustitución del garantismo colectivo por el juego regulador de la autonomía individual, lo que se ha calificado como «desregulación convencional colectiva» (36) o «desregulación salvaje». Bajo este nuevo prisma o análisis de la flexibilidad,

(32) Por todos, T. SALA FRANCO, «El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo», *cit.* pág. 14.

(33) «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral», *cit.*, pág. 127.

(34) El término «juridificación» del trabajo hace referencia al proceso histórico por el cual el Estado interviene en el área social mediante instrumentos normativos que limitan la autonomía individual y colectiva. Cfr. S. DEL REY GUANTER «Desregulación, juridificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, t. I-1989, pág. 284, basándose en la definición general dada por J. CLARCK y B. WEDDERBURN, «La giuridificazione e deregolazione del Diritto del llavoro italiano», *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, núm. 30, 1986, págs. 317-318.

(35) F. DURAN, A. MONTROYA y T. SALA, *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, Madrid, MTSS, 1987, pág. 19.

(36) M. E. CASAS BAAMONDE, A. BAYLOS y R. ESCUDERO, «Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español», *Relaciones Laborales*, núm. 23, 1987, pág. 35, quienes advierten acerca de los peligros de una aceptación plena de estos postulados: «Involución del Derecho del Trabajo hacia sus orígenes y disolución de sus principios y categorías en moldes iuscivilistas».

que ha sido mayoritariamente rechazado por la doctrina laborista (37), lo que se pretende no es ya el aligeramiento de la legislación laboral tuitiva de condiciones mínimas en favor de la capacidad de autorregulación de las categorías profesionales, como instancia flexible de adaptación a las exigencias del mercado y de las realidades productivas, sino, lo que es ciertamente más preocupante, se propugna la conveniencia, y aun la «necesidad», de «aparcar» la negociación colectiva en beneficio de la función reguladora del contrato de trabajo, en definitiva, «el debilitamiento o la desaparición del escalón intermedio ocupado por los convenios colectivos» (38), lo que es tanto como reclamar la vuelta al estado originario de primacía del poder contractual de los empresarios, ya consolidado de por sí a lo largo de la crisis económica, mediante la supresión de aquellos condicionantes que históricamente han limitado el libre ejercicio de su poder de dirección y disposición sobre las prestaciones laborales. En otras palabras, se postula «la liberalización de vínculos para las empresas y la devolución al empresario de aquellas facultades de libre disposición sobre la mano de obra que el tiempo histórico le ha ido restando» (39).

Como luminosamente se ha dicho, el debate acerca de la flexibilidad «afecta al entero sistema de relaciones laborales de cada país y a la esencia misma del Derecho del Trabajo» (40); la flexibilidad «toca siempre a lo esencial ..., implica siempre la puesta en cuestión de elementos fundamentales del Derecho del Trabajo y del sistema de relaciones laborales» (41).

En todo caso, y conviniendo que el español no es -ni previsiblemente lo será- un modelo de absoluta desregulación, la doctrina se ha preocupado de establecer la línea divisoria entre «desregulación» y «flexibilización», pues los objetivos de una y otra no necesariamente coinciden ni se identifican. De una lado, la desregulación o desreglamentación persigue, nuda-mente, la supresión de las normas laborales, sobre todo estatales, pero también de las que son

(37) Que ha opuesto a este modelo de flexibilidad normativa, calificado de «flexibilidad salvaje», de «desregulación normativa» o de «vuelta al contrato de trabajo», un modelo alternativo de flexibilidad más matizado concretable en lo que se denomina una «regulación laboral de nuevo tipo», que básicamente consistiría en la sustitución de las garantías legales por las garantías convencionales; es decir, se trataría de «dispositivizar» la norma estatal a efectos de negociación colectiva y no a efectos de contratación individual, suprimiendo determinados «mínimos imperativos» y permitiendo los convenios colectivos peyorativos de la norma estatal (T. SALA FRANCO, «El debate ...», *cit.*, pág. 14). Se ha postulado así un modelo de «interacción permanente» entre ley y convenio colectivo (F. VALDES DAL-RE, «La ordenación de las relaciones laborales: ley y negociación colectiva», AEDIPE, núm. 25, pág. 3 y ss.), caracterizado por la convicción de que la negociación colectiva puede acomodar la legislación de manera más dúctil y responsable a las peculiaridades sectoriales y empresariales.

(38) M. E. CASAS BAAMONDE, «La individualización de las relaciones laborales», *Relaciones Laborales*, núms. 20-21, 1991, pág. 134.

(39) T. SALA FRANCO, «El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo», *cit.*, pág. 13. Para el prof. L. E. DE LA VILLA, la flexibilidad laboral no es una «mística» ni una «fraseología», sino una «estrategia de poder en la empresa», con la que «se trata de incrementar o variar el poder que cada una de las partes tiene en la empresa. No se oculta a nadie que lo que quiere decir es que a mayor flexibilidad, mayor poder empresarial y, a mayor rigidez mayor poder laboral» (opinión recogida por J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, «Anotaciones críticas sobre las relaciones laborales ...», *cit.*, pág. 19).

(40) M. E. CASAS, A. BAYLOS y R. ESCUDERO, «Flexibilidad legislativa ...», *cit.*, pág. 9.

(41) J. C. JAVILLIER, «Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales», *Droit Social*, núm. 1, 1986, pág. 57.

producto de la autonomía colectiva, con el propósito de restaurar el libre funcionamiento del mercado gobernado por la autonomía individual y, con él, el viejo planteamiento liberal (42); en otras palabras, persigue la desaparición del Derecho del Trabajo como regulación jurídica del mercado de empleo.

De otro lado, por flexibilidad cabe entender un mero proceso de «revisión del patrimonio normativo» (43), tendente a posibilitar la adaptación del marco jurídico-laboral a la nueva realidad socio-económica, ampliando el juego de la autonomía colectiva e individual (44). Pero este mayor protagonismo de la capacidad autorreguladora de los agentes sociales y de los propios contratantes individuales no tiene que pasar, necesariamente, por un proceso de «desregulación» heterónoma del mercado laboral -y, al límite, convencional colectiva, si lo que se pretende es implantar la alternativa neoliberal que postula el exclusivismo de la voluntad de las partes a través del contrato de trabajo-. En este sentido, no es correcto medir la flexibilidad o rigidez de un sistema de relaciones laborales por el número y complejidad de sus normas. En la mente de todos está que las normas pueden ser imperativas o dispositivas, por lo que no se trata tanto de un problema de regulación, cuanto de la naturaleza, alcance, contenido y aplicación de las normas, en definitiva, «de si dejan o no espacio a la iniciativa privada», tanto a la autonomía colectiva e individual como, sobre todo, a los poderes de decisión empresarial (45).

Resumiendo lo dicho hasta ahora, los modelos o tipos ideales de flexibilización pueden reducirse, siguiendo la clasificación adoptada por MARTIN VALVERDE (46), a tres:

- 1.º La flexibilización «neoliberal», postuladora de una desregulación radical del mercado de trabajo, mediante la supresión de la legislación tuitiva de condiciones mínimas, y el desmantelamiento o recorte de poder de los sindicatos.
- 2.º La flexibilización inspirada en el «liberalismo colectivo» o «*laissez faire* colectivo», que compensa la pérdida de mínimos legales con un reforzamiento de las instancias representativas de los trabajadores.
- 3.º La flexibilización de mera «adaptación» o «ajuste» a la crisis, caracterizada por la introducción de correcciones normativas que aligeran -en cuantía que puede llegar a ser muy importante- el acervo de la legislación laboral, pero sin alterar sus fundamentos dogmáticos, ni siquiera, de manera sensible, sus estructuras normativas.

(42) M. RODRIGUEZ PIÑERO, «Flexibilidad, juridificación y desregulación», *Relaciones Laborales*, t. I-1987, pág. 28.

(43) *Ibidem*, pág. 30.

(44) S. DEL REY GUANTER, «Desregulación ...», *cit.*, pág. 285.

(45) M. RODRIGUEZ PIÑERO, «Flexibilidad ...», *cit.*, págs. 29-30.

(46) A. MARTIN VALVERDE, «Las transformaciones del Derecho del Trabajo en España», en AA.VV., *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Madrid, Tecnos, 1985, págs. 33-34.

La experiencia española de flexibilidad del empleo ha respondido, por lo general, al modelo de adaptación o ajuste, «que no está inspirada en una concepción distinta de la ordenación de las relaciones de trabajo sino en el propósito programático de atender a las señales de los mercados (de trabajo y de productos)» (47). En definitiva, las ensayadas constituyen medidas flexibilizadoras del Derecho del Trabajo «que no ponen en peligro ni su esencia ni su dogmática, en gran medida porque la progresión de sus preceptos puede apreciarse como una constante histórica pero no como una forzosa regla» (48). Sólo en un aspecto parece haberse desbordado el cauce de este modelo de mera adaptación o ajuste, operándose un deslizamiento hacia el modelo de *laissez faire colectivo*: en la regulación de la contratación temporal como medida de fomento del empleo, que al no exigir causa justificativa de la previsión de un término final del contrato constituye un ataque a la raíz del principio de estabilidad en el empleo «que excede de la mera adaptación a la crisis, inscribiéndose en una flexibilización de otro tipo» (49).

Dicho lo cual, se procede al examen de las medidas flexibilizadoras más destacadas que han incidido sobre el mercado de trabajo español.

III. FLEXIBILIDAD DE ENTRADA: PROMOCION DE LAS MODALIDADES DE CONTRATACION TEMPORAL

Aunque el catálogo de medidas flexibilizadoras no se agota en la facilitación y promoción de la contratación temporal, no cabe duda que ésta ocupa un lugar relevante, advirtiéndose, como ha resaltado la doctrina, que el hilo conductor de las reformas normativas al servicio de la política flexibilizadora del mercado de trabajo ha sido el «gradualismo», por cuanto cada reforma en el sistema legal de contratación ha significado, respecto de la anterior, la eliminación de alguna de las limitaciones todavía existentes a la celebración de contratos temporales (50).

En épocas de crisis, el factor «tiempo» (duración del contrato y de la prestación de trabajo) abandona su lógica tradicional de comportamiento, sufriendo más que ningún otro componente de la relación de trabajo los embates de la flexibilidad, minando la esencia misma del entramado normativo laboral construido sobre el modelo de contrato de duración indefi-

(47) A. MARTIN VALVERDE, «El Derecho del Trabajo de la crisis en España», *cit.*, pág. 177.

(48) A.V. SEMPERE NAVARRO, «Sobre el concepto de Derecho del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 26, 1986, pág. 195.

(49) A. MARTIN VALVERDE, «El Derecho del Trabajo de la crisis ...», *cit.*, págs. 177-178.

(50) F. VALDES DAL-RE, «Flexibilidad en el mercado de trabajo y ordenamiento laboral», *Papeles de Economía Española*, núm. 22, 1985, pág. 308.

nida y a tiempo completo (51). En efecto, probablemente ningún otro principio del ordenamiento laboral ha experimentado más profunda transformación en las últimas décadas que el de estabilidad en el empleo (52); transformación en el sentido de admitir formas cada vez más permisivas de contratación temporal y, por consiguiente, revisoras de la preferencia del sistema por la contratación indefinida.

Asimismo, ha actuado como factor desencadenante de este fenómeno temporizador de las relaciones laborales la voluntad del poder público de favorecer, en un momento de creciente desempleo y de contracción de la demanda agregada, la generación de puestos de trabajo, aun precarios, en el marco de una política de empleo global.

1. Génesis, evolución e implantación de las modalidades precarias de contratación laboral en el sistema español de relaciones industriales.

De un punto de partida presidido por el dogma de la autonomía de la voluntad, entronizado por el naciente liberalismo a mediados del siglo XIX, que propiciaba la libertad absoluta de las partes para fijar inicialmente al contrato la duración que estimasen conveniente (53), el Derecho del Trabajo español pasó, a medida que se alejaba de sus orígenes y desde los años sesenta, a una etapa de defensa decidida del contrato de duración indefinida y a tiempo completo, primero por obra de la jurisprudencia y de las reglamentaciones y ordenanzas laborales, coincidente con un movimiento unidireccional de la doctrina favorable al principio de estabilidad en el empleo, y, después, en los inicios de la transición democrática -cuando en otros países ya se registraban experiencias de ajuste del ordenamiento laboral a la crisis económica-, del legislador, con lo que la contratación de duración determinada se refugió en un sentido de excepcionalidad, habida cuenta las importantes limitaciones que pesaban sobre la capacidad empresarial de suscripción de dichas modalidades contractuales.

(51) M.^a E. CASAS BAAMONDE y F. VALDES DAL-RE, «Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España», *Relaciones Laborales*, t. I-1989, pág. 241. *Vid.*, en general, sobre este tema, M. R. ALARCON CARACUEL, *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 39 y ss. Asimismo, S. GONZALEZ ORTEGA, «La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo», *cit.*, págs. 26-30.

(52) *Vid.* sobre esta cuestión A. OJEDA AVILES, «El final de un principio: la estabilidad en el empleo», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor G. Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pág. 467 y ss.; A. MONTOYA MELGAR, «La estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 10, 1982, pág. 161 y ss.; F. DURAN LOPEZ, *El trabajo temporal (la duración del contrato de trabajo)*, IES, Madrid, 1980; R. MARTINEZ EMPERADOR, *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, Madrid, IES, 1983; J. RIVERO LAMAS, *Estabilidad en el empleo, en España y el Mercado Común*, Barcelona, 1971, pág. 61 y ss.; G. DIEGUEZ CUERVO, «Estabilidad en el empleo y contratos temporales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 2, 1980, pág. 6 y ss.

(53) Coherentemente con esta entronización liberal del principio de autonomía de la voluntad de los sujetos contratantes, el artículo 1.583 del Código Civil dispondría que el arrendamiento de obras y servicios hecho por toda la vida es nulo.

La Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, mediatizada por un clima de inestabilidad política y fuertes movilizaciones sociales, consagró, por vez primera en un texto legal, la preferencia por la contratación indefinida y el carácter excepcional de los supuestos de contratación temporal permitidos en su artículo 15, bajo la supremacía del principio de estabilidad en el empleo. Lo que hacía el artículo citado era acotar las excepciones a la presunción *iuris tantum* sobre existencia de un contrato de duración indefinida, es decir, recogía casuísticamente -con valor de *numerus clausus*- los supuestos en que era lícita la celebración de contratos temporales (54). Con todo, «la Ley de Relaciones Laborales nació ya con su ataúd bajo el brazo» (55); se trataba, en efecto, de una norma anacrónica, dictada a espaldas -o a pesar- de la nueva realidad socio-económica, en un momento en que, obedeciendo a los imperativos de la crisis internacional, los ordenamientos comparados ya habían empezado a cuestionarse la procedencia indiscriminada del principio de estabilidad en el empleo y a promover la utilización de los contratos temporales (56), lo que hacía presumir razonablemente que el legislador español no quedaría al margen de aquella nueva orientación flexibilizadora.

(54) Estos eran: Contrato para obra o servicio determinado, eventual, de interinidad, contrato de artistas y deportistas profesionales, así como los celebrados para «aquellas otras actividades laborales que, por su naturaleza singular, constituyen un trabajo temporal y sean autorizadas por disposición legal».

(55) OJEDA AVILES, «El final de un principio ...», *cit.*, pág. 468.

(56) Cfr. F. DURAN LOPEZ, El trabajo temporal... , *cit.*, págs. 19 a 23. En el análisis de la evolución histórica del principio de estabilidad en el empleo que efectúa este autor (*op. cit.*, pág. 20 y ss.) afirma, refiriéndose a la situación de comienzos de la década de los ochenta, que la réplica a dicho principio procede desde posiciones empresariales, sindicales y económicas. Para las primeras, la condición asalariada difundida, concebida como garantía mínima para todo, ha de producir «una contención de los apetitos particulares y sobre todo la salvaguarda de la economicidad del conjunto del sistema. Es preciso si se quiere salvar el cuadro de conjunto, devolver la economicidad a las empresas, disminuyendo los condicionamientos que impiden el libre funcionamiento de las reglas económicas y restan eficacia a las unidades productivas. Deben ser, pues, la sociedad y el Estado quienes se hagan cargo de la generalizada demanda de seguridad, y no las singulares empresas que son unidades económicas que deben responder a sus propias leyes de funcionamiento». Por parte de las organizaciones sindicales «se comienza a plantear la posibilidad de que fuera un error la táctica sindical de defensa a ultranza del puesto de trabajo. Y ello porque resta flexibilidad al funcionamiento del sistema capitalista, tal como hoy es, generando el riesgo de peligrosas involuciones y porque contribuye a crear una dialéctica entre trabajadores ocupados y trabajadores desocupados ... Surge así la perspectiva de una gestión común a la crisis, y el objetivo de la lucha sindical tiende a identificarse más en la predisposición de un aparato de tutela que opere no contra, sino en el cuadro de la movilidad, tendiendo a reducir el costo social del paso de una ocupación a otra». «La tutela de los derechos del trabajador derivados de su permanencia o antigüedad en la empresa ... comienza a sufrir un proceso de drástica revisión. El favorecer la progresiva adquisición de derechos del trabajador -sobre todo económicos- conectados con antigüedad en la empresa, es, en efecto, una estrategia cuya bondad no aparece tan clara e incluso, a la luz de las consideraciones antedichas y de la nueva valoración de la movilidad, se presenta claramente como contraproducente». «Todo ello unido a que, ya previamente a la crisis económica, una meditación desapasionada podía poner de manifiesto que la preferencia absoluta por los contratos de duración indefinida era posible gracias a una concreta situación favorable del mercado de trabajo y, por consiguiente, era dependiente del mantenimiento de dicha situación, de tal forma que, ante el cambio de la misma, y el desequilibrio entre la demanda y la oferta de trabajo, se imponía la revisión de la posición del ordenamiento, aceptándose en condiciones de igualdad, o al menos de no tanta desigualdad, ambos tipos de contratos, correspondiente a distintas exigencias económicas, y, por tanto, igualmente útiles, lleva a un progresivo renacimiento del interés por los contratos temporales, y a una serie de medidas legislativas tendentes al facilitamiento de los mismos».

En efecto, la preferencia institucional por los contratos de duración indefinida fue posible gracias a una concreta situación favorable del mercado de trabajo y de creciente desarrollo económico, y era, por tanto, dependiente del mantenimiento de dicha situación (57). Por ello, al estilo de lo acaecido en otros países de nuestro entorno jurídico, el impacto de la crisis económica en España trajo consigo una revisión de los criterios que en punto a permanencia en el empleo se fueron aquilatando en épocas de crecimiento económico sostenido y estimables niveles de ocupación.

De este modo, pocos meses después de la promulgación de la Ley de Relaciones Laborales, se inauguró una praxis legislativa, continuada hasta la aprobación del Estatuto de los Trabajadores por Ley 8/1980, de 10 de marzo, que vino a «suavizar» el enorme rigor de aquella en su contundente formulación del principio de estabilidad contractual. El pórtico de esta inflexión normativa de claro designio flexibilizador, no exenta de vacilaciones y ambigüedades, fue el Real Decreto-Ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas, que permitía el recurso a la contratación temporal, más allá de los supuestos previstos en el artículo 15 de la Ley de Relaciones Laborales, con duración de hasta seis meses, para atender necesidades habituales y permanentes de las empresas, cuando los contratados fueran personas en situación de desempleo o que accedieran a su primer empleo. Posteriormente, y en desarrollo de la fórmula consensuada en los Pactos de la Moncloa para paliar la situación de paro que ya se comenzaba a percibir preocupante, sendos Reales Decretos-Leyes sobre política de rentas y empleo -los 43/1977, de 25 noviembre, y 49/1978, de 26 diciembre- permitieron e incentivaron la contratación temporal de trabajadores acogidos al seguro de desempleo o comprendidos en el programa para el fomento del empleo juvenil; en su desarrollo, desde finales de 1977 hasta principios de 1980 -es decir, hasta la entrada en vigor de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del ET- se promulgaron veintidós reglamentos reguladores de la contratación no indefinida, comportando una clara ruptura del principio de estabilidad en el empleo apenas cuatro años antes legalmente reconocido (58).

Bajo las insoslayables exigencias de la crisis económica, el Título I del Estatuto de los Trabajadores introdujo nuevas fórmulas de facilitación de la contratación temporal, oficialmente presididas por la idea de excepcionalidad o coyunturalidad, que unidas a la flexibilización operada en el régimen de despidos, se tradujeron en una notable disminución del capítulo de garantías individuales (59).

(57) F. DURAN, «Contratación temporal y crisis económica», en AA.VV., *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, *cit.*, pág. 188.

(58) La promulgación de los RR. DD. sobre fomento del empleo fue interpretada por la doctrina como «el final de un principio»: «el de estabilidad en el empleo» (A. OJEDA AVILES, *cit.*, pág. 465 y ss.). Como ha escrito F. PEREZ AMOROS, la citada normativa coyuntural abrió «una nueva y amplia vía operativa y conceptual de la práctica de la contratación por tiempo determinado, vía que ...tendrá acogida en la Ley del Estatuto de los Trabajadores» («Notas sobre la evolución del contrato de trabajo eventual en las disposiciones normativas y en la jurisprudencia», en AA.VV., *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, *cit.*, pág. 255).

(59) CASAS/BAYLOS/ESCUADERO, «Flexibilidad ...», *cit.*, pág. 17.

La regulación dispensada por el Estatuto de los Trabajadores de 1980 a la duración de los contratos, aunque establecía la presunción del carácter indefinido del contrato (art. 15.1), admitía no obstante la posibilidad de celebrar contratos de duración determinada en cuatro supuestos:

- a) Contratos para obra o servicio determinado.
- b) Contratos eventuales por circunstancias de la producción, con una duración máxima de seis meses al año.
- c) Contratos para sustituir a trabajadores con derecho a la reserva del puesto de trabajo. Principio común a todos estos supuestos, permitidos como excepción a la regla general de la duración indefinida del contrato de trabajo, es que se celebran para atender necesidades transitorias, objetivamente temporales o no permanentes de la actividad empresarial (contratos *estructurales*, *normales* u *ordinarios*).
- d) Contratos celebrados en atención a las circunstancias enumeradas en el número 3 del artículo 17 del propio Estatuto de los Trabajadores, cuando el Gobierno hiciera uso de la autorización prevista en dicho artículo.

Además, el apartado e) del artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores incluía entre los contratos temporales el que tiene por objeto la realización de trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo. Esta ubicación sistemática obedeció, desde luego, a un error técnico, pues el propio Estatuto de los Trabajadores se encargó de puntualizar que estos contratos participaban de la misma naturaleza que los indefinidos, al disponer, en el mismo artículo y letra, que: «Los trabajadores que realicen tal actividad (...) tendrán la consideración, a efectos laborales, de fijos de trabajos discontinuos».

Asimismo, el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores -versión de 1980- contemplaba otros dos supuestos en los que resultaba permitida la contratación de trabajadores por tiempo determinado: el contrato de trabajo en prácticas -por tiempo no superior a doce meses- y el contrato de trabajo para la formación -con una duración máxima de dos años-. Al igual que la modalidad prevista en el artículo 15.1 d) del Estatuto de los Trabajadores, los contratos en prácticas y para la formación no se fundamentaban en causas objetivas atinentes a necesidades perentorias de la organización productiva empresarial, sino que respondían a una finalidad educativa y de fomento del empleo juvenil.

Con todo, la novedad más importante y regresiva de la Ley 8/1980 fue precisamente la incorporación expresa de la posibilidad -ya practicada, como se vio, aunque de forma desordenada y fluctuante, durante la vigencia de la LRL 1976- de regular por vía reglamentaria la utilización de la contratación temporal, por tiempo máximo de tres años, en supuestos de

trabajadores de edad avanzada, con capacidad laboral disminuida, desempleados y de quienes accedieran a un primer empleo; dicha regulación supuso una auténtica excepción rompedora del principio de estabilidad en el empleo y de la teórica primacía de la contratación indefinida, al proporcionar cobertura legal a la permisión de contratos de duración determinada (contratos *coyunturales* o *anómalos*) inspirada, al margen de toda justificación objetiva atinente a la naturaleza del trabajo a realizar, en motivos de fomento del empleo. Esta decidida potenciación de la contratación temporal llevó a la doctrina a proclamar, tras la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, que «los contratos temporales (...) constituyen en el plano de la política laboral una categoría y no una anécdota; una norma, no una anomalía» (60).

A partir del Estatuto de los Trabajadores se inicia de nuevo una serie enmarañada de disposiciones reglamentarias dictadas para su desarrollo (61). Este camino de progresiva degradación del principio de estabilidad en el empleo desembocó en el Real Decreto 1445/1982, de 25 de julio, sobre medidas de fomento del empleo, que prorrogó de nuevo con carácter coyuntural la contratación temporal de este tipo, estableciendo generosos porcentajes de plantilla para que dicha contratación operase, y refundiendo, por su común finalidad de fomentar el empleo (62), la extensa relación de modalidades contractuales -dispersas en un confuso piélagos de normas gubernamentales-, las más de ellas construidas sobre la temporalidad del vínculo contractual: contratación temporal, en prácticas, para la formación, desempleados con cargas familiares o sin prestaciones y desempleados para trabajos temporales de colaboración social (63). «Esta línea normativa de ajuste a la crisis, insegura y confusa, experimental y, sobre todo, ineficaz para sus objetivos declarados, se movió entre el desconcierto jurisprudencial, la crítica doctrinal, la oposición de la izquierda política, el contenido entusiasmado de los empresarios y la contestación de los sindicatos mayoritarios» (64); esta última, neutralizada por la concertación formalizada en el Acuerdo Nacional de Empleo (ANE) de 9

(60) G. DIEGUEZ CUERVO, «Estabilidad en el empleo y contratos temporales», *cit.*, pág. 195. *Vid.* asimismo A. MONTOYA MELGAR, «La estabilidad en el empleo y sus excepciones», *cit.*, pág. 161 y ss.; F. DURAN LOPEZ, El trabajo temporal..., *cit.*, pág. 19 y ss.; A. OJEDA AVILES, «El final de un principio: la estabilidad en el empleo», *cit.*, pág. 467 y ss.; R. MARTINEZ EMPERADOR, «Duración del contrato de trabajo», en Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, t. IV, Madrid, Edersa, 1983.

(61) Real Decreto 2303/1980, de 17 de octubre, regulador de las modalidades ordinarias de contratación temporal previstas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores; Real Decreto 1361/1981, de 3 de julio, sobre contratos de trabajo en prácticas y para la formación; Real Decreto 1362/1981, de 3 de julio, por el que se autorizó la contratación temporal como medida de fomento del empleo «hasta el 31 de diciembre de 1982» (art. 1.º), haciendo uso el Gobierno de la autorización contenida en el artículo 17. 3 del Estatuto de los Trabajadores; Reales Decretos 1363 y 1364/1981, de 3 de julio, por los que se establecieron normas de fomento del empleo para trabajadores desempleados que hubieran agotado la prestación de desempleo o tuvieran responsabilidades familiares, y Real Decreto 1327/1981, de 18 de junio, sobre empleo de trabajadores minusválidos.

(62) L. E. DE LA VILLA GIL, Panorama de las relaciones laborales en España, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 63.

(63) Cfr. M.E. CASAS BAAMONDE y F. VALDES DAL-RE, «Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España», *cit.*, págs. 243 y 244.

(64) *Ibidem*, pág. 244.

junio 1981, pacto social firmado por el Gobierno, CEOE y los dos sindicatos más representativos, UGT y CC.OO, al mantener en su apartado VII.2, bajo la rúbrica de «desarrollo del Estatuto de los Trabajadores» que las partes firmantes coinciden en el importante efecto que sobre el empleo puede tener la promoción de las diferentes formas de contratación previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

El cambio político operado en octubre de 1982 con el triunfo electoral del PSOE hizo concebir nuevas esperanzas entre amplios sectores de juristas y medios sindicales en el sentido de que iba a corregirse la tendencia flexibilizadora de la contratación laboral que venía practicándose (65). Esperanzas que muy pronto se vieron defraudadas, pues ya de entrada el Gobierno socialista asumió una estrategia continuista de la política flexibilizadora seguida por la UCD, optando por una prórroga del Real Decreto 1445/1982, hasta el 31 de diciembre de 1983, bien que introduciendo pequeñas modificaciones de carácter progresista, como fueron la reducción del tiempo de duración de los contratos -de tres a dos años- y la disminución de los porcentajes de plantilla que habilitaban el recurso a la contratación temporal para fomento del empleo (66).

Así se llega a la reforma socialista del Estatuto de los Trabajadores, operada por Ley 32/1984, de 2 de agosto, que dio nueva regulación a las modalidades temporales y objetivas del contrato de trabajo, prefigurando, junto con la normativa reglamentaria que derivó de la misma, el panorama actual de modalidades de contratación laboral en el ordenamiento español. Dicho cambio legislativo, incidente, entre otros, sobre los artículos 11, 12, 15 y 17 del Estatuto de los Trabajadores, y ratificado como en momentos anteriores por concertación social en el Acuerdo Económico y Social (AES) firmado el 9 octubre 1984, «marca la fase de expansión o maduración de la legislación española de la flexibilidad del mercado de trabajo y del sistema normativo de empleo» (67). La Exposición de Motivos de la ley inscribe plenamente las correcciones o modificaciones operadas en el modelo de flexibilización normativa de «adaptación» o «ajuste» a la crisis (68), al dejar constancia expresa de que su principal razón de ser es «la adaptación del marco institucional que regula el mercado de trabajo a las nuevas circunstancias de la economía española, tras la crisis económica del último decenio», de donde se incardinaba la «necesidad de crear nuevos empleos» en un «marco legal de una mayor claridad y estabilidad para reducir la incertidumbre empresarial».

(65) Esperanzas que encontraron cierto acomodo en las ambiguas declaraciones del Subsecretario del Ministerio de Trabajo, Segismundo Crespo, favorable a conseguir «una mayor estabilidad en el empleo, sin lesión de la flexibilidad, sobre todo en las pequeñas empresas». *Cit.* por L. E. DE LA VILLA, *Panorama de las relaciones laborales en España*, Madrid, Tecnos, 1983, págs. 64 y 65.

(66) Cfr. L. E. DE LA VILLA GIL, *Panorama de las relaciones laborales en España*, *cit.*, pág. 65.

(67) M.E. CASAS y F. VALDES, «Diversidad y precariedad», *cit.*, pág. 246.

(68) MARTIN VALVERDE, «Las transformaciones del Derecho del Trabajo en España», *cit.*, pág. 33.

La Ley 32/1984 supuso una decidida liberalización de la contratación laboral, eliminando rigideces en el mercado de trabajo y haciendo más ágil el recurso a la contratación temporal (69); en este sentido, el movimiento de reforma propende nítidamente a «la asignación de mayores facilidades económicas y jurídicas» para el recurso a las nuevas modalidades de contratación (70), con sus secuelas de entronización de la eventualidad como fórmula privilegiada para la generación de empleo (71) y de recuperación de un vasto campo de actuación -el de los pactos sobre la duración de los contratos de trabajo- por la autonomía individual, a costa de la legislación de derecho necesario y de la autonomía colectiva (72). De la reforma de agosto del 84 se ha dicho que «no es sino el fin de un largo proceso que culmina con la “normalización” del trabajo atípico, con la consolidación de lo que hasta entonces se había presentado como provisional y efímero» (73).

Como ha destacado la doctrina, la reforma socialista de 1984, cuya declarada orientación flexibilizadora viose reafirmada, completada e intensificada por su desarrollo reglamentario, pivota en torno a tres ejes o directrices fundamentales (74):

1. La ampliación del ámbito de la contratación temporal «normal», «estructural» o «tradicional». Aunque su ubicación en el grupo de contratos temporales estructurales resulta problemática, el texto reformado del artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores incorpora [apartado d)] un nuevo supuesto entre los contemplados de contratos de duración determinada, que es el que se justifica a raíz del lanzamiento de una nueva actividad por las empresas. Se configura lo que cabría considerar como un período de experimentación, que permite a las empresas de nuevo establecimiento o que amplíen actividades eludir desde el comienzo la vinculación contractual indefinida, justificándolo en la incertidumbre relativa que pesa sobre la consolidación o perdurabilidad de la actividad lanzada (75).

(69) M. RODRIGUEZ PIÑERO, «La contratación temporal en la Ley 32/1984 y en los Decretos de desarrollo», en AA.VV., Comentarios a la nueva legislación laboral, *cit.*, pág. 87.

(70) A. MARTIN VALVERDE, «Las transformaciones ...», *cit.*, pág. 31.

(71) «Se parte, pues, de la base de que los empresarios contratarán a más trabajadores si se les permite hacerlo a través de las figuras de los llamados contratos «precarios», es decir, se parte del convencimiento de que los patronos contratarán más cuantas mayores sean las facilidades legales para extinguir los contratos» (A. MONTOYA MELGAR, «Estabilidad en el empleo y reforma socialista del Estatuto de los Trabajadores», *Revista de Trabajo*, núm. 76, 1984, pág. 75).

(72) *Ibidem*, págs. 31 y 36; *etiam*, M.E. CASAS y F. VALDES, «Diversidad y precariedad ...», *cit.*, pág. 247.

(73) F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «La flexibilidad y la doctrina. La extraña pareja», *Relaciones Laborales*, t. I/1991, pág. 89.

(74) F. DURAN LOPEZ, «Modalidades de contratación laboral», en F. DURAN LOPEZ, A. MONTOYA MELGAR y T. SALA FRANCO, El ordenamiento laboral español ..., *cit.*, pág. 109 y ss.; asimismo, J. SEGURA, F. DURAN, L. TOHARIA y S. BENTOLILA, Análisis de la contratación temporal en España, Madrid, MTSS, 1991, pág. 21 y ss.

(75) «La fijación previa de la temporalidad del contrato no se justifica aquí por la propia, y previamente conocida, temporalidad de la necesidad del trabajador, derivada de la propia naturaleza temporal de la tarea a realizar por éste (o de la sustitución temporal de otro trabajador), sino que el interés empresarial, que la ley estima legítimo, de que la colaboración del trabajador no sea permanente se conecta así a una falta de seguridad, al desconoci-

2. La normalización y flexibilización al máximo de la contratación temporal coyuntural o como medida de fomento del empleo. Como se sabe, esta modalidad constituye la excepción más notoria al principio de estabilidad en el empleo, pues su permisión se desliga de todo principio objetivo de causalidad o, en todo caso, responde a una justificación diversa a la de los contratos temporales estructurales, cual es la generación de puestos de trabajo. La Ley 32/1984 generaliza el ámbito subjetivo de la contratación coyuntural, al suprimir la referencia contenida en el artículo 17.3 a los grupos específicos de minusválidos, trabajadores maduros, desempleados y quienes accedan al primer empleo, sustituyéndola por la más genérica de «trabajadores demandantes de empleo». La modificación es importante, pues revela la pérdida de transitoriedad o excepcionalidad de este tipo de medidas latente en la redacción originaria (76).

3. La normalización del juego de otras modalidades de contratación, a saber: el contrato a tiempo parcial, la contratación en prácticas y para la formación.

Relegando para más adelante la reflexión sobre el contrato a tiempo parcial, por lo que respecta al contrato de trabajo en prácticas, se amplía su campo de actuación por tres vías:

a) Se amplían las titulaciones que permiten el recurso al contrato.

b) Se amplía el período durante el cual puede celebrarse el contrato tras la obtención de la titulación, que es de cuatro años, y

c) Se amplía la duración máxima del contrato, que es de tres años, siendo la mínima de tres meses, permitiéndose prórrogas sucesivas si la duración del contrato es inferior a la máxima posible.

En cuanto a las medidas flexibilizadoras que han afectado al contrato para la formación, cabe citar:

a) La ampliación de la edad con la que puede celebrarse el contrato, que cubre de los dieciséis a los veinte años.

miento, a la falta de certidumbre de la continuidad de la actividad a la que la prestación de ese trabajador se va a dedicar. No es la ocasionalidad prevista de antemano de esa actividad, sino la incertidumbre de la perduración de la misma, en función de su éxito económico, la que sirve para "justificar" y hacer lícita la contratación temporal» (M. RODRIGUEZ PIÑERO, «La contratación temporal ...», *cit.*, pág. 98). Asimismo, se ha podido decir que esta nueva vía de acceso a la temporalidad obedece «a un voluntarismo del legislador, deseoso de incentivar la aparición de nuevas empresas poniendo para ello a su disposición contratos de corta duración» (A. MONTROYA MELGAR, «La estabilidad en el empleo y la reforma socialista del Estatuto de los Trabajadores», *RT*, núm. 76, 1984, pág. 78).

(76) RODRIGUEZ PIÑERO, «La contratación temporal ...», *cit.*, pág. 106.

b) La ampliación de su duración máxima a tres años, con una duración mínima de tres meses, con el mismo juego de prórrogas sucesivas que el contrato en prácticas, y

c) La flexibilización de los deberes formativos por parte del empresario, permitiéndose la concentración o alternancia de los tiempos de enseñanza, que asimismo se reducen, con los de trabajo efectivo (77).

Todas estas modificaciones fueron pronto desarrolladas reglamentariamente: Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, que regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo, dotándola de una vocación de permanencia desconocida en Reales Decretos anteriores, según puede leerse en su Preámbulo, y profundizando en la dirección permisiva y liberalizadora de la Ley 32/1984 (78); Real Decreto 1992/1984, de 31 de octubre, sobre contratos en prácticas y para la formación; Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre, por el que se regulan el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial; Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre, por el que se regulan diversos contratos de duración determinada y el contrato de trabajadores fijos discontinuos, y Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio, sobre jubilación especial a los 64 años y nuevas contrataciones.

La evolución normativa que sintéticamente se ha descrito demuestra la progresiva erosión del principio de estabilidad en el empleo y la sustitución de éste por su antitético. Aunque el ordenamiento parte de una teórica preferencia por la contratación indefinida, la práctica está imponiendo el recurso a los contratos temporales como forma ordinaria de vinculación contractual. Tras la reforma de 1984 y su desarrollo reglamentario, el abanico de posibilidades de contratación temporal en nuestro ordenamiento es considerablemente amplio (79),

(77) Cfr. por todos F. J. PRADOS DE REYES, «El nuevo régimen jurídico de los contratos de trabajo en prácticas y para la formación», en AA.VV., Comentarios a la nueva legislación laboral, Madrid, Tecnos, 1985, pág. 45 y ss.

(78) Para un destacado sector doctrinal, la nueva regulación del contrato temporal como medida de fomento del empleo, contenida en el artículo 17.3 del Estatuto de los Trabajadores (reformado) y en el Real Decreto 1989/1984, extravasa el límite de la flexibilidad normativa de mera adaptación o ajuste a la crisis, «respondiendo más bien al modelo del liberalismo o *laissez-faire* colectivo», del que se hizo mención anteriormente (A. MARTIN VALVERDE, «Las transformaciones ...», *cit.*, pág. 35). Matizando esta opinión, V. MARTINEZ ABASCAL, F. PEREZ AMOROS y E. ROJO TORRECILLA, entienden que, en todo caso, el modelo de *laissez faire* o liberalismo colectivo que presta cobertura conceptual a la contratación temporal coyuntural es un modelo «desvirtuado» en la normativa española, desvirtuación que se produce «como consecuencia del retraimiento de la negociación colectiva -producto, a su vez, de distintos factores concurrentes- y del paralelo favorecimiento de la autonomía individual»; de donde, concluyen, «la contratación temporal coyuntural es susceptible de ser configurada como la antesala de una desregulación o flexibilización radical del empleo» («Los soportes jurídicos de la flexibilidad del mercado de trabajo en el ámbito de la contratación temporal», en AA.VV., Transformaciones del Derecho del Trabajo: Nuevas formas de empleo y concertación social, *cit.*, pág. 254).

(79) A las modalidades descritas deben sumarse los supuestos de contratación temporal y técnicas no contractuales de empleo asistenciales promovidas por las Administraciones Públicas: Contratos temporales celebrados con trabajadores desempleados al amparo de convenios de colaboración concertados por el INEM con otras Administra-

configurando un sistema de contratación «a la carta» integrado por hasta doce tipos de encuadramiento temporal (80), en el que hallan acomodo cualesquiera necesidades y preferencias empresariales. El último intento en este proceso de flexibilización del mercado de trabajo fue el proyecto de contrato de inserción profesional incluido en el Plan de Empleo Juvenil elaborado por el PSOE en mayo de 1988, que finalmente hubo de retirar el Gobierno tras el espectacular éxito de la huelga general celebrada el 14 de diciembre del mismo año.

En fin, paralelamente al avance de la política estatal flexibilizadora se advierte en los últimos años la consolidación de una línea jurisprudencial mucho más atenta que en épocas anteriores a las exigencias de la crisis económica, en detrimento de las garantías individuales del trabajador. Cabe destacar en este sentido el progresivo retroceso en la aplicación de la técnica del fraude de ley para dictaminar la conversión de un contrato temporal en otro indefinido, sobre todo cuando de evaluar se trata las irregularidades padecidas por las Administraciones Públicas, excluyendo sistemáticamente la calificación de fijeza que el artículo 15.7 del Estatuto de los Trabajadores anuda al fraude legal en la contratación (81). Asimismo, jurisprudencialmente se viene rechazando la calificación de ilegalidad del encadenamiento de contratos temporales estructurales y para fomento del empleo, por ser de diversa naturaleza, con amparo en la normativa reguladora de estos contratos. Como se ha puesto de relieve, «el control del fraude en la contratación temporal resulta verdaderamente difícil, tanto por la prácticamente inexistente capacidad de vigilancia por los representantes de los trabajadores, como por la propia construcción legal de la reglamentación de estos contratos» (82); no obstante lo cual, la doctrina considera que tales prácticas, sin reputarse ilegales dada la línea jurisprudencial prevalente, «sí cabe conceptuar (las), desde el punto de vista de las exigencias de la contratación flexible, como abusivas y no justificadas» (83).

ciones Públicas (organismos de la Administración del Estado, Corporaciones Locales y Comunidades Autónomas) para la realización de obras o servicios de interés general y social; contratos de empleo rural; trabajos temporales de colaboración social; contrataciones de personal temporal para la realización de obras o servicios formalizadas por los Departamentos Ministeriales, Organismos Autónomos y Entidades Gestoras de la Seguridad Social con cargo a créditos de inversiones previstos en las Leyes de Presupuestos.

(80) Una exposición sistematizada de este repertorio de contratos temporales en M.E. CASAS BAAMONDE y F. VALDES DAL-RE, «Diversidad y precariedad ...», *cit.*, pág. 247 y ss.

(81) Cfr., por todos, J. LOPEZ LOPEZ, «La contratación temporal y el fraude de ley», *Relaciones Laborales*, t. II/1990, pág. 339 y ss.

(82) M.E. CASAS, A. BAYLOS y R. ESCUDERO, «El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas», *Relaciones Laborales*, núms. 6-7, 1990, pág. 53.

(83) J. SEGURA, F. DURAN, L. TOHARIA y S. BENTOLILA, Análisis de la contratación temporal en España, *cit.*, pág. 47.

2. Las empresas de trabajo temporal.

Las empresas pueden atender sus necesidades temporales de mano de obra, bien directamente, contratando a sus propios trabajadores por tiempo determinado, bien indirectamente, recurriendo a las agencias o empresas de trabajo temporal (ETT), que les suministran por un cierto tiempo la mano de obra que precisan. En este último caso, la ETT contrata, por tiempo indefinido o determinado, según los modelos normativos, a un trabajador que acepta ser puesto temporalmente a disposición de una empresa utilizadora o cliente (EC); la ETT paga el salario y las cotizaciones, delegando toda o parte de su autoridad sobre el trabajador en la EC, a través de un contrato mercantil de puesta a disposición entre ambas (84). De este modo, la típica relación contractual bilateral entre empresario y trabajador, se convierte en una peculiarísima relación triangular entre la ETT, la EC y el trabajador temporal; habrá, pues, dos contratos -el contrato que vincula al trabajador con la ETT y el contrato de puesta a disposición entre la ETT y la EC-, de los que surgirán, sin embargo, tres relaciones distintas: La relación laboral que vincula a la ETT con el trabajador, la relación mercantil que se establece entre la ETT y la EC, y la relación, innominada aunque jurídicamente relevante a determinados efectos -sobre todo, en cuanto a la aplicación de las normas legales, reglamentarias y convencionales relativas al lugar de trabajo-, que surge entre el trabajador cedido y la EC (85), repartiéndose la ETT y la EC el complejo haz de derechos y obligaciones laborales que dichas relaciones comportan.

Desde el punto de vista de su utilidad, y siguiendo a DURAN LOPEZ (86), las empresas de trabajo temporal cumplen, entre otras, las siguientes funciones económico-sociales:

a) El recurso a estas empresas puede ser un medio adecuado para hacer frente a situaciones de emergencia, determinadas bien por la ausencia de trabajadores, bien por oscilaciones en la actividad de la empresa.

b) En tiempos de crisis, el trabajo que estas empresas proporcionan puede ser un eficaz instrumento para reducir el peso de las cargas salariales y de Seguridad Social, al transformar en variables costos que serían fijos si todo el personal de la empresa fuese permanente.

c) La «incertidumbre» económica constituye un elemento incentivante del recurso empresarial al trabajo temporal, como uno de los mecanismos (junto a los contratos de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, etc.), a través de los cuales los empresarios tratan de conseguir una gestión más flexible y dinámica, enfrentándose a las rigideces de la legislación laboral.

(84) T. SALA FRANCO et alri, *Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., Valencia, Tecnos, 1992, pág. 366.

(85) Cfr. M.C. PALOMEQUE LOPEZ, «Las empresas de trabajo temporal y el ordenamiento laboral español», *Revista de Trabajo*, núm. 74, 1984, págs. 26-28.

(86) «Las empresas de trabajo temporal», *Revista de Trabajo*, núm. 74, 1984, págs. 20-24.

Como se sabe, la situación normativa española es en estos momentos de prohibición de las ETT, salvo el caso específico -regulado por el R.D.L. 2/1986, de 23 de mayo, sobre servicio público de estiba y desestiba de buques (87)- de las sociedades estatales que contratan con trabajadores portuarios la relación laboral especial de estiba y desestiba, las cuales actúan como genuinas empresas de trabajo temporal respecto de las empresas portuarias que desarrollan tales actividades (88). Dos obstáculos normativos se oponen decididamente a la existencia y actividad de estas empresas:

- 1.º La prohibición expresa de las agencias privadas de colocación, cualquiera que fuese su finalidad, al reservarse el Estado el monopolio de la mediación en las contrataciones laborales, sin espacio lícito posible, por tanto, para las ETT, que, con las reservas ya apuntadas, actúan como auténticos proveedores privados de mano de obra (art. 16.2 ET; art. 40.2 LBE).
- 2.º La interdicción legal tanto del mero reclutamiento de trabajadores como su contratación para cederlos temporalmente a otras empresas (prestamismo laboral), cualquiera que sea el título de dicho tráfico de mano de obra, que llega a merecer incluso sanción penal por parte del ordenamiento jurídico (art. 43 ET; art. 499 bis CP).

Por consiguiente, nuestro ordenamiento veta la existencia de empresas interpuestas, dedicadas al prestamismo temporal de trabajadores.

3. La urgencia de una «contrarreforma» del sistema de contratación laboral.

La crisis económica, los cambios en la estructura productiva y las transformaciones tecnológicas han desactivado el principio de estabilidad en el empleo, fomentado la difusión y variedad del trabajo precario (89). En nuestro país, el ordenamiento laboral ha pasado, en el corto período entre 1980 y 1984, de una preferencia clara hacia el contrato de duración indefinida y a jornada completa a una preferencia, también clara y decidida pero de signo contrario, hacia los contratos temporales. El contrato de duración indefinida «está en crisis», como lo está el Derecho del Trabajo que había cimentado sobre el mismo su ordenación protectora (90).

(87) Modificado por la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE 25 noviembre).

(88) A. MONTOYA MELGAR, Derecho del Trabajo, 13.ª ed., Madrid, Tecnos, 1992, pág. 508.

(89) La «precarización» del empleo es así un efecto mayor de la crisis económica que padece el mundo occidental desde 1973 y que ha terminado por convertir el paradigma de trabajo estable y a tiempo completo en un lujo del pasado. Cfr. M. R. ALARCON CARACUEL, La ordenación del tiempo de trabajo, *cit.*, pág. 39. Y es que, como tiene dicho J.J. DUPEYROUX, «Le droit du travail, la crise, les contrats de travail á durée déterminée», en *Droit Social*, núms. 9-10, 1980, pág. 6, existe una cierta alergia a los vínculos estables en períodos aleatorios.

(90) M. RAMON ALARCON CARACUEL, La ordenación del tiempo de trabajo, *cit.*, pág. 37 y ss.

Los contratos temporales resultan especialmente atractivos para las empresas, que ven en ellos diversas ventajas: la inexistencia de costes asociados a la terminación del contrato (se eluden las indemnizaciones por despido), unos salarios inferiores (debido a unos derechos de antigüedad menores o inexistentes), cuotas inferiores a la Seguridad Social (al aplicarse los tipos de cotización sobre bases salariales más reducidas) y unos costes laborales no salariales más bajos (91).

La doctrina no ha dudado en manifestar su pesimismo ante esta inflacionada precarización del mercado de trabajo, advirtiendo sobre el riesgo de que la flexibilización que se demandaba como medida coyuntural de respuesta-ajuste a la nueva realidad socio-económica se instale con vocación de permanencia en nuestro sistema de relaciones laborales (92), y saliendo al paso de las peticiones empresariales de flexibilizar aún más el mercado de trabajo, entienden que tales demandas «no obedecen a una razonable necesidad de ajuste de empleo» (93). Si otrora los autores justificaron la introducción de limitaciones al principio de estabi-

(91) Las razones «internas» de la celebración de contratos temporales por las empresas son tres:

- a) «Razones tradicionales» -atención de necesidades objetivamente temporales de la empresa-.
- b) «Nuevas razones»: inseguridad empresarial de que la situación de pedidos futura le permita mantener a largo plazo el personal recién contratado; la empresa quiere tener a prueba al nuevo personal durante un período más prolongado del que permiten las disposiciones legales que regulan el período probatorio.
- c) Porque las disposiciones del Derecho laboral hacen demasiado difícil o costoso el despido del personal excedente.
- d) Un tercer grupo de razones corresponde a los casos en que las empresas firman contratos de duración determinada porque así lo quieren los trabajadores. Cfr. H. BIELENSKI y E. KÖHLER, «La emergencia del trabajo atípico en la Comunidad Europea», en AA.VV., El trabajo precario en la regulación del mercado laboral, Madrid, MTSS, 1992, págs. 355-357.

(92) M. E. CASAS Y F. VALDES, «Diversidad y precariedad ...», *cit.*, pág. 257: «... las nuevas formas de empleo, más o menos contestadas en su origen, son hoy ya parte sustancial de los sistemas de relaciones laborales. Y ciertamente su eclosión, precipitada en un pluralismo tipológico, no es ya más un episodio coyuntural, sino una nueva realidad estructural que se extiende imparablemente a costa del decrecimiento del trabajo estable y protegido, mermado también por el nuevo aliento tomado por el trabajo autónomo y cooperativo».

El trabajo temporal ya no es un mero complemento del trabajo permanente; «el trabajo temporal se ha convertido en una alternativa a la contratación de personal estándar, debido a que los contratos con diferente duración facilitan una rápida adaptación a las fluctuaciones de la actividad económica, sin ningún tipo de compromiso en términos de duración o de coste por parte del empresario». A. MARSHALL, «Secuelas del paro: el nuevo papel del trabajo temporal y del trabajo a tiempo parcial en Europa occidental», en AA.VV., El trabajo precario en la regulación del mercado laboral. Crecimiento del empleo atípico en Europa Occidental, Madrid, MTSS, 1992, pág. 63.

(93) F. VALDES DAL-RE, «Flexibilidad ...», *cit.*, pág. 313. Sigue diciendo este autor: «La adecuación del régimen jurídico de las instituciones laborales a las concretas circunstancias socioeconómicas es un hecho connatural a la formación y desenvolvimiento del ordenamiento laboral. Pero una cosa es la supresión de cuantas disfuncionalidades puedan poner en peligro intereses merecedores de protección en una situación de crisis económica, en la que exigencias de solidaridad en el empleo pueden hacer justificable el sacrificar el valor de la seguridad, y otra bien diferente la eliminación de todos los mecanismos de control público o sindical sobre la administración de la mano de obra. La recuperación para la gestión empresarial de las “antañonas” prerrogativas de contratar y despedir libremente, idea que subyace a la invocación de una mayor flexibilidad en el mercado de trabajo, no sólo carece de toda significación racionalizadora desde una perspectiva económica; resulta un proyecto incompatible con el de crear un sistema de relaciones laborales que aspire a incorporar los valores de la igualdad y de la justicia» (*ibídem*).

lidad en el empleo y la inevitabilidad de la flexibilidad laboral como respuesta a la crisis económica, en los últimos años se viene reclamando la necesidad de una corrección en la política estatal flexibilizadora, coincidente con un cambio de estrategia sindical en el mismo sentido rigidificador.

Pero frente a esta posición que clama por la vuelta al paraíso perdido de la estabilidad en el empleo, existe otra propuesta doctrinal que anima a buscar una reorientación de la acción protectora del Derecho del Trabajo que sea compatible con las nuevas formas de la contratación temporal (y a tiempo parcial) que, en suma, evite el completo hundimiento del Derecho del Trabajo como tal. En definitiva, se propone combinar ambas posturas metodológicas: por una parte, debe defenderse la estabilidad en el empleo en todos los supuestos en que la quiebra de la misma «no responda a maniobras especulativas de pescadores en río revuelto»; por otra parte, debe profundizarse en la vía de la construcción de un nuevo Derecho del Trabajo que no sería ya el de la «emergencia», en el sentido de situación excepcional, coyuntural y pasajera, sino el «emergente», esto es, «el adecuado a la nueva situación social que se dibuja en el cercano horizonte» (94).

«La crisis no se concibe como un bache después del cual todo volverá a ser como antes; por el contrario, cada vez parece más claro que las innovaciones tecnológicas que, por un lado, han contribuido a producirla y, por otro lado, ayudarán a salir de ella -la llamada “tercera ola”- trastocarán profundamente -lo están haciendo ya- los modos en que las personas podrán desarrollar su actividad profesional de ahora en adelante. Y los trastocarán fundamentalmente en una doble dirección: en primer lugar, obligándoles a cambiar de trabajo varias veces a lo largo de su vida laboral; y, en segundo lugar, solicitando de los trabajadores una prestación laboral mucho más reducida desde el punto de vista de la cantidad de trabajo requerida y mucho más flexible en cuanto al momento concreto en que la misma debe llevarse a cabo» (95).

Urge una reelaboración del Derecho del Trabajo que, sin afectar a su esencia, adapte sus estructuras normativas a la nueva realidad social subyacente, lo que exige un cambio de perspectiva: ya no es funcional el modelo de trabajo estable y a tiempo completo que ha estado presente en la evolución del ordenamiento laboral y en torno al cual decantó su disciplina «sobreprotectora» el Derecho del Trabajo clásico.

De cualquier modo, vaya por delante que no me parece justificada la amplitud con que se admite el recurso a la contratación temporal en nuestro país. El principio de estabilidad en el empleo, consagrado nominalmente en el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, debe continuar siendo un principio rector del ordenamiento, dotado de plena efectividad, relegando

(94) M. R. ALARCON CARACUEL, La ordenación del tiempo de trabajo, *cit.*, pág. 41.

(95) *Ibidem*, págs. 39-40.

la contratación por tiempo determinado a la situación de excepcionalidad que históricamente le ha correspondido. De hecho, como se ha puesto de relieve, aunque la crisis económica que todavía vivimos tiene un alcance universal, no todos los ordenamientos de la Comunidad Europea han adoptado medidas flexibilizadoras, y en aquellos países donde se han adoptado no adquieren la complejidad y amplitud que en nuestro sistema de relaciones laborales. No se trata, pues, de una necesidad histórica. Además, en los Proyectos de Directiva sobre trabajo temporal presentados por la Comisión al Consejo en agosto de 1990 (96), se establece claramente el principio de excepcionalidad de la contratación de duración determinada y la «normalidad» de la relación indefinida, observándose una serie de garantías para los trabajadores y sus representantes en el primer supuesto (97), que básicamente se traducen en la aplicación de los principios de proporcionalidad y de igualdad de trato al trabajador temporal y/o a tiempo parcial respecto del trabajador indefinido y/o a tiempo completo.

Por otro lado, no es en absoluto evidente que el trabajo precario aporte mayores beneficios a las empresas. Hay razones para dudar de que los trabajadores temporales tengan una productividad elevada. La mayoría de los puestos de trabajo, incluso los poco cualificados, requieren un cierto grado de formación, de la que no disfrutaban los trabajadores temporales, por lo que es probable que los costes de supervisión de su actividad sean elevados, y también es probable que la motivación sea escasa, a menos que haya ciertas perspectivas de consolidar un puesto de trabajo fijo. En definitiva, la utilización del empleo precario tiene un coste en términos de productividad laboral que puede o no verse compensado por unos costes salariales directos más bajos (98).

Por lo demás, esta progresión de formas inestables, precarias o atípicas de contratación laboral, comporta, como efecto socialmente indeseable, una menor protección del trabajador, quien no sólo ve sesgadas de antemano sus expectativas a la conservación del puesto de trabajo que viene desempeñando, sino que, además, acusa la disfunción que supone proyectar

(96) Son las siguientes:

- a) Propuesta de Directiva relativa a determinadas relaciones laborales en lo que respecta a las condiciones de trabajo.
- b) Propuesta de Directiva relativa a determinadas relaciones laborales en lo que respecta a las distorsiones de la competencia, y
- c) Propuesta de Directiva por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores temporales.

De estos tres Proyectos de Directiva, hasta la fecha sólo ha fraguado el citado en último lugar: actualmente, Directiva CEE 25 junio 1991, que completa las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal.

(97) J. SEGURA, F. DURAN, L. TOHARIA y S. BENTOLILA, Análisis de la contratación temporal en España, *cit.*, pág. 36 y ss.

(98) G. RODGERS, «El debate sobre el trabajo precario en Europa occidental», en AA.VV. El trabajo precario en la regulación del mercado laboral, *cit.*, pág. 31.

sobre su prestación de servicios un nutrido elenco de categorías e institutos laborales y de Seguridad Social (complementos por antigüedad, vacaciones, suspensiones, excedencias; pensiones contributivas, ...) de los que no puede beneficiarse a pleno rendimiento, en la medida que el legislador ha ordenado su regulación tomando como referente casi exclusivo el que se ha venido considerando modelo normal y central de relación de empleo fijo y a plena jornada (99). Fenómeno este acentuado por la implantación de determinadas prácticas negociales, ampliamente contestadas por la jurisprudencia constitucional y ordinaria, que excluyen, total o parcialmente, a los trabajadores temporales del ámbito de aplicación del convenio colectivo, o incluyen previsiones de las que sólo pueden beneficiarse los trabajadores fijos o que hayan acumulado una cierta antigüedad (100).

Se produce así respecto de los trabajadores temporales una «huida del Derecho del Trabajo», en terminología de RODRIGUEZ PIÑERO (101), una elusión de las reglas de la disciplina, en el sentido de que la proliferación de estas formas de empleo atípicas implican

(99) M.F. FERNANDEZ y S. DEL REY, «Regionalización del sistema de relaciones laborales, autonomía colectiva y política de empleo», en II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Madrid, 1985, págs. 133-134.

(100) La jurisprudencia se ha pronunciado repetidas veces sobre el tratamiento dispensado a los trabajadores temporales en la negociación colectiva, e insiste en mantener una posición abiertamente contraria a la posibilidad de que las partes negociadoras decidan excluir a los trabajadores no fijos de la esfera de actuación del convenio, fundamentando la ilicitud de dicha práctica en la ausencia de una razón objetiva o motivo razonable que justifique la introducción de diferenciaciones normativas, en situaciones cualitativamente iguales. Dicho de otra manera, la duración, limitada o indefinida, del contrato de trabajo no constituye en sí misma razón suficiente para establecer distingos entre trabajadores de la misma categoría que presten servicios de igual valor; la exclusión deviene entonces discriminatoria y, por tanto, nula; especialmente cuando, según ha podido constatar la doctrina, la remisión a un orden normativo distinto para los trabajadores atípicos se traduce por lo común, y sobre todo, en la asignación de condiciones de trabajo inferiores a las disfrutadas por los trabajadores de plantilla, señaladamente en materia salarial, pero también respecto de otros institutos laborales, de donde la configuración del convenio excluyente como un pacto en perjuicio de terceros.

Cfr. SSTCT 29 agosto 1983 (Ar. 7308); 13 enero 1984 (Ar. 779); 25 junio 1985 (Ar. 4389); 3 febrero 1986 (Ar. 1310); 25 febrero 1986 (Ar. 1342); 6 marzo 1986 (Ar. 1984); 7 mayo 1986 (Ar. 3917); más reciente, por todas, la STCT de abril 1988 (Ar. 4201). Una recopilación de sentencias bastante completa en J HERVAS, «Jurisprudencia del TCT sobre discriminación por razón de la temporalidad de la relación contractual», en Documentación Laboral, núm. 30, 1990, pág. 333 y ss.

El tema ha llegado al Tribunal Constitucional, que ha venido a convalidar esta corriente de doctrina, sobre todo en dos sentencias: la núm. 52/1987, de 7 de mayo, y, muy especialmente, la núm. 136/1987, de 22 julio. Recientemente, *vid.* la STC 171/1989, de 19 octubre.

Entre las aportaciones doctrinales que se han interesado por estas sentencias, *vid.*: M. ALONSO GARCIA, «Discriminación de trabajadores no fijos de plantilla. Confirmación de la doctrina de los Tribunales de instancia sin que sea susceptible de recurso de amparo una interpretación amplia del artículo 14 de la Constitución», en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 29, 1987, pág. 136 y ss.; E. BORRAJO DACRUZ, «Unidad de empresa y desigualdad de trato laboral», en Actualidad Laboral, núm. 28, 1987, págs. 1.573 y 1.574; J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, «Las condiciones de trabajo en los convenios colectivos y el principio de no discriminación» (I y II), en Actualidad Laboral, 1987-II, pág. 2.457 y ss., 2.505 y ss.; A. BAYLOS GRAU, «Trabajo temporal y no discriminación», en *Relaciones Laborales*, núm. 21, 1987, pág. 31 y ss.; M. F. FERNANDEZ LOPEZ, «La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos», en *Relaciones Laborales*, núm. 9, 1988, pág. 18 y ss.

(101) «La huida del Derecho del Trabajo», en *Relaciones Laborales*, núm. 12, 1992, pág. 5.

una revaluación formal del contrato de trabajo como mecanismo regulador de la relación laboral, no sólo porque se deja a las partes la libre determinación en cuanto a la duración y extinción del contrato, sino también en cuanto a su contenido, ante la ineffectividad de buena parte de las normas laborales, por las razones antedichas.

A los expuestos cabe añadir otros efectos negativos que sobre los asalariados comporta su contratación temporal: efectos psicológicos -el trabajo precario es perjudicial para la salud psicológica del individuo, por la inseguridad e incapacidad para planificar el futuro, con aumento de los síntomas de depresión (102)-; fragmentación del mercado de trabajo con disgregación de la fuerza social de los trabajadores, ruptura de la solidaridad y fomento del individualismo (103); el peligro de quedarse en paro aumenta (algunas de estas formas de empleo atípico generan repetidas vueltas al mercado de trabajo: Efecto rotación/sustitución), crece el riesgo de accidentes por falta de preparación técnica, etc.

Además, todo parece indicar que las medidas flexibilizadoras de la contratación temporal no han cumplido, ni es previsible que vayan a cumplir, el objetivo esperado de regeneración de puestos de trabajo que era el argumento básico invocado desde los círculos empresariales y aceptado por los poderes públicos para justificar la política de creciente permisibilidad y normalización de los contratos temporales (104). Como ha resaltado la doctrina, estas medidas institucionales son escasamente significativas a la hora de inducir a nuevas inversiones; «son las medidas estrictamente económicas, la política económica en su conjunto, el verdadero motor de la generación de nuevos empleos» (105).

(102) B. BURCHELL, «El impacto de la precariedad del mercado de trabajo sobre los individuos en el Reino Unido», en AA.VV., *El trabajo precario en la regulación del mercado laboral*, *cit.*, pág. 401 y ss.

(103) Desde el punto de vista sociológico, se habla de «fragmentación» de la clase trabajadora, teniendo el término «fragmentación» un doble significado: primero, los trabajadores se dividen en categorías que tienen un cierto grado de dificultad para convivir una junto a otra; en segundo lugar, la capacidad de los trabajadores así fragmentados para actuar de forma colectiva se reduce considerablemente. G. CAIRE, «El empleo asalariado atípico en Francia», en AA.VV., *El trabajo precario en la regulación del mercado laboral ...*, *cit.*, pág. 175.

(104) Cada vez es mayor el escepticismo en torno a la virtualidad creadora de empleo de este tipo de medidas. Cfr. A. MONTOYA MELGAR, «Un debate europeo sobre crisis de empleo y reparto de trabajo (El Coloquio Internacional del Centro de Estudios Jurídicos Europeos, Ginebra 1983)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 20, 1984, quien expone esta conclusión: «Las fórmulas de mantenimiento y reparto de empleo se hallan tan generalizadas en los ordenamientos considerados, como puestas en tela de juicio en cuanto a sus efectos reales sobre el mercado de trabajo» (pág. 501).

(105) A. MONTOYA MELGAR, «La estabilidad en el empleo y la reforma socialista del Estatuto de los Trabajadores», *cit.*, pág. 80, quien añade: «La erosión, acentuada con las reformas, de la estabilidad en el empleo, ni ha producido ni va a producir efectos apreciables en cuanto al crecimiento de los puestos de trabajo. Pero, por el contrario, es más probable que lleve a una situación generalizada de desprotección e inseguridad de los trabajadores; a una situación, por tanto, de descontento que, antes o después, podría repercutir sobre el equilibrio del sistema social».

Los sindicatos CC.OO. y UGT han elaborado conjuntamente una serie de reformas en materia de contratación laboral, cuyo objetivo es defender la estabilidad en el empleo, plenamente compatible con la existencia de normas sobre contratación temporal que permitan a la empresa su adaptación a las diferentes circunstancias, tanto internas como de mercado. En definitiva, se trata de recuperar el principio de causalidad, de manera que la realización de contratos temporales se ajuste a la realización de trabajos no estables y poner fin a la selva de contratos precarios, que hoy alcanza al 90 por 100 de las nuevas contrataciones.

Parece, en efecto, llegado el momento de ensayar una reforma estructural del sistema de modalidades de contratación, que ponga coto al fraude y abuso generalizados en la utilización de los contratos temporales. Reforma que, en todo caso, no habrá de ser radical, sino adoptada con las necesarias cautelas, considerando la crítica situación económica por la que se atraviesa, caracterizada por un menor crecimiento de la producción y de las rentas nacionales, y una precipitada inversión en la tendencia creadora de puestos de trabajo de años precedentes. En este sentido, la Comisión de Expertos independientes designada por el Ministerio de Trabajo para elaborar un informe sobre los efectos sobre la economía española de los diferentes tipos de contratación laboral flexible, en especial por tiempo determinado, ha podido detectar «numerosas disfuncionalidades jurídicas y económicas tanto en su utilización individual como desde la perspectiva del conjunto de todas ellas como un modelo integrado de modalidades de contratación» (106). Sintéticamente, las propuestas o recomendaciones elevadas por dicha Comisión de Expertos, que en ningún caso habrían de comportar «modificaciones radicales -en ninguna dirección- en los elementos básicos del sistema de contratación laboral» fueron las siguientes (107):

a) Mayores limitaciones al contrato temporal como medida de fomento del empleo, dado que se trata de un contrato que elude el principio de causalidad: reducción de su duración máxima a dos años; regulación de las empresas de trabajo temporal, imponiendo como tope máximo para los contratos celebrados a través de las mismas el mínimo que la legislación

(106) J. SEGURA, F. DURAN, L. TOHARIA y S. BENTOLILA, Análisis de la contratación temporal en España, *cit.*, pág. 117. Insistiendo en los aspectos puramente jurídicos, entienden estos autores que «la regulación independiente y no suficientemente coordinada de diversas formas de contratación ha traído consigo la ausencia de un sistema de garantías conjuntas que ha fomentado prácticas de elusión o abuso de ley que es necesario tratar de eliminar; ha provocado una complejidad excesiva en la legislación que ha facilitado cambios en la interpretación de la norma por parte de los jueces y tribunales laborales; y generado un grado de indefensión y de incertidumbre innecesario en las partes» (*ibidem*, pág. 118). Desde una perspectiva económica, señala la Comisión «la existencia de objetivos muy diversos, y a veces parcialmente contradictorios, entre algunas figuras contractuales; la persecución de objetivos por medio de modalidades de contratación que podrían lograrse de forma más eficiente con otros instrumentos, y la existencia de figuras contractuales que generan incentivos insuficientes o inadecuados para lograr los objetivos que realmente se proponen» (*ibidem*, *loc. cit.*)

(107) *Ibidem*, pág. 121 y ss.

determine para los contratos temporales de fomento del empleo; reducción de la duración mínima del contrato a tres meses; sustitución de contratos eventuales y de los celebrados a través de empresas de trabajo temporal, con duración superior a tres meses, por contratos de fomento del empleo; posibilidad de prórrogas sucesivas, por tiempo igual al de su duración previa, hasta agotar la duración máxima de dos años.

b) En cuanto a las modalidades de contratación temporal estructural: que se formulen con más precisión las causas de contratación eventual, a fin de evitar su utilización fraudulenta suplantando la contratación fija de carácter discontinuo, y reducción de su duración máxima a tres meses; eliminación del contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad.

c) En cuanto a otros contratos temporales de fomento del empleo, se propone:

1. En cuanto al contrato de relevo y jubilación parcial, que el trabajador relevista se convierta en fijo de plantilla a tiempo completo cuando tenga lugar la jubilación definitiva del trabajador en jubilación parcial; que el contrato a tiempo parcial considere el módulo anual para la comparación entre el tiempo de trabajo reducido propio del mismo y el tiempo normal o habitual, estableciendo, sin embargo, una regla de preferencia para el contrato fijo de carácter discontinuo.
2. En cuanto a los contratos en prácticas y para la formación: que el contrato en prácticas se limite a titulados superiores, se elimine toda subvención o bonificación, se fijen porcentajes máximo y mínimo de su salario en proporción al percibido por empleados de su misma categoría en las empresas contratados a tiempo indefinido, ampliación duración mínima a seis meses y reducción máxima a tres años; que al contrato para la formación se le supriman las exenciones, se determinen subvenciones adecuadas a la comprobación de la formación efectiva y se fijen límites máximo y mínimo al salario a percibir como proporción del salario percibido en la empresa por trabajadores formados, reducción duración mínima a seis meses y máxima a dos años.

d) En cuanto a otros contratos no temporales de fomento del empleo (minusválidos/desempleados mayores de 45 años): se propone su supresión, sustituyéndolas por programas específicos de política económica; que la subvención en caso de minusválidos se destine a financiar la reforma de instalaciones precisa para que el puesto de trabajo pueda ser utilizado por un minusválido, y no abaratar la contratación del mismo.

e) Como garantías jurídicas comunes a las diversas modalidades de contratación temporal, se recomienda:

- 1.º Que todo contrato de duración superior a 2 años reciba un régimen jurídico asimilado al del contrato indefinido (antigüedad, beneficios no salariales, ...) y sea sometido igualmente a un régimen específico de extinción, con exigencia de preaviso y de indemnización para el trabajador de veinte días de salario por año de servicio.
- 2.º Que se prohíba de forma explícita toda forma de encadenamiento de contratos no indefinidos de cualquier naturaleza.
- 3.º Que se diseñe un sistema de garantías conjuntas para todas las modalidades de contratación no indefinidas, que evite el uso de las mismas como forma precarizadora del empleo.
- 4.º Que se cree una Comisión de Legislación que, en el plazo más breve posible, proceda a una nueva redacción del Estatuto de los Trabajadores que derogue toda la legislación previa en esta materia.

Aceptando, en una valoración de conjunto, la oportunidad de las modificaciones propuestas, sería conveniente, por lo que se refiere en concreto al contrato temporal como medida de fomento del empleo, una revisión de la regulación actual de alcance más restrictivo, elevando la duración mínima del contrato (de seis meses a un año) y reimplantando el sistema de porcentajes de plantilla para recurrir a esta modalidad contractual.

La penúltima reforma del sistema de contratación laboral, operada por el Real Decreto-Ley 1/1992, de 3 de abril, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo -derogado por Ley 22/1992, de 30 julio, del mismo nombre, que lo reproduce en su integridad ampliando algunos aspectos-, se ha limitado, en lo que respecta a las modalidades de contratación temporal, a elevar la duración mínima del contrato de fomento del empleo, de seis meses a un año -novedad legislativa que se entiende perfectamente desde la perspectiva de la reforma efectuada en materia de protección del desempleo, que ha supuesto la ampliación del período mínimo de carencia para causar derecho a la prestación contributiva de seis meses a un año-, y a suprimir las bonificaciones en la cotización empresarial a la Seguridad Social por los trabajadores contratados en prácticas y para la formación; además, a partir de la Ley 22/1992 se suprime la reducción en la aportación por contingencias comunes de los trabajadores contratados al amparo de dichas modalidades -cuya cotización se calculaba aplicando un coeficiente que, para 1992, era del 0,6590- y el tiempo de duración de dichos contratos será computable desde ahora a efectos de carencia de la pensión de jubilación.

Ultimamente, como medida excepcional de choque contra el desempleo en una coyuntura económica singularmente grave, el Real Decreto-Ley 3/1993, de 26 de febrero, de medidas urgentes sobre materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo, autoriza

que los contratos para fomento del empleo que agoten el plazo máximo de duración permitido (tres años) entre el 3 de marzo y el 31 de diciembre de 1993, puedan, transitoriamente, ser prorrogados por un año más, sin que las prórrogas en su caso tengan una duración inferior a seis meses, hasta alcanzar un período máximo de cuatro años (art. 17.1). La empresas que, habiendo hecho uso de la prórroga extraordinaria, opten por la conversión de dichos contratos en indefinidos a la finalización de los cuatro años de duración máxima, recibirán una subvención de 250.000 pesetas (art. 17.2). El plazo para concertar la prórroga excepcional de los contratos temporales de fomento del empleo cuyo período máximo de tres años venza dentro de los diez días siguientes a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/1993, será de diez días, a partir del respectivo vencimiento (disp. trans. única).

En definitiva, pues, las últimas reformas normativas en materia de contratación temporal se alejan bastante de las propuestas *supra* formuladas.

Por lo que se refiere a las empresas de trabajo temporal (ETT), ya se estudió la interdicción general que pesa sobre su existencia y funcionamiento en el Derecho del Trabajo español, a virtud de las prohibiciones contenidas en los artículos 16.2 y 43 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, esta situación normativa puede cambiar, a la vista sobre todo de la permisión generalizada de las ETT en los ordenamientos comparados y de la existencia de normas comunitarias que admiten la licitud de las ETT, bien que con una serie de cautelas para garantizar los derechos de los trabajadores temporalmente cedidos (108). Se ha resaltado igualmente la obsolescencia de las normas contenidas en los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores, que desde hace tiempo sufren un elevado grado de inoperancia ante los importantes cambios habidos en la estructura productiva de las empresas, en sus modos de organización y en su complejo de relaciones (109). De otro lado, no puede obviarse que el debate sobre las ETT se proyecta sobre un dato de todos conocido, y tolerado por lo demás: su existencia y funcionamiento en el mercado de trabajo (110), bajo apariencias jurídicas diversas a fin de evitar la aplicación de la prohibición legal de la cesión de trabajadores.

(108) Cfr. la Propuesta de Directiva modificada, de 3 abril 1984; asimismo, la Directiva 91/383/CEE, de 25 junio 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores con contratos de duración determinada y ocupados en empresas de trabajo temporal, y el todavía Proyecto de Directiva (presentado por la Comisión al Consejo en agosto 1990) sobre condiciones de trabajo en las relaciones laborales a tiempo parcial y temporales (incluidos contratos de duración determinada y trabajadores al servicio de empresas de trabajo temporal).

(109) Describiendo el nuevo y complejo contexto económico en el que se ubican las ETT, M. D. ROMAN DE LA TORRE, «La situación jurídico-laboral de las empresas de trabajo temporal en España», *Relaciones Laborales*, núm. 22, 1991, págs. 15-18.

(110) M. E. CASAS BAAMONDE, A. BAYLOS y R. ESCUDERO, «El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas», *Relaciones Laborales*, núms. 6-7, 1990, pág. 56.

En este sentido, se postula la conveniencia de regular estas técnicas interpositorias actualmente ubicadas en una zona oscura de dudosa legalidad, afectadas en principio por la prohibición general de toda cesión de mano de obra que establece el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, bien que una interpretación judicial restrictiva del ámbito de aplicación de aquel precepto ha determinado la admisión *de facto* de estas empresas (111).

La legalización de las ETT supondría en España conceder carta de naturaleza a una situación de hecho preexistente, normalizando la actividad de suministro de mano de obra que las mismas desarrollan, práctica por cierto cada vez más extendida, procediendo a su deslinde de otras figuras claramente ilícitas y garantizando suficientemente los derechos laborales y de Seguridad Social de los trabajadores afectados por la puesta a disposición (112); además, no puede desprejiciarse la virtualidad que una regulación permisiva de las ETT, aunque necesariamente formulada en términos restrictivos, tendría en orden a provocar la emergencia y normalización de formas y situaciones cada vez más frecuentes de trabajo más o menos clandestino (trabajo a domicilio, utilización intensa y a veces abusiva de contratados y subcontratados, tráfico fraudulento de mano de obra) (113).

IV. FLEXIBILIDAD INTERNA: ORGANIZACION DEL TRABAJO EN LA EMPRESA

Dentro de esta segunda fase en el circuito de la flexibilidad laboral, es común el tratamiento de temas tales como la descentralización productiva, la distribución del tiempo de trabajo, la movilidad funcional y geográfica, la flexibilidad salarial, la modificación de condiciones de trabajo y/o la suspensión del contrato por causas tecnológicas o económicas. En las páginas que siguen se ofrece una semblanza del tratamiento en clave flexibilizadora que han recibido tales cuestiones en el Derecho español del Trabajo.

(111) Recientemente, SSTSJ del País Vasco de 24 febrero y 29 junio 1992, para las que el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores «... hay que tomarlo con la cautela que requieren las situaciones laborales actuales y de acuerdo con el artículo 3 CC, es decir, con la realidad social del momento en que debe aplicarse, pues no es lo mismo la recluta y el préstamo de trabajadores que el trabajo. Lo que hacen las empresas denominadas de “trabajo temporal” es la dación de trabajo, no de trabajadores». «A este respecto ..., no hay cesión ilegal si concurren las siguientes circunstancias:

- a) Si hay un soporte contractual entre ambas empresas, de servicio o de obra.
- b) Si los trabajadores tienen una contratación en la empresa adjudicataria con los requisitos legales.
- c) Si se les ofrecen todas las garantías y derechos irrenunciables contenidos en el Estatuto de los Trabajadores o en las normas laborales.
- d) Si no se vulneran las normas comunitarias en materia de empresas de trabajo temporal, y
- e) Si no existe animus de defraudación o intención especulativa de traficar con la mano de obra».

(112) Como señala M. RODRIGUEZ PIÑERO-ROYO, Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal, Madrid, MTSS, 1992, pág. 497: «... una regulación de este tipo no debe limitarse a admitir la situación tal y como existe en la actualidad, sino que debería ser más selectiva, llevando a la exclusión de determinadas empresas que no alcanzan los niveles de solvencia y seriedad considerados adecuados en los modelos europeos de referencia».

(113) F. DURAN LOPEZ, «Las empresas de trabajo temporal», *cit.*, pág. 25.

1. La descentralización productiva.

Uno de los fenómenos más significativos de las transformaciones experimentadas por los sistemas de trabajo de las empresas en las sociedades industrializadas durante los últimos tiempos lo constituye la «descentralización» del proceso productivo, entendida como una forma de organización de la actividad empresarial en virtud de la cual una empresa -a la que denominaremos «empresa principal»- decide no ejecutar directamente y con trabajadores propios ciertas actividades de su ciclo productivo, sino que transfiere su realización a otra -a la que calificaremos como «empresa auxiliar»-, quien las lleva a cabo mediante sus propios trabajadores. La cobertura jurídica de estas prácticas descentralizadoras del proceso productivo se instrumenta mediante la celebración de una contrata -entre el empresario principal (comitente) y la empresa auxiliar (contratista)- y, eventualmente, una subcontrata -entre la empresa auxiliar que, actuando como principal, transfiere a su vez parte del encargo a un tercero (subcontratista)- de obras o servicios. Como se ha escrito, «el descubrimiento de que las economías de escala ya no aparecen indisolublemente ligadas a un entero ciclo productivo, sino que son posibles en las diversas fases de éste, ha permitido fragmentar el ciclo productivo concentrándose en las fases más rentables de éste y exteriorizando (“externalizando”) las restantes» (114).

Como se dijo *supra*, el ordenamiento laboral español parte de una concepción «patológica» y, por lo mismo, restrictiva, de las prácticas descentralizadoras del ciclo productivo (115). El núcleo del problema se resume «en una concepción legal que parte de la debilidad económica de la pequeña empresa y su fuerte dependencia de la grande y, de otro, de las frecuentes figuras de interposición conexas a la microempresarialidad y la externalización de servicios antes desarrollados por una sola empresa» (116). Ello explica el establecimiento de ciertas cautelas legales en favor de los trabajadores afectados por estas técnicas de contratación/subcontratación de obras y/o servicios, básicamente contenidas en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, «dado el riesgo de fraudes e incumplimientos empresariales que implican estos supuestos» (117). Por su parte, y como una medida de control adicional, la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación laboral, ha establecido el deber del empresario de remitir información trimestral a dichos representantes sobre los supuestos de subcontratación que afecten a la empresa (art. 1.º 3).

(114) F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Nuevas tecnologías...*, *cit.*, pág. 17.

(115) F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *cit. supra.*, pág. 19.

(116) M. E. CASAS, A. BAYLOS y R. ESCUDERO, «El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después ...», *cit.*, pág. 55.

(117) T. SALA FRANCO et alri, *Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., *cit.*, pág. 367.

Como se sabe, el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores establece una responsabilidad solidaria entre empresario principal, contratista y subcontratista por las deudas salariales y de Seguridad Social contraídas por estos últimos respecto de sus trabajadores durante el período de la contrata o subcontrata, si bien dicha responsabilidad deviene exigible durante el año siguiente a la terminación del encargo. La responsabilidad solidaria del empresario principal, tanto la salarial como la referida a las obligaciones de Seguridad Social, viene limitada legalmente de manera que no podrá exceder «de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo» (art. 42.2 ET). Condicionante para que opere la imposición legal de responsabilidad solidaria a los empresarios principales va a ser que la realización de la obra o servicio objeto de la contrata o subcontrata se corresponda con la «propia actividad» de aquéllos. No estará de más recordar que ha de tratarse de una verdadera contrata de obras o servicios, lo que es tanto como decir que el contratista debe ser un empresario «real», pues con cierta frecuencia se pretende camuflar como contrata lo que en realidad no es sino prestamismo laboral, interposición o tráfico ilícito de mano de obra, al que resulta aplicable el régimen propio de la cesión ilegal de trabajadores del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (118).

En línea con esta formulación legal sumamente recelosa ante el fenómeno de la descentralización productiva -construida, como se dijo, sobre la consideración de la empresa contratista como unidad productiva económicamente débil, de la que no se excluye pueda llegar a actuar en ocasiones como empresario ficticio o interpuesto, dedicado *tout court* al reclutamiento o prestamismo de trabajadores- se encuentra la obligación que vincula al empresario principal respecto de su contratista -y, en su caso, respecto de los subcontratistas de éste-, y al contratista respecto de su subcontratista, de verificar su solvencia y características empresariales, solicitando para ello de la Entidad Gestora certificación de que el contratista o subcontratista no se halla en descubierto del pago de la cuotas, que habrá de ser expedida en el término de treinta días improrrogables a contar desde la solicitud (art. 42.1 ET). Si dicha certificación no es librada dentro de plazo, o su contenido avala la solvencia del contratista que se halla al corriente de pago, el empresario principal queda exento de responsabilidad (119).

(118) Para la distinción en la jurisprudencia reciente entre cesión prohibida de mano de obra y contratas lícitas, *vid.* SSTs 7 marzo 1988; SSTCT 22 mayo 1989, 25 noviembre, 28 julio y 28 mayo 1986; 11 octubre 1985; 11 julio 1984; 16 diciembre, 4 octubre, 25 junio y 18 abril 1983.

(119) Los autores no se ponen de acuerdo en cuanto al tipo de responsabilidad de la que queda exonerado el empresario principal: si de la responsabilidad subsidiaria por los débitos pendientes no prescritos anteriores a la contrata o subcontrata, prevista en los artículos 68.1 y 97.1 LGSS (M. ALONSO OLEA y M.^a E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 12.^a ed. Rev., Fac. Der.-Univ. Compl., Madrid, 1991, pág. 107; M. ALONSO OLEA y G. BARREIRO, *El Estatuto de los Trabajadores. Texto actualizado, jurisprudencia, comentario*, 3.^a ed., Madrid, Cívitas, 1991, págs. 195-196; I. GARCIA NINET, «Comentario al artículo 42», en AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores*, 1980, pág. 305; J. GARCIA MURCIA, «El trabajo en las contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», en *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981, pág. 36 y ss.); o de una responsabilidad solidaria por los mismos débitos anteriores a la contrata (A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 13.^a ed., *cit.*, pág. 412); o de la responsabilidad solidaria a que alude el apartado 2 del artículo 42 (R. MARTINEZ EMPERADOR, *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios*, Madrid, 1980, pág. 20); o de la administrativa

2. Distribución del tiempo de trabajo.

De las dos facetas del tiempo de la prestación laboral (duración y distribución), la ordenación normativa de la primera ha tenido una mayor repercusión en la política de reparto del empleo (120), mientras que la segunda conecta preferentemente con la política de flexibilización del mercado de trabajo (121). A esta orientación flexibilizadora responden algunas de las innovaciones operadas en su día por el Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales: Supresión del requisito de visado administrativo del calendario laboral en la empresa; supresión de los topes diarios y semanal, manteniendo únicamente el anual de 80 horas, lo que favorece una flexible utilización del tiempo de trabajo en cuanto a la distribución del mismo (122); posibilidad de establecer en convenio colectivo una «jornada anual», sin acudir a un módulo anual, lo que permite a las empresas acudir a una distribución irregular de la duración anual pactada en los distintos meses, semanas y días de trabajo, según sus necesidades (123). En fin, la flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo está también presente en la regulación del horario flexible y del trabajo a turnos (art. 36 ET), así como en la regulación que el Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre ordenación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, realiza del tiempo de trabajo para ciertos trabajos y sectores productivos, particularmente en cuanto a tiempos de presencia (transportes de viajeros por carretera, por ejemplo) (124).

en que incurriría el empresario principal incumplidor del deber de comprobación a que se refiere el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores (A. MARTIN VALVERDE, «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios», en AA.VV., Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, dir. E. Borrajo, Madrid, Edersa, 1988, pág. 254); o de la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 42. 2 Estatuto de los Trabajadores, a propósito de las obligaciones referidas a la Seguridad Social (T. SALA FRANCO et alri, Derecho del Trabajo, 6.ª ed., *cit.*, pág. 372).

(120) De la funcionalidad del factor tiempo como elemento delimitador de la duración del contrato y de su reordenación adaptativa a las circunstancias de la nueva realidad económica, como fórmula de reparto de trabajo y como respuesta a los nuevos métodos productivos peculiares de la sociedad post-industrial, ya nos hemos ocupado anteriormente.

(121) Cfr. F. DURAN, «Ordenación del tiempo de trabajo», en DURAN/MONTOYA/SALA, El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario, *cit.*, pág. 162: «El verdadero debate, en la situación actual de los sistemas de relaciones industriales, se centra en efecto en la flexibilidad de la distribución del tiempo de trabajo, teniendo en cuenta que el interés de las empresas, como ha sido dicho (Lyon-Caen), y por tanto su porvenir y el de sus empleos puede pasar por grandes variaciones de horarios, por grandes oscilaciones en el tiempo de trabajo».

(122) Sobre este tema, *vid.* J. CRUZ VILLALON, «La flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo (Comentario a la STCT 5.ª S 7 febrero 1989)», *Relaciones Laborales*, t. I-1989, pág. 535 y ss.

(123) F. DURAN, «Ordenación del tiempo de trabajo ...», *cit.*, pág. 163.

(124) *Ibidem*, pág. 171.

3. Estructura salarial.

Otro de los factores esenciales que influyen en la mayor o menor flexibilidad del mercado de trabajo es el de los costes de la mano de obra, y específicamente el de la remuneración del trabajo. En el conocido Informe del grupo Dahrendorf al Secretario General de la OCDE (125), al relacionar los factores de flexibilidad del mercado de trabajo, menciona en primer lugar los «costes de mano de obra, especialmente al nivel general de los salarios y costos de mano de obra no salariales».

En este sentido, siempre se ha postulado la mejora de la productividad como medida central de la política económica para salir de la crisis, así como la posibilidad de fijar ciertos componentes de la retribución en relación con aquélla (126), de manera que los salarios y sus aumentos periódicos sean calculados en función de los resultados económicos de la empresa. Sin embargo, los sistemas sobre primas o incentivos por mayor cantidad o calidad de trabajo no han obtenido todavía un adecuado desarrollo en la negociación colectiva, y la estructura de las partidas salariales continúa adoleciendo de una excesiva rigidez, lo cual dificulta la competitividad de las empresas y la movilidad (127). Lo que se propugna es lo opuesto, es decir, una flexibilidad tanto en los componentes del salario (revisión del concepto mismo de salario, pluses, horas extraordinarias, cantidades a indemnizar en situaciones de despidos y otras partidas) como en su negociación.

4. Movilidad funcional y geográfica.

4.1. La movilidad funcional «ex artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores».

La movilidad funcional unilateral -esto es, el cambio del trabajador a funciones distintas de las habitualmente prestadas por decisión del empresario- se regula en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores. Desde luego, habrá movilidads funcionales que por ser «sustanciales» no encajarán en el artículo 39 y tendrán que canalizarse a través del artículo 41

(125) La flexibilité du marché du travail, MTSS, Madrid, 1986.

(126) Cfr. G. DIEGUEZ CUERVO, «Salarios y productividad», en AA.VV., El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica, *cit.*, pág. 129 y ss.

(127) Cfr., sobre la flexibilidad/rigidez salarial en España, J.L. MALO DE MOLINA, «La flexibilidad del mercado de trabajo desde la perspectiva de la política económica», *Relaciones Laborales*, t. I-1987, pág. 1.109 y ss., y M. ALCAIDE CASTRO, «Flexibilidad salarial y mercado de trabajo en España», *Relaciones Laborales*, t. II-1987, pág. 1.119 y ss.

Estatuto de los Trabajadores (128). Por otro lado, debe retenerse la regulación específica contenida en el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores para los supuestos de asignación de trabajos de categoría superior o inferior a la contractualmente asignada.

La pugna entre el interés del empresario a ejercitar sin límites su poder de dirección en esta materia (movilidad absoluta) y el interés del trabajador a que su situación no sea alterada (intangibilidad absoluta) se resuelve por el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores configurando la movilidad funcional como una manifestación del *ius variandi* empresarial -entendido como el poder del empresario de variar el contenido o condiciones de la prestación debida por el trabajador atendiendo a necesidades sobrevenidas de la organización productiva-, bien que sometiéndolo a determinados límites.

Como elementos de flexibilidad en dicha regulación, que, en síntesis, reconoce al empresario un poder «fuerte» (129) de variación en la prestación debida o trabajo convenido, pueden destacarse, como más importantes, los siguientes (130):

a) La inexigibilidad de causas justificativas de la actuación empresarial, que de este modo se configura como un poder no causal, abstracto o incondicionado. En todo caso, la movilidad funcional ha de ejercerse de buena fe y sin ánimo discriminatorio.

b) La inexistencia de mecanismo alguno de control previo a la decisión empresarial de movilidad funcional, ni de los representantes de los trabajadores ni de la Administración, siendo aquél judicial y *a posteriori*.

c) La ausencia de derecho indemnizatorio para el trabajador por la modificación funcional.

d) La ampliación introducida por el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a los límites de la movilidad funcional, al permitir la asignación de cometidos diversos dentro del «grupo profesional» al que pertenezca el trabajador, pudiéndose de esta forma rebasar los límites, antes inexpugnables, de la categoría profesional.

(128) M. RODRIGUEZ PIÑERO, «La movilidad del trabajador dentro de la empresa», en *Documentación Laboral*, núm. 9, 1983, pág. 36 y ss.; A. MONTOYA MELGAR, «Poder del empresario y movilidad laboral», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 38, 1989, pág. 179; T. SALA FRANCO, «Movilidad funcional», en AA.VV., *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, t. VIII, Edersa, 1988, págs. 57-58; J. CRUZ VILLALON, *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, MTSS, Madrid, 1983, pág. 226 y ss.; F. LOPEZ TARRUELLA-MARTINEZ, *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Alicante, 1984, pág. 146 y ss.; F. VALDES DAL-RE, «Movilidad funcional y derechos económicos», en AA.VV., *Estructura salarial, CEOE*, Madrid, 1987, pág. 112 y ss.

(129) En terminología acuñada por A. MONTOYA MELGAR, *cit. supra*, pág. 167 y ss.

(130) T. SALA FRANCO, «El ingreso al trabajo, la clasificación profesional y la ordenación del trabajo en la empresa», en *El ordenamiento laboral español y los límites...*, *cit.*, pág. 67 y ss.

Como elementos de rigidez en dicha regulación, orientados a conjurar un ejercicio arbitrario del poder de variación empresarial en perjuicio de los trabajadores movilizados, cabe citar (131):

a) Las limitaciones legales a la movilidad funcional establecidas en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores:

a') La pertenencia al grupo profesional.

b') Las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral.

c') Los derechos profesionales y económicos del trabajador, si bien la ambigüedad de la referencia legal a tales derechos puede considerarse un elemento añadido de flexibilidad.

b) La imposición de límites causales y/o indemnizatorios a la actuación empresarial de movilidad funcional en normas sectoriales, como regulación más favorable para los trabajadores.

4.2. Asignación de trabajos de categoría superior o inferior.

El artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores consagra la facultad del empresario, expresión igualmente de su *ius variandi*, de asignar al trabajador la realización de funciones correspondientes a categoría profesional superior o inferior a la que tiene reconocida en contrato (132).

Se trata nuevamente de una manifestación de lo que doctrinalmente se ha calificado poder «fuerte» del empresario (133), en cuya regulación están presentes importantes elementos de flexibilidad, cuales son:

a) La inexigibilidad de autorización administrativa ni de ningún otro control previo de la decisión empresarial.

(131) *Ibidem*, págs. 66-67.

(132) Supuesto distinto es la contratación *ab initio* de un trabajador para el desempeño acumulado de funciones incluidas en el ámbito funcional de dos o más categorías, en cuyo caso el problema que se plantea no es tanto de determinación de la prestación cuanto de clasificación profesional, a efectos de determinación del salario y otros derechos que pudieran corresponder al trabajador. Cfr. a este respecto F. VALDES DAL-RE, «La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del *jus variandi* empresarial», *Revista de Política Social*, núm. 103, 1974, pág. 6, y T. SALA FRANCO, «Movilidad funcional», *cit.*, pág. 23 y ss.

(133) Cfr. A. MONTOYA MELGAR, «Poder del empresario y movilidad laboral», *cit.*, pág. 184.

b) La inexigibilidad de causa justificativa en el caso de asignación de funciones de categoría superior.

c) La posibilidad, prevista en el artículo 2.4 del Real Decreto 696/1980, de 14 de abril, de que los convenios colectivos establezcan «pactos de movilidad funcional», normalmente por «saturación de jornada o de puesto de trabajo», cuya aplicación no requiere incoar expediente al efecto.

No obstante, al igual que ocurre en la movilidad funcional «ex artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores», el reconocimiento de este verdadero y exclusivo poder de decisión patronal, con efectos constitutivos *per se*, es compatible con la existencia de ciertos límites:

a') Imposición de limitaciones temporales, que en el supuesto de realización de trabajos de categoría superior se traducen en la fijación de un plazo -seis meses durante un año u ocho meses durante dos años- superado el cual el trabajador tiene derecho a solicitar su adecuada clasificación, observando las reglas legales y convencionales sobre ascensos; en el supuesto de asignación de funciones de categoría inferior, la duración del cambio habrá de limitarse al «tiempo imprescindible».

b') Además de estas limitaciones temporales, la facultad patronal tiene un condicionamiento legal de carácter económico: por un lado, el trabajador que desempeñe funciones correspondientes a categoría superior a la que formalmente tiene reconocida genera el «derecho a la diferencia retributiva entre la categoría asignada y la función que efectivamente realice» (art. 23.3 ET); por otro, el trabajador destinado a tareas de categoría inferior tiene legalmente reconocido el mantenimiento de su retribución de origen «y demás derechos de su categoría profesional» (art. 23.4 ET).

c') Por último, la decisión empresarial de movilizar al trabajador al desempeño de funciones de categoría inferior está sometida a otros dos límites: un primer límite causal, pues el cambio debe responder a «necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva»; y un segundo límite, mucho más liviano, de carácter formal, pues pesa sobre el empresario la carga de comunicar a la representación de personal la asignación de funciones de categoría inferior.

4.3. Movilidad geográfica.

A salvo regulación más restrictiva derivada de normas sectoriales o de lo previsto en el contrato de trabajo, la decisión del empresario de imponer al trabajador el cambio a un lugar de trabajo distinto del habitual se configura legalmente como una facultad incorporada a su poder de dirección, en dos supuestos:

a) Cambio de puesto de trabajo dentro del mismo centro.

b) Cambios de centro de trabajo sin cambio de residencia. Estos supuestos deben entenderse incluidos en el «ejercicio regular de las facultades directivas» del empresario a que se refieren los artículos 5 c) y 20.1 del Estatuto de los Trabajadores (134).

Por el contrario, la libertad empresarial de movilizar geográficamente al trabajador cuando el cambio de puesto implique cambio de residencia está sujeto a limitaciones legales, pues el traslado constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo, bien que la misma tiene su regulación específica en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, al que el artículo 41.4 remite; lógicamente, de tales limitaciones están excluidos los desplazamientos de personal contratado para prestar servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes (art. 40.1 ET).

Así, para proceder al traslado definitivo o por tiempo superior a un año de un trabajador el artículo 40.1 del Estatuto de los Trabajadores exige la autorización administrativa previa, recaída en expediente instruido al efecto en el que se habrán acreditado los motivos de fondo que justifican aquél: «Razones técnicas, organizativas o productivas», entre las que expresamente cita el precepto, con evidente redundancia, las «contrataciones» que el empresario celebre con terceros para realizar obras o servicios en un punto geográfico distinto del de residencia del trabajador. En cuanto a los efectos del traslado autorizado, el trabajador puede optar entre:

1. Aceptar el traslado, con derecho a una compensación por gastos, o
2. Rechazar el traslado, procediendo a extinguir el contrato con devengo de la indemnización prevista para el despido por causas tecnológicas o económicas (art. 40.2 ET).

En todo caso, parece lógico que la aceptación del traslado con paralela interposición de recurso contra la autorización administrativa no impediría al trabajador el ejercicio tardío de su opción por extinguir el contrato, una vez que la autorización sea firme (135).

El artículo 40.3 del Estatuto de los Trabajadores regula, como se sabe, el régimen jurídico de los «desplazamientos», terminología legal que identifica los cambios de centro de trabajo que exigen cambio de residencia habitual del trabajador, con un carácter temporal

(134) T. SALA FRANCO, «Movilidad geográfica», en AA.VV., Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, t. VIII, *cit.*, pág. 101 y ss.

(135) T. SALA FRANCO, «El ingreso al trabajo ...», *cit.*, pág. 72.

máximo de un año. Tales desplazamientos ingresan en la esfera del poder de dirección del empresario, no precisando autorización administrativa previa. Cabe señalar en este sentido la «ejecutividad» inmediata de la orden de traslado, resaltada expresamente por el artículo 40.3 del Estatuto de los Trabajadores, que genera un automático deber de obediencia, pudiendo el trabajador únicamente oponerse en vía administrativa ante la autoridad laboral, pero sin que dicha impugnación paralice la efectividad del mandato de traslado. Ahora bien, que la impugnación no suspenda con carácter general el cumplimiento inmediato de la orden de desplazamiento no excluye, como ha precisado la mejor doctrina, que existan supuestos excepcionales en los que el trabajador pueda ejercitar su *ius resistentiae* sin incurrir en incumplimiento sancionable, cabalmente cuando se trate de una decisión empresarial notoriamente abusiva o contraria a la buena fe o carente de la imprescindible concreción (136).

Con todo, la atribución legal al empresario de un poder de decisión directo, sólo controlable *a posteriori* en vía administrativa, se compensa mediante la imposición de ciertos límites a la actuación patronal. El primero de ellos refiere a la propia duración del traslado, que necesariamente ha de ser temporal, por tiempo no superior a un año. El segundo límite viene dado por la «causalidad» del desplazamiento, que habrá de fundarse en las mismas razones que habilitan la orden de traslado (*vid. supra*). En tercer lugar, sobre el empresario pesa la carga económica de sufragar el desplazamiento (gastos de viaje y dietas), así como el deber de conceder al trabajador un permiso de cuatro días laborales de estancia en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento. Por último, el empresario se encuentra sometido al derecho de preferencia a favor de los representantes de los trabajadores previsto *in genere* para todos los supuestos de movilidad geográfica en el artículo 40.5 del Estatuto de los Trabajadores.

5. Modificación de las condiciones de trabajo.

En un contexto de crisis no sólo económica sino tecnológica y, por consiguiente, de reconversión industrial y reestructuración de las unidades productivas, la regulación jurídica de las modificaciones contractuales o, en un sentido más amplio, de la movilidad laboral, se corresponde, como dice LYON CAEN, «con un complejo de medidas en gran parte sustitutivas del despido: reconducibles al empleador en el ámbito del ejercicio del poder directivo, que no se limita a la asunción y al despido, comprendiendo también la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo» (137).

(136) Cfr. A. MONTOYA MELGAR, «Poder del empresario y movilidad laboral», *cit.*, pág. 189.

(137) «Ristrutturazioni delle imprese e mobilità dei lavoratori», en *Il Diritto del Lavoro*, núm. 1, 1980, pág. 1; la cita, traducida al español del original italiano, la hemos tomado de F. LOPEZ TARRUELLA, La modificación sustancial de las condiciones de trabajo, *cit.*, pág. 59.

Por principio, el *ius variandi* empresarial sólo ampara las variaciones de condiciones de trabajo accidentales o no sustanciales; en cambio, la apreciación y adopción de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo exceden del *ius variandi* o potestad directiva empresarial ordinaria, y es por ello que el artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores no permite su adopción unilateral por la empresa, exigiendo la voluntad concurrente de los representantes de los trabajadores o, si esta aceptación no se consigue, la autorización de la autoridad laboral, obtenida en un procedimiento tramitado conforme al Real Decreto 696/1980, de 14 de abril, artículos 1.º y 2.º, previa justificación de las razones «técnicas, organizativas o productivas» aducidas por el empleador para introducir las modificaciones instadas, así como la proporcionalidad o adecuación entre unas y otras (138).

Como ha precisado la doctrina, el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores configura las modificaciones sustanciales como el posible efecto de una facultad empresarial de contenido «débil» (139) o «excepcional» (140). En efecto, el legislador condiciona la viabilidad de la propuesta modificativa empresarial -que en todo caso debe ser motivada (principio de causalidad)- a la previa aceptación o conformidad de los representantes legales de los trabajadores o, subsidiariamente, a la aprobación o autorización de la Administración Laboral, previo informe preceptivo de la Inspección de Trabajo. Además, determinados supuestos modificativos -independientemente de cuál haya sido el procedimiento de modificación (acordado o autorizado)- justifican la resolución indemnizada del vínculo contractual por voluntad del trabajador afectado.

(138) Recientemente, el Tribunal Constitucional ha declarado, en su S. 92/1992, de 11 de junio, lo siguiente:

- 1.º Que la atribución a la Administración Laboral por el artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores de la facultad de autorizar la introducción de modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo no vulnera el derecho a la negociación colectiva reconocido en el artículo 37 de la Constitución Española, «pues no nos hallamos ante un supuesto de sustitución, por parte de la Administración, de la negociación colectiva, sino más propiamente de un supuesto de autorización, por motivos tasados de necesidad (o de conveniencia probada) de la extensión de la potestad directiva de la empresa, y como un control sobre el ejercicio de esa potestad»; «por otra parte, la autorización administrativa viene legitimada por las disposiciones del artículo 38 de la Constitución Española, que no sólo reconoce la libertad de empresa (y el inherente poder de dirección empresarial), sino que también encomienda a los poderes públicos la defensa de la productividad».
- 2.º Que «la sujeción del convenio colectivo al poder normativo del Estado, constitucionalmente legítima, no implica ni permite la existencia de decisiones administrativas que autoricen la dispensa o inaplicación singular de disposiciones contenidas en convenios colectivos»; por ello, «la posibilidad de modificación por el cauce del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores ha de entenderse referida exclusivamente a las condiciones de trabajo de origen contractual, sin permitir el establecimiento en perjuicio del trabajador de condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos».

(139) Cfr. A. MONTROYA MELGAR, «Poder del empresario ...», *cit.*, pág. 174 y ss. En general sobre el tema, aparte las monografías ya citadas de F. LOPEZ TARRUELA y J. CRUZ VILLALON, el pormenorizado estudio de J. RIVERO LAMAS, «Modificación de las condiciones de trabajo», en AA.VV., Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, t. VIII, *cit.*, pág. 127 y ss.

(140) Cfr. J. RIVERO LAMAS, «La modificación de las condiciones de trabajo en la práctica administrativa y en la jurisprudencia», en *AL*, 1989/II, pág. 336.

tado [arts. 41.3 y 50.1 a) ET]. Por lo demás, el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tiene un innegable significado flexibilizador, que encuentra su fundamento en la necesidad de adaptar el vínculo laboral, sobre todo de carácter indefinido, a las cambiantes opciones o exigencias de organización y producción de la empresa dadas las constantes transformaciones por las que atraviesa el contexto económico (141).

En fin, la modificación colectiva de condiciones de trabajo puede resultar de la tramitación de un expediente de regulación de empleo, en dos supuestos:

a) En la fase de resolución del expediente solicitando la extinción de relaciones de trabajo por causas tecnológicas o económicas, el artículo 15, apartado 2.º, del Real Decreto 696/1980, con dudosa legalidad -pues rebasa los límites del art. 51 ET-, dispone que «la autoridad laboral podrá proponer o acordar otro tipo de medidas distintas de las solicitadas, aun no habiendo sido propuestas por las partes» (142). Esta posibilidad está seguramente orientada a que la Administración pueda acordar medidas reguladoras menos drásticas que la autorización para extinguir contratos, tales como suspensiones o modificaciones de las condiciones laborales. El precepto deviene aplicable también cuando lo solicitado por el empresario es la suspensión de relaciones de trabajo por motivos tecnológicos o económicos (art. 5 R.D. 696/1980).

b) Entre las medidas laborales específicas aplicables en los procesos derivados de planes de reconversión sectorial, la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización (143), disponía que la aprobación de un plan de reconversión «será considerada como causa tecnológica o económica o, en su caso, técnica u organizativa, a los efectos de que las empresas acogidas al mismo puedan *modificar*, suspender o extinguir las relaciones laborales y aplicar medidas de *movilidad geográfica y funcional*, de conformidad con los objetivos y normas de procedimiento establecidos en el citado plan» (art. 17).

(141) Cfr. J. RIVERO LAMAS, «Modificación de las condiciones de trabajo ...», *cit.*, pág. 145.

(142) Cfr. A. MONTROYA MELGAR, «Problemas de legalidad en el desarrollo reglamentario del Estatuto de los Trabajadores en materia de regulación de empleo», en AA.VV., *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, *cit.*, págs. 187-188.

(143) Las medidas laborales de reconversión industrial que contempla la Ley 27/1984 en su Capítulo VI concluyeron su vigencia, de acuerdo con la disposición final 2.ª de la Ley, el 31 diciembre 1986, «sin perjuicio de la subsistencia de las medidas previstas en los correspondientes Reales Decretos de reconversión, cuya duración será la que en éstos se determine». Con posterioridad, la disposición adicional 42.ª de la Ley 21/1986, de 23 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987 prorrogó durante dicho año la vigencia, entre otros, del Capítulo VI de la Ley 27/1984.

6. Suspensión del contrato de trabajo por motivos económicos.

Aparte la posibilidad de introducir modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo basada en una situación crítica de la empresa, causa comprendida en lo que el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores llama *razones técnicas, organizativas o productivas* y que el Preámbulo del Real Decreto 696/1980 identifica como *causas tecnológicas o económicas*, la aportación institucional del Derecho del Trabajo a la crisis en el capítulo de vicisitudes del contrato de trabajo se manifiesta en el ordenamiento vigente en la existencia de una causa de suspensión del contrato basada en situaciones de crisis de la empresa, que debe considerarse incluida en las «causas tecnológicas o económicas» a que se refieren los artículos 45.1 j) y 47 del Estatuto de los Trabajadores (144).

La ordenación procedimental de los expedientes de suspensión por «crisis» (por causas tecnológicas o económicas) se contiene en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores -por remisión expresa del art. 47 ET- y en el Real Decreto 696/1980, con las peculiaridades establecidas en el propio artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 5 del Real Decreto 696/1980, que introducen un considerable grado de flexibilidad en dicha regulación. Así, no procede el reconocimiento de indemnizaciones; los plazos de tramitación del procedimiento se reducen a la mitad y la documentación recabada en el expediente de suspensión se contrae a la que la Administración estime como «estrictamente necesaria».

V. FLEXIBILIDAD DE SALIDA: EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO

Es notorio que la regulación de las formas de extinción de los contratos laborales (y específicamente, la ordenación de los despidos) viene constituyendo, junto a la regulación de las modalidades de contratación temporal, el nudo gordiano del debate en torno a la rigidez/flexibilidad del mercado de trabajo («flexibilidad de plantillas»), hasta el punto que «para muchos flexibilizar el marco de las relaciones laborales equivale lisa y llanamente a liberalizar el despido, a ampliar el poder del empresario para decidir la extinción de los contratos de trabajo» (145). Así, junto a la liberalización en la contratación se propugna la liberalización del despido o, cuando menos, la flexibilidad que suponga disminuir las dificultades y el coste económico que comporta a las empresas.

(144) Cfr. M. CARLOS PALOMEQUE LOPEZ, «Crisis económica y regulación de empleo», en AA.VV., El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica, *cit.*, págs. 251 y 252.

(145) A. MONTOYA MELGAR, «La extinción del contrato de trabajo», en El ordenamiento laboral español y los límites ..., *cit.*, pág. 256.

En lo que respecta a nuestro ordenamiento, la evolución legislativa de los últimos quince años ha supuesto, como veremos a continuación, el tránsito de un régimen fuertemente restrictivo para el despido a otro sistema en el que los empresarios ven considerablemente facilitada la posibilidad de ajustar plantillas mediante la rescisión unilateral de contratos de trabajo. Además, la facilitación del uso de la contratación temporal se deja sentir también en la finalización de la relación laboral, consagrándose por esta vía una indudable flexibilidad de salida, ya que el señalamiento de un plazo predispone la extinción del contrato, obviando trámites e indemnizaciones.

1. Despidos individuales.

Con carácter general, ante un despido disciplinario declarado improcedente la Ley de Procedimiento Laboral de 1973 -Texto Refundido aprobado por Decreto 2381/1973, de 17 de agosto- permitía que la obligación de readmitir impuesta al empresario pudiera sustituirse, tramitado el oportuno incidente de no readmisión, por el señalamiento de una compensación económica sometida a topes máximos y mínimos no rebasables por el magistrado (146). Frente a dicho régimen de consecuencias, la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 supuso un notorio avance al imponer en su artículo 35.4 la readmisión obligatoria de los trabajadores cuando el despido fuera declarado nulo o improcedente por la jurisdicción social, salvo acuerdo voluntario de las partes o cuando el magistrado apreciase en el juicio la concurrencia de circunstancias excepcionales que, de reconstruirse el vínculo, obstaculizaran la normal convivencia laboral, en cuyo caso la readmisión podía sustituirse por una fuerte indemnización (147). Como quiera que la Ley de Relaciones Laborales derogaba específicamente todas las disposiciones legales que se le opusieran, resultaba imprescindible la sustitución de aquellos preceptos -señaladamente los relativos a despidos- que hubieran quedado derogados por otros acomodados a la nueva normativa, lo que efectivamente tuvo lugar mediante Real Decreto 1975/1976, de 16 de julio, que, entre otros, dio nueva redacción a los artículos 103 a 105 -dedicados a regular los efectos de la declaración de nulidad o improcedencia del despido- y 208 y siguientes -sobre ejecución de la sentencia de despido- de la Ley de Procedimiento Laboral.

(146) Cfr. artículos 103 y 208 a 212 de la LPL 1973. La opción correspondía al empresario cuando la empresa tuviera menos de cincuenta trabajadores fijos, y al trabajador en los demás casos.

(147) Dicha compensación no podía ser en ningún caso inferior a seis meses de salario ni a dos mensualidades por año de servicio, ni superior a cinco anualidades. Cuando se tratase de trabajadores titulares de familias numerosas tales mínimos se multiplicaban por 1,5, si fuera de primera categoría y por dos en los demás casos. Los trabajadores mayores de cuarenta y de cincuenta y cinco años quedaban equiparados, respectivamente, a las categorías indicadas, e igualmente los minusválidos «según los coeficientes que reglamentariamente se establezcan». Vid. a este respecto B. OLIET GIL, «El despido (art. 35)», en AA.VV., Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales, Madrid, 1977, pág. 581 y ss., e I. ALBIOL et altri, Las relaciones laborales, Valencia, 1977, pág. 165 y ss.

Con todo, la incidencia de esta reforma fue efímera, pues pocos meses después de la promulgación de la Ley de Relaciones Laborales, el Real Decreto-Ley 18/1976, de 8 octubre, sobre medidas económicas, sensible a los efectos de la crisis y a las reclamaciones patronales que veían en este artículo un grave peligro para el normal funcionamiento y disciplina de las empresas, operó materialmente una vuelta a la situación normativa anterior al declarar en suspenso -hasta el 30-9-1977- la aplicación del artículo 35 de la Ley de Relaciones Laborales, sustituyéndolo en el ínterin por otro sistema conforme al cual, ante una sentencia declarando el despido improcedente y en la que se condene al empresario a la readmisión del trabajador «cuando el empresario no procediera a la readmisión o, efectuada ésta, no tuviera lugar en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, el Magistrado de trabajo sustituirá la obligación de readmisión por el resarcimiento de perjuicios y declarará extinguida la relación laboral» (148).

El Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 marzo, sobre Relaciones de Trabajo, significó un nuevo y decisivo avance en esta línea de facilitación y abaratamiento del despido individual (149). De un lado, el despido disciplinario veía aumentado el repertorio de causas -las generales del art. 77 LCT 1944- en dos más, acomodadas a la regulación de las relaciones laborales colectivas que acometía el propio Real Decreto-Ley 17/1977: «La participación activa en una huelga ilegal o en cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal de trabajo» y «la negativa, durante una huelga, a la prestación de los servicios necesarios» [art. 33 j) y k)]. De otro lado, el Real Decreto-Ley 17/1977 derogó de modo explícito y definitivo el artículo 35 de la Ley de Relaciones Laborales (disp. final primera), consolidando la suspensión habilitada por el Decreto-Ley de medidas económicas de octubre de 1976 (150), y establecía la posibilidad de reducir la responsabilidad indemnizatoria en empresas de menos de 25 trabajadores fijos (art. 36.5). Pero la innovación más destacada del Real Decreto-Ley 17/1977 en este tema fue la introducción de una nueva modalidad de despido individual, el basado en «causas objetivas», destinado a prescindir de trabajadores singulares, bien por necesidades técnicas de la empresa -obviando el complicado expediente de regulación de empleo-, bien por ineptitud no culpable del trabajador, bien por faltas de asistencia aun justificadas (151), sin más carga

(148) Artículo 10.3 del Real Decreto-Ley 18/1976. La indemnización sustitutoria era en todo caso inferior a la que podía fijar el Magistrado conforme al artículo 35.4 de la Ley de Relaciones Laborales cuando apreciase circunstancias extraordinarias que desaconsejaran ejecutar la sentencia ordenando la readmisión en sus propios términos. Así, el Real Decreto-Ley establecía una indemnización mínima de dos meses de salario por año de servicios, con un máximo de cinco anualidades, omitiendo la referencia a la cuantía mínima de seis meses de salario que estipulaba la Ley de Relaciones Laborales.

(149) Cfr. F. DURAN LOPEZ, «El despido por causas objetivas y la nueva ordenación del despido», en *Revista de Política Social*, núm. 117, 1978, pág. 71 y ss.

(150) *Vid.* artículo 36 del Real Decreto-Ley 17/1977.

(151) El antecedente directo de esta figura se encuentra en el artículo 81 de la Ley de Contrato de Trabajo 1944, que preveía la posibilidad de despedir a un trabajador «por motivos justificados, pero independientes de su voluntad», devengando «los salarios correspondientes al plazo de preaviso normal».

para el empresario que el reconocimiento de una licencia retribuida de seis horas semanales durante el período de preaviso -variable según antigüedad del trabajador- al objeto de que éste pudiera buscar un nuevo empleo, y el abono de una compensación económica para resarcimiento de daños calculada a razón de una semana de salario por año de servicios o fracción (arts. 39 a 44). Con el telón de fondo de la crisis económica definitivamente instalada en nuestro país, esta figura encuentra su fundamento «en el propósito de liberar al empresario del perjuicio que le causarían determinadas necesidades de la empresa o incumplimientos del trabajador no culpables pero que no por ello dejan de ser dañosos» (152).

La Ley 8/1980, de 10 marzo, del Estatuto de los Trabajadores, procedió a dar una redacción más precisa y rigurosa a las causas de despido objetivo -aunque flexibilizó la posibilidad de extinguir el contrato por faltas de asistencia justificadas e intermitentes-, elevando al propio tiempo la indemnización a percibir por el trabajador, fijándola en veinte días de salario por año de servicios, con un máximo de doce mensualidades (arts. 52 y 53) (153).

En cuanto al despido disciplinario, el Estatuto de los Trabajadores abandona la construcción jurídica que hiciera suya el artículo 37 del Real Decreto-Ley 17/1977, según la cual el despido improcedente generaba el derecho del trabajador a la readmisión (y al percibo de los salarios dejados de percibir desde que se produjo el despido hasta el momento de la reincorporación) y sólo subsidiariamente, en defecto de ésta, el derecho a ser indemnizado. Por el contrario, la Ley 8/1980 reimplanta en favor del empresario el sistema optativo anterior a la Ley de Relaciones Laborales, generalizándolo a todas las empresas, situando en plano de igualdad la readmisión y la indemnización, esta última notablemente minorada (cuarenta y cinco días de salario por año de servicios, con el tope de cuarenta y dos mensualidades) (art. 56). Como ha puntualizado la mejor doctrina, «tal construcción supone, evidentemente, una desviación del principio de despido causal del que parte; principio que queda conculcado en la propia ley, que, de hecho, consagra, sólo que con técnica contradictoria, la figura del despido sin causa (indemnizado)» (154). Por otro lado, la Ley 8/1980 vino a sostener una injustificada diferenciación entre empresas grandes y pequeñas, toda vez que preveía una disminución del 20 por 100 en la indemnización para los empresarios que ocupasen menos de 25 trabajadores, corriendo a cargo del FOGASA el pago del 40 por 100 de la cantidad resultante (art. 56.4). Con todo, la Ley 32/1984, de 2 de agosto, dictada para modificación de varios artículos del Estatuto de los Trabajadores, derogó dicho precepto, suprimiendo con ello la disparidad de responsabilidad indemnizatoria en función del número de trabajadores de la empresa.

(152) A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 13.ª ed., Madrid, Tecnos, 1992, pág. 464.

(153) Cfr., por todos, J.M. RAMIREZ MARTINEZ, «Extinción por causas objetivas», en AA.VV., *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, dir. E. Borrajo, t. IX, vol. 1.º, Madrid, Edersa, 1983, pág. 225 y ss.

(154) A. MONTOYA MELGAR, «La extinción ...», *cit.*, pág. 266.

A todo ello hay que añadir la perturbadora regulación que en punto a las consecuencias jurídicas del despido contenía la anterior Ley de Procedimiento Laboral -Texto Refundido aprobado por R.D.Leg. 1568/1980, de 13 de junio-. Dicha ley equiparó inopinadamente, en fase de ejecución de sentencias, los efectos del despido nulo a los del improcedente, permitiendo en todo caso al empresario la sustitución del deber de readmitir por el abono de la compensación económica prevista para el segundo (art. 208 y ss.), desvirtuando así el claro tenor del artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, que dispone la readmisión inmediata del trabajador en caso de despido nulo (155). En este sentido, debe ponderarse la reforma introducida por la nueva Ley de Procedimiento Laboral -Texto Articulado aprobado por R.D.Leg. 521/1990, de 27 de abril-, en el sentido de anudar indefectiblemente a la declaración judicial de nulidad del despido la condena a la inmediata readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir, sin posibilidad de indemnización sustitutoria (art. 113.1 y 279 a 282).

2. Despidos colectivos; las reconversiones sectoriales.

La aportación institucional del Derecho individual del Trabajo a la crisis se completa, en el capítulo relativo a la extinción del contrato, con la previsión de una causa de despido basada en situaciones de dificultad económica para las empresas, incorporada a lo que los artículos 49.9 y 51 denominan legalmente «causas tecnológicas o económicas».

(155) Para conjurar los indeseables efectos de esta distorsionadora regulación el Tribunal Constitucional creó, en doctrina que arranca de la Sentencia 38/1981, de 23 noviembre, abundantemente corroborada por los tribunales ordinarios, la categoría jurídica del despido radicalmente nulo -finalmente receptada en los artículos 108.2 d) y, por remisión, 279.1 b) de la LPL 1990-, por cuya virtud los despidos discriminatorios o contrarios al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, merecían la calificación de radicalmente nulos, nulidad «radical» que frente a la «simple» implicaba necesariamente la readmisión, sin opción ejercitable por el empresario. *Vid.* las SSTC 94/1984, de 16 octubre; 47/1985, de 27 marzo; 88/1985, de 19 julio; 104/1987, de 17 junio; 166/1988, de 26 septiembre; 114/1989, de 22 junio; 135/1990, de 19 julio; 197/1990, de 29 noviembre. Cfr. M.C. PALOMEQUE LOPEZ, *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Madrid, 1983; del mismo autor, «Régimen del despido. La nulidad radical», en *Relaciones Laborales*, núms. 6-7, 1990, pág. 103 y ss.; M. RODRIGUEZ PIÑERO: «Despido discriminatorio antisindical: prueba y alcance», *Documentación Laboral*, núm. 2, 1982, pág. 132 y ss.; R. MARTINEZ EMPERADOR, «Despido discriminatorio y recurso de amparo constitucional», *Boletín de AEDIPE*, junio 1982; E. LILLO, «El derecho a la no discriminación y los despidos radicalmente nulos», *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1989.

Asimismo, la jurisprudencia ordinaria viene considerando despido nulo radical el realizado en fraude de ley, esto es, el fundado en causas disciplinarias imaginarias o inexistentes con el ánimo torciero de conseguir una declaración judicial de improcedencia y, por esta vía, extinguir, indemnizando, las relaciones laborales. Sobre calificación y consecuencias del despido fraudulento, *vid.* SSTS/SOC., 12 julio 1986 (Ar. 4032), 27 enero 1987 (Ar. 153), 18 mayo 1987 (Ar. 3724), 20 febrero 1989 (Ar. 901); 11 abril y 16 mayo -dos sentencias- y 5 junio 1990 (Ar. 3462, 4342, 4343 y 5017); en la doctrina, A.OJEDA AVILES, «Los despidos radicalmente nulos por fraude de ley», *Relaciones Laborales*, núm. 24, 1987, pág. 9 y ss.

Lo que los artículos 49.9 y 51 del Estatuto de los Trabajadores denominan «causas tecnológicas o económicas» constituyen «estados de perturbación económica que afectan a las empresas bien a consecuencia de la inflexión de los ciclos macroeconómicos» (depresiones y recesiones, inflaciones, etc.), bien del propio desarrollo económico (cambios tecnológicos, cambios de orientación del consumo, etc.) bien de insuficiencias económicas concretadas a la empresa (disminución de la demanda, dificultades de producción, ventas o distribución, problemas de liquidez y tesorería, etc.) (156).

Frente a la crisis y el impacto de las mutaciones tecnológicas el Derecho del Trabajo ha respondido facilitando los despidos colectivos -en cuanto que afectan a una pluralidad de trabajadores-. Siguiendo una larga tradición normativa (Decreto de 29-11-1935, Decreto de 26-1-1944 sobre «crisis laborales», Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre Política de empleo -modificado por Decreto 248/1974, de 20 julio-, artículo 18.1 de la Ley de Relaciones Laborales, artículo 45 RDLRT 17/1977), los artículos 49.9 y 51 del Estatuto de los Trabajadores -y el R.D. 696/1980, de 14 abril (modificado por R.D. 2732/1981, de 30 octubre) dictado para su desarrollo- permiten la extinción colectiva de contratos de trabajo por «causas tecnológicas o económicas» (denominación heredada del Decreto 3090/1972, de 2 noviembre, que sustituye, englobándola, la denominación tradicional de «crisis laboral o económica»), bajo reserva de autorización de la autoridad laboral (157), cuya omisión determina la nulidad de los despidos, que será decretada por el Juez, bien de oficio o a instancia de parte (art. 124

(156) A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 13.ª ed., cit., págs. 469-470. Siguiendo a ALONSO OLEA, causa económica es «la serie de acaecimientos en virtud de los cuales la Empresa está produciendo continuamente a pérdida, pese a los esfuerzos que se hayan podido hacer, faltando los recursos, o siendo inútil la inversión de los que se pudieran obtener para la prosecución de la actividad productiva»; por causa tecnológica se entiende «la necesidad de reestructurar o reconvertir la empresa para que siga funcionando o produciendo en mejores condiciones» (*Derecho del Trabajo*, 12.ª ed. rev., cit., pág. 422).

(157) Sobre los antecedentes normativos del expediente de crisis, vid. J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, «El despido laboral y los expedientes de crisis», Bilbao, 1969; AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo* (Seminario de Derecho del Trabajo de la Fac. Derecho Univ. Complutense), Madrid, 1970; J. BARRIONUEVO PEÑA, «La nueva regulación de los expedientes de crisis», *Revista de Política Social*, núm. 97, 1973; M. C. PALOMEQUE LOPEZ, «Crisis económica y regulación de empleo», cit., págs. 253-258; A. MONTOYA MELGAR, «Aspectos de la política de empleo: la nueva regulación de los expedientes de crisis», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 0, 1974, pág. 152 y ss.

Sobre la regulación actual en materia de despidos colectivos basados en causas tecnológicas o económicas: F. DURAN LOPEZ, «Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España», *Documentación Laboral*, núm. 22, 1987, pág. 59 y ss.; del mismo autor, «Despidos colectivos, movilidad y reconversiones industriales», en AA.VV., *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, cit., pág. 157 y ss.; I. ALBIOL MONTESINOS, «Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas», en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. IX, vol. 2.º, Madrid, Edersa, 1989, pág. 162 y ss.; J. RAMIREZ MARTINEZ, «Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas. Normas comunitarias y régimen español», *AL*, núm. 33, 1989, pág. 1.809 y ss.; C. MOLERO MANGLANO, «Los expedientes de regulación de empleo y sus problemas básicos (I y II)», *Actualidad Laboral*, núms. 41 y 42, 1989; B. BLASCO SEGURA, «La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo», *Actualidad Laboral*, núm. 33, 1992, pág. 575 y ss.

LPL). No obstante, el diseño del Estatuto de los Trabajadores reduce notablemente la intervención del órgano administrativo en los expedientes de regulación de empleo, en línea con la tendencia flexibilizadora antes mencionada y con la dinámica de creciente liberalización de las relaciones colectivas en la empresa. Así, la necesidad de aprobación administrativa se configura como una *ultima ratio*, a la que el empresario sólo recurre cuando el período de discusión y consultas que imperativamente debe sostener con los representantes del personal no desemboca en un acuerdo sobre los despidos y sus correspondientes indemnizaciones. Por el contrario, alcanzado tal acuerdo el empresario lo remitirá a la autoridad administrativa la cual, en el plazo de quince días y «sin más trámite» que el de oír al INEM en su calidad de Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, determinará la extinción; es decir, confirmará los despidos convenidos, pues es la suya una actuación reglada, no discrecional (art. 51.5 ET) (158).

Por lo demás, pueden detectarse otros elementos de flexibilidad en la regulación de los despidos colectivos, entre los que sobresalen:

a) La aligeración en determinados supuestos de la documentación que debe aportarse al expediente, limitándose a la «estrictamente necesaria», a juicio de la autoridad laboral, cuando se trate de empresas de no más de 50 trabajadores o cuando los afectados por el procedimiento no superen el 5 por 100 del personal del centro de trabajo (art. 51.13 ET); asimismo, la exigencia de documentos se flexibiliza y contrae a la aportación de «los informes que sean precisos» cuando sean los representantes de los trabajadores quienes incoen el expediente (art. 51.7 ET); en fin, el informe del censor jurado de cuentas no es preceptivo respecto de los expedientes basados en causas tecnológicas o fuerza mayor, así como en las empresas de menos de 50 trabajadores (art. 51.5 ET).

b) La reducción en quince días del período de discusión y consultas con los representantes de los trabajadores en las empresas con plantilla no superior a 50 trabajadores o en aquellas, cualquiera que sea su censo, en las que el personal afectado por el expediente no exceda del 5 por 100 del correspondiente centro de trabajo (art. 10 Decreto 696/1980).

c) La reducción a la mitad de los plazos para resolver el expediente en las empresas «cuyo personal no exceda de cincuenta trabajadores» o los afectados no superen el 5 por 100 del personal, redondeándose en las fracciones por exceso (art. 51.13).

(158) El artículo 45 RDLRT 17/1977 preveía también que la suspensión/extinción de contratos de trabajo por causas tecnológicas o económicas pudiera someterse a «pacto entre el empresario y los trabajadores afectados», pero sin que esta solución comportara una reducción esencial en el intervencionismo administrativo, toda vez que el acuerdo debía ser aprobado por la autoridad laboral, quien con un amplio margen de discrecionalidad podía decidir su no aplicación y la obligatoriedad de seguir el procedimiento de autorización administrativa. Cfr. J. RIVERO LAMAS, «La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa», en AA.VV., *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los ochenta*, cit., pág. 333.

d) La responsabilización directa del FOGASA en cuanto al abono del 40 por 100 de las indemnizaciones que se reconozcan en el expediente, en empresas de menos de 25 trabajadores (art. 33.8 ET).

e) El hecho sociológico fácilmente constatable de que la mayoría de los expedientes de regulación de empleo se pactan, y que los no pactados se aprueban por la autoridad laboral (159).

Que duda cabe que el requisito de la autorización administrativa constituye un factor de rigidez, frente al cual las organizaciones empresariales han reaccionado solicitando su supresión, a fin de ajustar, se dice, nuestro Derecho a la Directiva 129/1975/CEE, de 17 de febrero, del Consejo de las Comunidades Europeas -recientemente modificada por la Directiva 56/1992/CEE, de 24 junio-, que no contempla dicho control administrativo. Se invocaba asimismo el artículo 17 de los Acuerdos Tripartitos del AES, según el cual «el Gobierno manifiesta su voluntad de adoptar y armonizar la legislación interna española en materia laboral al acervo comunitario, del que forma parte la Directiva de 17 de febrero de 1975 ...».

Ahora bien, la exigencia de autorización administrativa que prevé nuestro Derecho no es contraria a la Directiva 129/1975/CEE; rectamente interpretada esta disposición como norma de Derecho mínimo, la española constituye una regulación más favorable para los trabajadores, en la medida que mejora las previsiones comunitarias, referidas únicamente a la necesidad de que el empresario notifique el proyecto de despido colectivo a la autoridad competente; por lo demás, el mantenimiento del requisito de autorización administrativa de los despidos tiene su fundamento en el artículo 5 de la propia Directiva, a cuyo tenor: «La presente Directiva no menoscaba la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables a los trabajadores» (160). La demanda de las organizaciones empresariales en el sentido de flexibilizar aún más las plantillas no obedece en este tema a una razonable necesidad de ajuste de empleo, pues existen suficientes dispositivos en el ordenamiento vigente para conseguir dicha finalidad.

No parece, pues, que deba reformarse el ordenamiento en el sentido de suprimir o minorar las garantías formales requeridas para provocar los ceses (carta de despido, autorización administrativa) o de reducir indemnizaciones, hasta el punto de configurar una situación de liberalización plena del despido que socave irremediabilmente las legítimas expectativas

(159) Cfr., con aportación de datos estadísticos, B. BLASCO SEGURA, «La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo», *cit.*, pág. 602.

(160) Cfr. J. LOPEZ LOPEZ, «La aplicación de las normas comunitarias al ordenamiento laboral español: La Directiva de 17 de febrero de 1975 sobre despidos colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 27, 1986, pág. 363; A. MULAS GARCIA, «Sobre la Directiva CEE de 17.2.75, relativa a los despidos colectivos», *Documentación Laboral*, núm. 13, 1984, págs. 61-63.

del trabajador a la detentación estable de su puesto de trabajo; «... seguir presentando la falta de flexibilidad en el empleo como uno de los grandes cuellos de botella de la organización de nuestra economía y de nuestra sociedad, así como seguir calificando al ordenamiento laboral español como uno de los más intervenidos de Europa occidental constituyen afirmaciones que no resisten su confrontación con la realidad de los hechos» (161).

– Las reconversiones industriales.

En un contexto de crisis económica caracterizado por la falta de inversión, el deterioro del tejido productivo y los excedentes de mano de obra, la reconversión constituye un mecanismo que «trata de ajustar la producción y todo el aparato empresarial y laboral que requiere a la demanda de bienes y servicios, contenido así mediante el sacrificio de algunos, la progresiva pérdida de muchos o todos los puestos de trabajo existentes» (162).

Bajo la óptica con que se presentan las recesiones económicas, que dejan sentir con especial gravedad sus efectos sobre ciertos sectores o actividades, la acción de saneamiento de las empresas incluidas en los sectores afectados, a fin de que las mismas puedan seguir funcionando y produciendo, se canaliza a través de las reconversiones industriales (163).

La reconversión sectorial se encuentra regulada en la Ley 27/1984, de 26 de junio (164), sobre reconversión y reindustrialización, según la cual para un sector industrial o, excepcionalmente, grupo de empresas que «se encuentre en una situación de crisis de especial gravedad y

(161) F. VALDES DAL-RE, «Flexibilidad en el mercado de trabajo y ordenamiento laboral», *cit.*, pág. 313.

(162) M. C. ORTIZ LALLANA, «Peculiaridades sobre la extinción de las relaciones laborales en la normativa de reconversión industrial», en AA.VV., *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los ochenta*, *cit.*, pág. 370.

(163) Sobre la compleja normativa en materia de reconversión y reestructuraciones sectoriales, los problemas que suscita su aplicación y las complejas implicaciones jurídicas, sociales y económicas que de la misma derivan, existe abundante literatura, nacional y extranjera. *Vid.*, entre muchos, aparte los trabajos que se citan en otro lugar, G. GARCIA BECEDAS, *Reconversiones industriales y ordenamiento laboral*, Madrid, Tecnos, 1989, recogiendo abundante bibliografía y una completa «Relación normativa de la reconversión», cerrada a 31 diciembre 1987. Asimismo, J.L. MONEREO PEREZ, *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Universidad, 1988.

(164) Aunque la Ley 27/1984 concluyó su vigencia el 31 de diciembre de 1986 (disp. final 2.^a) -prorrogada durante 1987 por la LPGE para dicho año-, se prolongan hasta su cumplimiento las medidas que prevé por medio de los Decretos de reconversión conforme a ella aprobados.

La ley de mérito ha sido desarrollada por Real Decreto 1990/1984, de 17 de octubre; Decreto desarrollado, a su vez, por Orden Ministerial de 31 julio 1985 -modificada por O. M. 8 mayo 1991-. La aprobación de esta última Orden Ministerial constituye, a criterio de la doctrina más solvente, la «demostración ... de la vigencia continuada de la Ley y el Decreto de 1984» (M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 12.^a ed., *cit.*, pág. 438, nota 69).

la recuperación del mismo se considere de interés general», el Gobierno puede adoptar una serie de medidas, tras una tramitación que, siguiendo a ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE (165), tiene las siguientes fases:

- 1.^a Elaboración de un plan de reconversión, negociado por la Administración y las organizaciones de trabajadores y empresarios implicadas. El plan incluirá, como mínimo, dentro de las medidas de carácter laboral, «previsiones correspondientes a la determinación de las plantillas operativas y las acciones de regulación de empleo necesarias para el ajuste de las mismas y sus calendarios de aplicación, la determinación de los criterios para la ejecución de las medidas de movilidad geográfica y funcional, el desarrollo de programas de formación y readaptación profesional y las orientaciones de política salarial en el sector». La falta de acuerdo tripartito previo no obsta a que el plan pueda ser aprobado, si la reconversión «se estima imprescindible para los intereses de la economía nacional».
- 2.^a Aprobación de un Real Decreto de reconversión, sobre la base del plan, que determine los beneficios aplicables de los previstos en la ley, precise los recursos públicos a comprometer y establezca una comisión de seguimiento y control de la aplicación del plan.
- 3.^a Solicitud de acogimiento de empresas concretas al Decreto de reconversión mediante la elaboración de un programa de reconversión, que la Administración debe aprobar. El programa concretará las medidas a aplicar de entre las previstas en el plan correspondiente, recabando sobre las mismas el informe del Comité de empresa o delegados de personal y, en su caso, de los delegados sindicales reconocidos en la empresa, según lo que pueda prever el Decreto de reconversión.

La ley prevé básicamente medidas tributarias y financieras, pero contiene también algunas laborales y de Seguridad Social, que sistemáticamente expuestas son:

A) «La aprobación de un plan de reconversión será considerada como causa tecnológica o económica o, en su caso, técnica u organizativa, a los efectos de que las empresas acogidas al mismo puedan modificar, suspender o extinguir las relaciones laborales» (art. 17 Ley 27/1984). Como ha señalado la doctrina con relación a su precedente la Ley 21/1982, de 9 de

(165) Derecho del Trabajo, 12.^a ed. rev., *cit.*, pág. 437.

junio (166), se trata de una presunción *iuris et de iure*, cuya primera consecuencia es la exención de la prueba de la causa, si bien, para que la presunción goce de operatividad, precisa la confluencia de varios presupuestos y condicionamientos:

- a) Pertenencia funcional de la empresa al sector declarado en reconversión.
- b) Adicional al anterior, que la empresa se haya acogido al plan sectorial y la solicitud de acogimiento haya sido aprobada.
- c) Adecuación entre las concretas medidas laborales propuestas en cada programa y los objetivos generales del plan, y
- d) Observancia de las normas de procedimiento previstas en aquél y que se recogen en los Decretos de reestructuración (167).

A este respecto, el artículo 51, número 14, del Estatuto de los Trabajadores establece que los expedientes de regulación de empleo que se formulen en aplicación de los planes de *reestructuración sectorial* convenidos entre la Administración y las organizaciones representativas de empresarios y trabajadores se seguirá el procedimiento que se haya acordado en la normativa de los respectivos planes. Si el expediente es de suspensión o reducción de jornada, «las empresas se beneficiarán de la exoneración (de pago de cuotas a la Seguridad Social) prevista en el artículo 20.3 de la Ley 15/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo (actualmente, en el art. 12.2 de la Ley 31/1984, de 2 agosto, de Protección por Desempleo).

B) Si del plan derivan «fusiones, segregaciones, asociaciones o agrupaciones de empresas», el plan debe fijar «el régimen unitario o no» de las condiciones de trabajo en las empresas afectadas, así como en su caso las transferencias de personal con «las correspondientes garantías jurídicas y económicas» (art. 18 Ley 27/1984).

(166) M. C. ORTIZ LALLANA, «Peculiaridades sobre la extinción ...», *cit.*, pág. 376; J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, «La reconversión industrial y su incidencia en el empleo» en AA.VV., Jornadas técnicas sobre concertación social y empleo, IELSS, Madrid, 1982, pág. 181. En contra, otro sector doctrinal ha atribuido a la presunción legal un carácter *iuris tantum*, admitiendo la prueba en contrario de que en una empresa específica no concurre la crisis especial declarada en el sector afectado por la reconversión: J. CRUZ VILLALON, «Aspectos jurídicos de la reconversión industrial», *cit.*, pág. 205, y J. CABRERA BAZAN, «Modificación y extinción del contrato de trabajo y crisis económica», en AA.VV., El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica, *cit.*, pág. 118.

(167) J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, «Reconversión industrial y empleo», en AA.VV., Empleo y crisis económica, MTSS, Madrid, 1982, pág. 51; M. C. ORTIZ LALLANA, *op. y loc. últ. cits.*; J. CRUZ VILLALON, «Aspectos jurídicos de la reconversión industrial», en AA.VV., Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo, *cit.*, pág. 205; A. DESDENTADO BONETE e I. GARCIA PERROTE, «Las medidas laborales en la reconversión industrial», en *Economía Industrial*, núm. 232, 1983, pág. 51.

C) Se conceden «ayudas equivalentes a la jubilación anticipada» de trabajadores mayores de sesenta años, con garantías de percepción mínima y situación asimilada al alta en la Seguridad Social, hasta cumplir la edad normal de jubilación (art. 23 Ley 27/1984).

D) Se conceden las prestaciones de paro «por el período máximo legal, por una sola vez, con independencia de las cotizaciones previas» (art. 21.1 Ley 27/1984).

E) Las indemnizaciones que deban pagar las empresas como consecuencia de la extinción de los contratos de trabajo «podrán ser fraccionadas hasta un máximo de doce mensualidades»; en todo caso, cada fracción no será inferior al salario «que el trabajador hubiere percibido en activo» (art. 20 Ley 27/1984).

F) Los Decretos de reconversión podrán prever la constitución de *Fondos de promoción de empleo*, con la finalidad de completar e intensificar la protección por desempleo, así como colaborar con el INEM en la creación de nuevos empleos y en la tarea de readaptación profesional de los trabajadores excedentes (art. 22 Ley 27/1984).

Las ayudas laborales a las empresas en reconversión se venían concediendo con cargo al *Fondo nacional de protección al trabajo*; suprimido éste por Ley 74/1980, de 29 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981 (disp. adic. 4.^a), se atienden con asignaciones presupuestarias, además de con las aportaciones de las propias empresas, que pueden nutrir los *Fondos de promoción de empleo*, que administran las prestaciones sociales de los planes de reconversión (168).

(168) Con base en el artículo 22 del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 noviembre, sustituido por el de igual número de la Ley 27/1984, se regularon tales Fondos por Real Decreto 335/1984, de 8 febrero (modificado por R.D. 341/1987, de 6 marzo), como «asociaciones sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia», que colaboran con el INEM bajo su inspección, con representación en igual número de la Administración y las organizaciones sindicales y empresariales que hayan negociado y aceptado el Plan de reconversión. La permanencia en estos Fondos de los trabajadores incorporados con edad inferior a los cincuenta y cinco años o reincorporados tras ser declarados excedentes en la empresa en reconversión, fue prorrogada por la LPGE 1989, disposición adicional 13.^a.