

LA FLEXIBILIZACIÓN DEL MERCADO LABORAL. EL DELICADO EQUILIBRIO ENTRE PROGRESO ECONÓMICO Y PROGRESO SOCIAL

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ

*Profesor Titular de Universidad.
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València*

Extracto:

EL debate acerca de la necesidad y conveniencia de introducir medidas flexibilizadoras en el Derecho del Trabajo se despierta y reaviva con cada nueva crisis económica que nos embiste y la correspondiente destrucción de empleo que ello inevitablemente comporta, con el argumento de que la excesiva rigidez protectora del Derecho del Trabajo hace inviable la posibilidad de que nuestras empresas sean competitivas y superen las situaciones de crisis económica. Sin embargo, la dificultad estriba en determinar los concretos aspectos del mercado laboral que deben ser objeto de flexibilización, pues la flexibilidad es, como se ha señalado muy gráficamente, «el debate de las mil caras», pudiendo llegar a englobar una infinidad de materias, siendo posible, en último término, extender el debate a la práctica totalidad del contenido del Derecho del Trabajo. Ahora bien, es evidente que cualquier reducción que se haga ahora en derechos sociales, con la excusa de ayudar a superar la crisis, no se va a realizar de forma coyuntural, pues no se propugnará luego la recuperación de lo ahora sacrificado, cuando el ciclo se invierta y vuelvan épocas de bonanza económica, que volverán. Por esto, se trata de buscar un equilibrio entre garantías y flexibilidad. Garantizar el progreso económico, pero nunca a expensas del ordenamiento laboral, sino conjugando el progreso económico con el progreso social, adaptando las normas laborales a las nuevas circunstancias, en lugar de eliminándolas. Lo que se ha dado en denominar como la modernización del Derecho del Trabajo.

Palabras clave: flexibilización, reformas, crisis, condiciones de trabajo y mercado laboral.

Sumario

- I. Introducción.

- II. Las vías de flexibilización del Derecho del Trabajo.
 - A) Desregulación.
 - B) La potenciación de la negociación colectiva.
 - C) La «flexiseguridad».

- III. Las materias concretas a flexibilizar.
 - A) Flexibilidad externa.
 - B) Flexibilidad interna.

I. INTRODUCCIÓN

El debate acerca de la necesidad y conveniencia de introducir medidas flexibilizadoras y correctoras en el Derecho del Trabajo se despierta y reaviva con cada nueva crisis económica que nos embiste, remontándose a tiempos inmemorables para los más jóvenes y que los más viejos logramos ubicar en la crisis económica de los años setenta, conocida también como del petróleo ¹.

De este modo, el debate acerca de la flexibilidad encuentra, tradicionalmente, su sustrato vital en la necesidad de reaccionar frente a las situaciones de crisis económicas y la correspondiente destrucción de empleo, con el argumento de que la excesiva rigidez protectora del Derecho del Trabajo hace inviable la posibilidad de que nuestras empresas sean competitivas y superen las situaciones de crisis económica ².

Incluso, desde otros sectores, se ha ido un paso más allá y se ha señalado la excesiva rigidez y protección del mercado laboral como la propia causa de las sucesivas crisis ³.

Sin embargo, creo que ni una ni otra afirmación son del todo ciertas, pues la llamada época de oro del Derecho del Trabajo surgió a pesar de constantes e innumerables crisis económicas, llegando a decirse que han sido siempre fieles compañeras del viaje histórico del Derecho del Trabajo ⁴ y, por otro lado, precisamente ha sido en aquellas épocas, de mayor proteccionismo del Derecho del Trabajo, cuando se han registrado algunas de las mejores situaciones económicas. Resulta, pues, que ese mal endémico no es tan malo cuando las cosas van bien, pero es el culpable de todo en épocas de vacas flacas. Así, ahora, se clama al cielo contra un ordenamiento laboral que sin embargo era el mismo en los últimos años donde se habían alcanzado récords históricos de creación de puestos de trabajo.

No hay que olvidar que el ordenamiento laboral ya ha sido modificado en sucesivas ocasiones a lo largo de los años, precisamente para ofrecer una mayor flexibilidad en todos los momentos de la

¹ Véase ya en este sentido a MARTÍN VALVERDE, A., «El impacto de la crisis en el derecho del trabajo», *Temas Laborales*, n.º 1, 1984 y «El Derecho del Trabajo de la crisis en España», *REDT*, n.º 26, 1986, págs. 165 y ss., que señala ya la crisis económica de los años setenta, más conocida como del petróleo, como la causa fundamental del inicio de este debate.

² SALA FRANCO, T., «El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el derecho del trabajo», en *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, 1993, págs. 9 y ss.

³ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La difícil coyuntura del derecho del trabajo», *RL*, Tomo II, 1987, págs. 270 y ss.

⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «Un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo: la crisis económica», *RPS*, n.º 143, 1984, págs. 14 y ss.

relación laboral, tanto en la entrada, como en el desarrollo de la misma, como en la salida, contribuyendo, precisamente, a eliminar los efectos más graves de anteriores crisis económicas sufridas ⁵.

Por ello, parece evidente que no se le puede atribuir un papel exclusivo de las crisis económicas a la rigidez del mercado laboral, pues, como señalan algunos autores ⁶, lo contrario supondría un error de método que podría concluir en un error de diagnóstico.

Existen múltiples factores que han contribuido a la actual situación: el sobrepeso de ciertos sectores que han tirado artificialmente de la economía, por ejemplo construcción, que ahora debe reajustarse, pero que no se encuentra otro sector sustituto para seguir creando empleo, la baja tasa de productividad de nuestra economía, la excesiva precariedad, la llegada masiva de inmigrantes, tipos de interés extraordinariamente bajos, etc., han contribuido, sin duda, a un rápido e intenso crecimiento de nuestra economía, que partía de un retraso considerable en comparación con los países más desarrollados de nuestro entorno. España sigue siendo el país con menor peso dentro de la Unión Europea en el sector educativo y con más empleo en ocupaciones no cualificadas y una de las tasas más bajas en cuanto a la proporción de trabajadores técnicos y profesionales. Tampoco aprobamos en formación continua, donde acumulamos un retraso notable respecto de la media de la Unión Europea.

Es más, aun a riesgo de ser objeto de burla, se podría defender que el mercado laboral ya es extraordinariamente flexible, debido, como veremos, al impacto de la elevada tasa de precarización del mismo, que ya de por sí abarata extraordinariamente la extinción del contrato de trabajo, junto con la posibilidad de acudir a un despido libre, sin participación sindical ni control administrativo alguno, favoreciendo la gestión individualizada y en tantas ocasiones arbitraria de los despidos. De tal modo que, como se está viendo, lamentablemente, la destrucción de empleo puede ser rápida, silenciosa y sin apenas control sobre las causas de las extinciones contractuales, siendo fácil ajustar las plantillas, más que a necesidades productivas, a expectativas de desconfianza y de incertidumbre ⁷.

Ahora bien, partiendo de esta premisa, no obstante, el Derecho del Trabajo, como todo ordenamiento, debe adaptarse a la realidad social que está en constante evolución, «el Derecho del Trabajo volver atrás no quiere y quedarse quieto no puede» ⁸. A título de ejemplo, podemos destacar el progresivo retraso en el acceso al mercado laboral, el paulatino envejecimiento de la población, las altas tasas de paro estructural, las nuevas formas de organización del mercado de trabajo, la nueva revolución industrial de la información, la libertad de movimientos de capital y de personal, la creación de la moneda única y las necesidades de competir dentro y fuera de la Unión Europea ⁹.

⁵ APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A., *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Madrid, 1994, págs. 8 y ss., VALDÉS DAL-RE, F., «Flexibilidad en el mercado de trabajo y ordenamiento laboral», *PEE*, n.º 22, 1985, pág. 303 y GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y TUDELA CAMBRONERO, G., «El derecho del trabajo entre la crisis y la crítica», *RT*, n.º 92, 1988, págs. 19 y ss.

⁶ MARTÍN VALVERDE, A., «El impacto de la crisis...», *op. cit.*, pág. 81.

⁷ LAHEZA FORTEZA, J., «La necesaria racionalización del despido», *El País*, Negocios, domingo 15 de febrero, 2009, pág. 21.

⁸ ROMAGNOLI, U., «Las transformaciones de la concepción del derecho del trabajo ante la crisis», en *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ante la crisis económica*, Madrid, 1984, pág. 4.

⁹ RIVERO LAMAS, J., «Política de convergencia, flexibilidad y adaptación del derecho del trabajo», en *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, 1993, págs. 12 y ss.

De este modo, la flexibilidad se configura como un instrumento para adaptar el ordenamiento laboral a las necesidades reales del mercado ¹⁰ que, por otro lado, exigen los propios sistemas productivos y como medida básica de las políticas de fomento del empleo, imprescindible para que el derecho del trabajo siga teniendo efectividad en su papel de árbitro del conflicto social ¹¹.

Por consiguiente, una vez concluido que la flexibilidad no es un sino el instrumento de adaptación del derecho a la propia realidad, el siguiente paso sería inevitablemente, por un lado, concretar la vía a través de la cual debe llevarse a cabo esa adaptación y, por otro, señalar los concretos aspectos del Derecho del Trabajo sobre los cuales se debe operar esa flexibilización.

II. LAS VÍAS DE FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

En cuanto al primer interrogante, la doctrina ha señalado varias opciones para llevar a cabo la referida flexibilización del ordenamiento ¹²:

A) Desregulación.

La primera, de corte neoliberal, consistiría en la simple eliminación de la legislación proteccionista, además de recortar o incluso eliminar el poder de los sindicatos (desregulación radical). Una segunda opción, que podríamos denominar ecléctica, se articularía asimismo a través de la pérdida de mínimos legales, pero a diferencia, esa pérdida se compensaría con un reforzamiento de las instituciones de representación colectiva (flexibilidad liberal colectiva).

Estas técnicas han sido utilizadas, indirectamente, en los últimos años, no ya eliminando garantías laborales, sino fundamentalmente sacando del Derecho del Trabajo a ciertos colectivos de trabajadores que antes gozaban de los derechos del Estatuto de los Trabajadores (ET), con el argumento de eliminar la rigidez que produce una indiscriminada laboralización de ciertas actividades, en contra de la demanda de flexibilidad, antigua y tradicional reivindicación patronal. Pero también externalizando el recurso de la mano de obra, fundamentalmente a través de las contratas, eludiendo la exigencia de la causalidad de la contratación temporal y, por ende, el principio de estabilidad en el empleo.

Así, en primer lugar, en cuanto a la deslaboralización de colectivos, se ha producido, bien a través de una reacción del propio mercado, eludiendo el contrato de trabajo y acudiendo a otros contratos más flexibles, dejando en manos de los tribunales las posibles discusiones acerca de la concurrencia o no de las notas de dependencia y ajenidad en la concreta prestación de servicios ¹³ o

¹⁰ RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J., *De la rigidez al equilibrio flexible*, Madrid, 1994, pág. 21.

¹¹ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral», en *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1990, págs. 262 y ss.

¹² MARTÍN VALVERDE, A., «El Derecho del Trabajo de la crisis...», *op. cit.*, págs. 165 y ss.

¹³ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «La huida del derecho del trabajo», *RL*, Tomo I, 1992, págs. 90 y ss. y MARTÍN VALVERDE, A., «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1990, pág. 125.

incluso, de forma más radical, eludiendo en bloque no solo el ordenamiento laboral, sino cualquier tipo de regulación, lo que se ha conocido como el fenómeno de la economía sumergida.

Ahora bien, el problema no radica en los supuestos de evasión voluntaria del Derecho del Trabajo, a través del libre acuerdo de voluntades, cuando verdaderamente es la autonomía de las partes la que fija el tipo de relaciones, sino evidentemente cuando dicha autonomía solamente aparece de manera formal y la exclusión del ordenamiento laboral se impone, al haber hecho una parte más débil, que en la práctica se halla en una situación de absoluta subordinación. Así, la inevitable consecuencia de estas prácticas es el aumento de precarización desproporcionado de un sector de verdaderos trabajadores que se encuentran absolutamente desprotegidos o desamparados.

Como ejemplo paradigmático de los últimos años, cabe destacar el supuesto del Derecho polaco de los contratos civiles en el mercado de trabajo. Estos contratos, evidentemente, confieren un alto grado de flexibilidad al mercado laboral en Polonia, pero a costa de situar a los trabajadores en situaciones de precariedad ¹⁴.

a) *La vía de la parasubordinación.*

Por ello en algunos países el legislador ha intentado integrar a estos trabajadores mediante la aplicación directa a los mismos de algunos de los derechos y garantías que se prevén en el ordenamiento laboral para los trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, normalmente, más que la extensión de los mecanismos de tutela laboral individual, se ha limitado únicamente a los mecanismos de las condiciones generales de la contratación, para la parte más débil ¹⁵. Es el caso del sistema italiano para el supuesto de aquellos trabajadores por cuenta propia cuya actividad presenta, no obstante, algunos indicios de dependencia. La doctrina ha acuñado esta subordinación de segundo grado como «parasubordinación» ¹⁶ o el supuesto similar de «cuasi-laboralidad» de la doctrina alemana ¹⁷.

En este sentido, de una forma un tanto contradictoria, nuestro legislador a menudo ha demostrado su vocación de extender a las nuevas actividades que van surgiendo en el mercado la protección del modelo salarial. Como ejemplos recientes podríamos destacar los supuestos de los abogados que prestan servicios en despachos profesionales, mediante la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, y el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, al personal investigador en formación a través del Real Decreto 63/2006, de 27 de enero y, en su momento, los profesores de religión en centros públicos, a través de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre. Sin embargo, en otras ocasiones, la atemperación de las notas caracterizadoras del contrato de trabajo también ha llevado a que el propio legislador haya deslaboralizado relaciones que tradicionalmente se habían consolidado como típicamente laborales,

¹⁴ Vid. KATARZYNA RUBEL, «Los contratos de derecho civil como forma de empleo en Polonia. Una flexibilidad ¿para qué seguridad?», en *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*, Madrid, 2007, págs. 209 y ss.

¹⁵ LÓPEZ GANDÍA, J., *Contrato de trabajo y figuras afines*, Valencia, 1999, págs. 10 y 11.

¹⁶ SANTORO PASARELLI, G., *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979 y PEDRAZZOLI, M., *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazione e prospettive*, Trento, 1989.

¹⁷ MONTOYA MELGAR, A., «Sobre el trabajo dependiente...», *op. cit.*, pág. 711.

mediante la potenciación de la contrata y en otros fenómenos de descentralización productiva. Sin embargo, y en cuanto a lo que ahora nos concierne, son especialmente significativos los ejemplos de remisión al régimen del trabajo autónomo. Así, por ejemplo, el supuesto de los transportistas con vehículo propio, a partir del artículo 1.3, letra g) del ET. Los agentes comerciales y los representantes de comercio a partir de la Ley 9/1992, de 30 de abril, que amplía la figura del agente comercial y la consolida como relación mercantil y, por ende, trabajador autónomo, quedando como algo residual la de representante de comercio.

En esta misma línea se ha actuado con los trabajadores autónomos dependientes (TRADE), en lugar de optar por la laboralización directa de este colectivo de trabajadores formalmente autónomos pero materialmente dependientes, el legislador ha optado por la creación también aquí en España de ese camino intermedio que supone la figura de la parasubordinación con el objetivo de dotar el mercado laboral de una morfología mucho más homogénea, con la creación de la figura del TRADE.

Probablemente porque esta modalidad de trabajo es más del agrado de la patronal que ve cómo se ahorra costes de Seguridad Social y de extinción de la relación laboral, por no mencionar todo el elenco de derechos que establece no solo el ET para los trabajadores, sino más importante todavía, las mejoras sustanciales de los convenios colectivos. Por ello, no es extraño que esta figura se haya mostrado más eficaz a la hora de reducir la alta tasa de desempleo y temporalidad. En efecto, el trabajo autónomo suele realizarse de forma estable (con una media de más de tres años en la actividad). Sin embargo, cabe recordar que si bien se puede haber reducido la precarización de los trabajadores desde la perspectiva de la temporalidad, de tal forma que los obreros ganan en estabilidad laboral, no hay que olvidar que ha sido a costa de aumentar la precariedad desde la perspectiva de los derechos, ya que se ven excluidos, como hemos reseñado, de todos los derechos que el ET confiere al contrato de trabajo y de las mejoras de los convenios colectivos.

b) La vía de la externalización.

En segundo lugar, esta desregulación también se ha producido a través de la evasión de ciertas normas, especialmente la de estabilidad en el empleo y la preferencia por el contrato indefinido, a través de una excesiva interpretación flexible de la jurisprudencia en sede de contratas.

La jurisprudencia ha mantenido que el encargo o contrata que tenga concertada una empresa principal con otra contratista puede justificar la celebración de contratos de obra o servicio determinados con los trabajadores de esta última, por el tiempo que dure la citada contrata¹⁸.

Además, recientemente, el criterio jurisprudencial ha dado un giro para establecer ahora, además, que el contrato de obra o servicio subsistirá mientras la contrata se siga adjudicando de nuevo a la misma contratista, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface¹⁹.

¹⁸ SSTs de 15 de enero y 25 de junio de 1997 RJ 497 y 6133, 11 de noviembre de 1998 RJ 1998, 9623, 18 y 28 de diciembre de 1998 RJ 307 y 387 y 8 de junio de 1999 RJ 5209.

¹⁹ STS de 17 de junio de 2008 RJ 4229.

Sin embargo, creo que es evidente que se produce una fragmentación puramente formal de la actividad objeto de externalización. Sin que se pueda afirmar que de forma objetiva las actividades sean individualizadas, esto es, que tengan una vida separable de la actividad permanente de la empresa principal, con un principio y un fin definidos objetivamente, sino más bien un desarrollo normal o genérico. Como destaca el propio Tribunal Supremo (TS), la autonomía y sustantividad propia de la obra o servicio, en todo caso, debe ser causal y no puede quedar al arbitrio de las partes, que es lo que ocurriría en este supuesto.

En efecto, en los contratos de obra o servicio, la duración incierta no puede supeditarse a la voluntad resolutoria de una de las partes²⁰. El contrato de obra o servicio sin duración limitada en el tiempo constituye fraude de ley²¹.

Este mismo argumento debería servir, asimismo, para mantener que los contratos de estos trabajadores deberían ser indefinidos. En efecto, pues, si la empresa principal los contratara directamente, debería celebrar contratos indefinidos al tratarse de actividades permanentes y habituales de la misma, con mayor razón se deberían celebrar contratos indefinidos cuando se les contrate a través de una contrata. Lo contrario supone trasladar el riesgo de pérdida de la contrata al trabajador y no solo introduce un trato desigual entre los empresarios contratistas y los demás, sino, más grave todavía, entre los trabajadores de los empresarios contratistas y aquellos contratados directamente por los demás empresarios. Ya que se les niega el derecho a ser contratados con un contrato indefinido, condenándoles a la precarización continuada, exclusivamente por el hecho de pertenecer a una empresa contratista y haciendo depender su estabilidad en el empleo únicamente de la voluntad del empresario principal con el cual hubiera celebrado la contrata su empresa. Lo que, en mi opinión, supone un claro fraude de ley, al permitir que se evite la obligatoria aplicación del artículo 15 del ET, simplemente recurriendo a la práctica de las contratas y subcontratas.

Con el agravante que ahora, con el cambio de criterio que se ha visto, al no considerar que el contrato de obra finaliza con cada contrata, sino que continúa mientras se vayan celebrando las sucesivas contratas con la misma empresa adjudicataria, se impediría la aplicación de la nueva previsión antifraude del apartado cinco del artículo 15 del ET. En efecto, pues se trataría del mismo contrato de obra y servicio y, por lo tanto, no habría sucesivos contratos temporales en el tiempo que se podrían ir sumando a los efectos de superar los 24 meses en un período de 30. Con lo cual se evitaría de esta forma la posibilidad de declarar por esta vía la conversión en indefinido del trabajador.

La práctica de las contratas no puede ni debe ser, ni menos con el amparo del TS, una vía alternativa que altere el régimen general de la contratación laboral, tanto indefinida como temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar, bien la temporalidad, bien la habitualidad y permanencia, del ámbito de la contratación laboral de la empresa principal a la empresa contratista. De tal forma que solo si la empresa principal contrata una verdadera actividad temporal, la empresa contratista debe poder celebrar contratos temporales, a su vez, para cubrir dicha actividad. Mientras que si la empresa principal contrata una actividad permanente o habitual, la empresa contratista debe, a su

²⁰ STS de 18 de octubre de 1993 RJ 7838.

²¹ STSJ de Extremadura de 17 de octubre de 2005 AS 2911.

vez, contratar a sus trabajadores con contratos indefinidos para cubrir la misma. Otras cosa, como veremos, es que nos cuestionemos ya la propia exigencia general de causalidad en la contratación temporal, pero esto se debe abordar de forma conjunta y unitaria, como haremos en su momento y no permitiendo el descuelgue parcial de este régimen general a través de la externalización.

B) La potenciación de la negociación colectiva.

Finalmente, una tercera vía sería la de mantener las garantías legales, pero dispositivizándolas, esto es, dejar en manos de la negociación colectiva la regulación de las mismas²², la cual encontraría su inspiración en lo que se ha denominado como el liberalismo colectivo o *laissez-faire collective*²³. Si bien, como se ha destacado por algunos autores²⁴, en realidad estaríamos también ante una modalidad de desregulación que, siendo cierto que no elimina directamente las reglas sociales, sí que dispositiviza a favor de la negociación colectiva aquellas áreas que tradicionalmente eran indisponibles.

Esto ya ha ocurrido en nuestro ordenamiento en los últimos años, produciéndose un repliegue de la legislación estatal a favor de la autonomía colectiva e individual, en búsqueda de una mayor adecuación flexible de la gestión de los recursos humanos en la empresa, por considerarse el convenio colectivo el instrumento más adecuado para flexibilizar y adoptar las relaciones laborales a la realidad social y económica, con garantías mínimas para evitar una desregulación²⁵. De este modo se realiza una reducción física del número de normas legales imperativas²⁶, reduciendo el papel de la norma estatal como fuente del Derecho del Trabajo y remitiendo la regulación de distintas materias a la negociación colectiva. Además, el legislador articula la cesión de soberanía por diversos métodos²⁷. En efecto, tanto en los supuestos de dispositivización, sean de subsidiariedad o de complementariedad, como los de deslegalización, es decir, cuando la ley únicamente se limita a remitir en bloque la

²² SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., «Hacia una concepción...», *op. cit.*, págs. 270 y ss. y SALA FRANCO, T., «El debate de las políticas de flexibilidad laboral...», *op. cit.*, págs. 44 y ss.

²³ MARTÍN VALVERDE, A., «El derecho del trabajo...», *op. cit.*, pág. 176.

²⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Flexibilidad, juridificación y desregulación», *RL*, n.º 5, 1987, págs. 26 y ss. y DEL REY GUANTER, S., «Desregulación, juridificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo», *RL*, Tomo I, 1989, págs. 282 y ss.

²⁵ VALDÉS DAL-RE, F., «La legislación laboral negociada entre la concertación social y el diálogo social» en *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social*, Madrid, 1997, págs. 42 y ss.

²⁶ Supresión de la órdenes que regulaban los denominados pluses extrasalariales, las normas de mínimos de la retribución de las horas extraordinarias y del trabajo nocturno, previstas en los antiguos artículos 35.1 y 36.4 del ET y que establecían que la retribución de las mismas debía superar en al menos un 25 por 100 el precio de la hora ordinaria. En el mismo sentido, ha desaparecido la regla del artículo 35.1 del ET que disponía que las horas extraordinarias se debían compensar por tiempos de descanso incrementados en un 75 por 100. También ha dejado de tener la naturaleza de derecho necesario, que tenía en el antiguo artículo 25 del ET, el plus de antigüedad, además de excluirse los umbrales máximos que para el mismo fijaba el referido artículo. Asimismo, se ha eliminado la necesidad de hacer constar la remuneración anual en los convenios colectivos que establecía el artículo 26.5 del ET. Se han suprimido los criterios que se debían respetar, en todo caso, para la planificación anual de las vacaciones, el obligado criterio de antigüedad para realizar el llamamiento de los fijos discontinuos, la prohibición taxativa de trabajar, en ningún caso, más de nueve horas al día que contenía el antiguo artículo 34.2, el umbral de diferenciación entre tiempo parcial y tiempo completo, etc.

²⁷ ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., «Los pactos o acuerdos de empresa: naturaleza y régimen jurídico», *RL*, n.º 4, 1995, págs. 116 y ss.

regulación de la materia al convenio, sin disponer nada al respecto para el caso en que no se produjera esa regulación, no solo se remite a la negociación colectiva, de forma genérica²⁸, sino que en otras ocasiones se reenvía específicamente al convenio colectivo de un sector determinado²⁹ y en otras hay una remisión expresa al acuerdo de empresa³⁰ o a la autonomía individual³¹, incluso con carácter alternativo³², pudiendo incluso llegar la autonomía individual a acomodar o adaptar la propia regulación del convenio colectivo al concreto ámbito empresarial³³.

Este repliegue no ha sido únicamente normativo, sino también en aquellos supuestos en que intervenía la Administración laboral en las relaciones de trabajo, reduciendo significativamente las funciones asignadas a la misma³⁴.

Así, se ha experimentado lo que se ha denominado como un reparto más abierto de papeles entre las diversas fuentes reguladoras del Derecho del Trabajo³⁵, hasta el punto de convertirse la regulación compartida entre ellas y no la exclusividad de la ley, en la regla general³⁶.

De este modo, una forma eficaz de flexibilizar la normativa sería el progresivo intercambio entre las tradicionales relaciones de suplementariedad que antes se daban entre la ley y el convenio colectivo, que ahora pasarían a regir las actuaciones entre la autonomía colectiva y la individual³⁷. Así se podrían otorgar mayores márgenes de actuación a la autonomía individual, aumentando los supuestos en que el convenio venga a desempeñar el papel reservado tradicionalmente a la normativa estatal, de techo mínimo, mientras que el contrato asumiría el rol ocupado con anterioridad por el

²⁸ Así, por ejemplo, la determinación de la retribución específica del trabajo nocturno, la fijación de los términos para el ejercicio de los derechos de promoción y formación profesional, la determinación de la duración del período de prueba, la determinación de los supuestos en que se pueden celebrar contratos de obra o servicio determinado y de eventualidad, la fijación de períodos para reclamar el ascenso definitivo cuando se realicen funciones de categoría superior, la retribución del contrato para la formación, así como el tiempo dedicado a la formación teórica y su distribución, etc.

²⁹ La determinación de los puestos de trabajo susceptibles de ser objeto de un contrato para la formación, el número máximo de contratos para la formación que puede celebrar una empresa, la determinación de la duración máxima de este contrato, así como el de prácticas, la ampliación de la duración máxima del contrato de eventualidad, etc.

³⁰ Adopción del sistema de clasificación profesional, materia de ascensos, recibo individual y justificativo del pago del salario, la distribución de la jornada anual, etc.

³¹ El diseño de la estructura salarial y los complementos salariales, la determinación de su carácter consolidable o no, la específica retribución de las horas extraordinarias o la compensación por descansos, la posibilidad y forma en que el trabajador pueda promocionar por antigüedad, etc.

³² La determinación de la duración de la jornada, la consideración del período de descanso en las jornadas continuadas como tiempo de trabajo efectivo, la obligatoriedad o no de realizar las horas extraordinarias que no sean de fuerza mayor, la duración de las vacaciones anuales, etc.

³³ SSTs de 18 y 30 de abril, 21 de junio y 31 de octubre de 1994, RJ 3254, 3473, 6315 y 8114.

³⁴ Así, la Administración laboral ya no interviene en la elaboración del calendario laboral, ya no ostenta un control tan rígido sobre la realización de horas extraordinarias, ya no se debe comunicar mensualmente las realizadas, ni debe autorizar la realización de las mismas en el denominado horario nocturno. Tampoco puede establecer un régimen distinto de descanso semanal ni debe ya autorizar las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, etc.

³⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La flexibilidad de la fuerza de trabajo y el derecho español del trabajo», en *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, 1993, pág. 172.

³⁶ CASAS BAAMONDE, M.E., «La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencia y concurrencia de los convenios colectivos», *RL*, Tomo II, 1994, pág. 302.

³⁷ D'ANTONA, M., «La autonomía individual y las fuentes del derecho del trabajo», *RL*, Tomo II, 1991, págs. 282 y ss.

propio convenio, de mejora de este marco mínimo, por ser el medio ideal para regular de una forma más flexible las particularidades y especialidades que se presentan en algunas condiciones de trabajo y por brindar mayores posibilidades de flexibilidad respecto de materias que requieren de un amplio margen de adaptabilidad, como salario, tiempo de trabajo, etc.

Soy consciente de que cualquier posibilidad de intervención de la autonomía individual puede redundar en mayores facultades de determinación unilateral del empresario, sin embargo, no hay que olvidar que debido a la primacía jerárquica de la autonomía colectiva sobre la individual, como destaca el propio artículo 3.1 c) del ET, esa relación alternativa del contrato individual respecto del convenio colectivo, se verá limitada a aquellos casos en que la autonomía individual venga a mejorar la regulación establecida en el convenio colectivo, no pudiendo contravenirla³⁸. No obstante, como señala la jurisprudencia, una cosa es que el contrato individual no pueda contravenir el convenio colectivo, estableciendo regulaciones contrarias, y otra bien distinta es que el contrato de trabajo regule materias no contempladas en el propio convenio³⁹, pudiendo incluso llegar la autonomía individual a acomodar o adaptar la propia regulación del convenio colectivo⁴⁰.

Esta potenciación de la autonomía colectiva no se busca únicamente a través de una ampliación de su posible contenido, sino también a través de la introducción de medidas que facilitan y favorecen la posibilidad de celebrar convenios colectivos, a la vez de permitir una mejor adecuación de sus contenidos a las necesidades empresariales⁴¹. Así, por ejemplo, cabe destacar la posibilidad de descuelgue salarial⁴², el establecimiento de nuevas reglas de concurrencia, la posibilidad de derogación y disponibilidad de un convenio por otro, permitir la efectividad del convenio más allá de su vigencia, además de propiciar el desarrollo de distintas formas de obtención de acuerdos en el seno de la empresa por considerar esta la sede central de las relaciones de trabajo.

C) La «flexiseguridad».

Ahora bien, como en tantas otras ocasiones, resulta evidente que ninguna de las vías por sí solas son adecuadas para la finalidad que debe perseguir la flexibilidad. Una desregulación absoluta supondría, en último término, más que la adaptación del Derecho del Trabajo a la realidad social y económica, el desmantelamiento del propio ordenamiento laboral⁴³. Esta medida chocaría frontal-

³⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva», *RL*, n.º 4, 1999, pág. 20.

³⁹ SSTC 208/1993 y 74/1996.

⁴⁰ SSTs de 18 y 30 de abril, 21 de junio y 31 de octubre de 1994, RJ 3254, 3473, 6315 y 8114.

⁴¹ De este modo, se simplifican los métodos de toma de acuerdos en las Comisiones Negociadoras, se establecen nuevas normas sobre legitimación empresarial en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, se modifica el sistema de medición de la representatividad sindical a los efectos de determinar su capacidad negociadora, etc.

⁴² Incluso si el convenio no hubiera contemplado esta cláusula de inaplicación, mediante el acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, quedando la decisión en manos de la Comisión Paritaria del convenio si no se llega a tal acuerdo.

⁴³ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La difícil...», *op. cit.*, pág. 275, DEL REY GUANTER, S., «Desregulación...», *op. cit.*, págs. 282 y ss., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Flexibilidad...», *op. cit.*, págs. 2 y ss. y ROJO TORRECILLA, E., «El pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo», *RL*, Tomo II, 1997, págs. 32 y ss.

mente con la propia Constitución, ya que la calificación del Estado como «social», negaría la validez de medidas desreguladoras absolutas al garantizar la positivización de aquellas parcelas más importantes de las relaciones laborales ⁴⁴.

Mientras que la vía de la dispositivización de las garantías laborales, además de no solucionar el problema de una posible desregulación absoluta, pues dicha posibilidad pasaría a manos de los agentes sociales, traería consigo un sinnúmero de problemas añadidos ⁴⁵: la concreción de aquellas garantías mínimas que debería seguir estableciendo la normativa estatal de conformidad con el Texto Constitucional, el cumplimiento del Derecho Internacional y Comunitario, etc.

En consecuencia, la flexibilidad debe estar articulada a través de específicas medidas de ambas opciones, cuya necesidad se pondrá de manifiesto por la naturaleza de la propia materia objeto de flexibilización, siempre desde una perspectiva coyuntural y con el fin de garantizar el progreso económico, pero nunca a expensas del ordenamiento laboral, sino conjugando el progreso económico con el progreso social, adaptando las normas laborales a las nuevas circunstancias ⁴⁶, en lugar de eliminándolas, sin que por ello se altere los fundamentos y esencia del Derecho del Trabajo ⁴⁷.

En definitiva, se trata de buscar un equilibrio entre garantías y flexibilidad o como se dice ahora, seguridad y flexibilidad, dando lugar a la poca acertada expresión de flexiseguridad ⁴⁸, que intenta poner de manifiesto que no son conceptos incompatibles, sino que pueden llegar a ser dos caras de la misma moneda. Este enfoque se incluye en la Estrategia Europea de Empleo y en los objetivos de modernización de los mercados de trabajo, que proponen una mayor empleabilidad y adaptabilidad con normas laborales más flexibles, adecuadas a un mercado variante, con vistas a acomodarse a los cambios económicos y mejorar la competitividad de las empresas y la calidad del empleo, sin perder la seguridad. Para ello, las directrices de empleo de 2001, así como las sucesivas ⁴⁹, señalan la necesidad de revisar los elementos restrictivos de la legislación laboral que impidan el dinamismo del mercado de trabajo y que dificulten el acceso de grupos desfavorecidos, promover un enfoque de trabajo basado en el ciclo de vida, ser más flexible para poder responder a las fluctuaciones en la demanda de bienes y servicios, promover una mayor diversidad de contratos y conciertos laborales, aplicar políticas activas de empleo y formación profesional que garanticen a los trabajadores la posibilidad de acceso a puestos de trabajo dignos, reducir la segmentación del mercado de trabajo y favorecer un mayor equilibrio entre vida profesional y vida privada.

En este contexto se enmarca el Documento 9633/2006 sobre Flexiseguridad, del Comité de Empleo y del Comité de Protección Social y el Libro Verde sobre Modernización del Derecho del Trabajo y la Comunicación de la Comisión «Más y mejores empleos por medio de flexibilidad y

⁴⁴ GARCÍA PERROTE ESCARTIN, I. y TUDELA CAMBRONERO, G., *op. cit.*, págs. 21 y ss. y DEL REY GUANTER, S., *op. cit.*, págs. 293 y ss.

⁴⁵ En este sentido, SALA FRANCO, T., «El debate...», *op. cit.*, págs. 45 y ss.

⁴⁶ SALA FRANCO, T., «El debate...», *op. cit.*, pág. 47.

⁴⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I., *op. cit.*, pág. 31.

⁴⁸ Acuñada por el sociólogo holandés ADRIAANSENS.

⁴⁹ Directrices de Empleo 2005-2008. Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005, 2005/600/CE).

seguridad»⁵⁰, en los cuales se plantea una noción de flexiseguridad como una estrategia integrada de política social, en los cuales los problemas se deben contemplar de forma simultánea, no selectivamente y todas las soluciones deben actuar conjuntamente, de forma unificada⁵¹, lo que supone, más que un resultado predeterminado, un proceso reflexivo abierto⁵². A tales efectos se señalan una serie de líneas básicas y comunes que dicha estrategia debe seguir:

- Revisar y ajustar el nivel de protección en los contratos indefinidos.
- Introducir modalidades de contratos que respondan a las necesidades efectivas de las empresas.
- Remover obstáculos a las empresas de trabajo temporal (ETT).
- Modernizar la organización del trabajo.
- Incentivar el trabajo a tiempo parcial.
- Adaptar los sistemas de protección social para facilitar una mayor movilidad de los trabajadores.
- Asegurar que los trabajadores puedan permanecer y progresar en el mercado de trabajo, sin que ello deba ser necesariamente en el mismo puesto de trabajo de forma vitalicia⁵³.

De este modo, como se puede apreciar, es una noción indeterminada, altamente difusa y multidireccional, forjada a partir de una combinación transaccional de elementos político-ideológicos y adherencias, tanto liberales, como socialdemócratas y que, como tal, acaso solo ofrezca una cierta concreción conceptual desde una perspectiva negativa, esto es, como respuesta a la flexibilidad propia de los años ochenta y a sus efectos perniciosos⁵⁴. Así, como señala la doctrina⁵⁵, no existe un camino único. Hay diversas formas de implementar la flexiseguridad y distintas combinaciones posibles de políticas para lograrla, de acuerdo con las características propias de cada sistema nacional, las instituciones del mercado de trabajo y las relaciones laborales, aparte del destacado papel que se debe conceder en esta materia al diálogo social, para lograr una flexiseguridad negociada.

En todo caso, la implantación de la flexiseguridad, aun cuando está conectado con la regulación del mercado de trabajo y los derechos de los trabajadores, incluidos los derechos fundamentales y

⁵⁰ Principios comunes de flexiseguridad, 27 de junio de 2007.

⁵¹ Para un análisis crítico y en profundidad véase VALDÉS DAL-RE, F., «El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales triangulares», *RL*, n.º 3, 2009, págs. 1 a 11 y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y otros, *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*, Madrid, 2007.

⁵² «Flexicurity Pathways», *Turning hurdles into stepping stones*, Report by the European Expert Group on Flexicurity, 2007, pág. 38.

⁵³ Véase Wim KOK, *Jobs, Jobs, Jobs. Creating more employment in Europe*, Report of the Employment Taskforce, Bruselas, 2003.

⁵⁴ BAZ RODRÍGUEZ, J., «El marco jurídico comunitario del trabajo a tiempo parcial. Reflexiones en el contexto de la flexiseguridad», en *Trabajo a tiempo parcial y flexiseguridad*, Granada, 2008, pág. 9.

⁵⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Flexiseguridad: el debate europeo en curso», en *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*, Madrid, 2007, pág. 15.

colectivos, no puede dejar de tener en cuenta su carácter de combinación de políticas y de elementos heterogéneos que van más allá y traspasan el propio Derecho del Trabajo y, en consecuencia, el propio objeto del presente estudio que se centrará únicamente en medidas concretas de carácter laboral.

III. LAS MATERIAS CONCRETAS A FLEXIBILIZAR

En cuanto a los concretos aspectos del mercado laboral que deben ser objeto de flexibilización, el problema radica en que la flexibilidad es, como se ha señalado muy gráficamente ⁵⁶, «el debate de las mil caras», pudiendo llegar a englobar una infinidad de materias, siendo posible, en último término, extender el debate a la práctica totalidad del contenido del Derecho del Trabajo.

De esta manera, para dotar el trabajo de una cierta metodología a efectos de su exposición, seguiremos una variante descriptiva propuesta por otros autores, que podríamos denominar cronológica ⁵⁷, centrando nuestro análisis en un planteamiento global de la flexibilidad, pero proyectada en dos grandes momentos de lo que podríamos denominar como la dinámica de la relación laboral: la entrada en la empresa y la gestión de la mano de obra y la salida de la empresa ⁵⁸.

Así, veremos y pondremos de manifiesto cómo, en muchos aspectos, las reformas llevadas a cabo en los últimos años ya han dotado de una extraordinaria flexibilidad a las facultades empresariales de organización del trabajo, sin perjuicio de señalar aquellos otros puntos en los cuales todavía existe un margen de maniobra para regular de una forma más flexible las particularidades y especialidades de ciertas condiciones laborales. En cualquier caso, como se puede imaginar, los aspectos a abordar son varios y heterogéneos y, por ende, el grado de profundidad en su tratamiento es, asimismo, desigual.

A) Flexibilidad externa.

En el momento de la entrada en la empresa, llamada también flexibilidad externa ⁵⁹, la doctrina coincide a la hora de señalar los aspectos que deben ser objeto de flexibilización: la gestión de los recursos del mercado laboral, a través de los servicios de colocación y empleo y las modalidades de contratación laboral.

a) Servicios de colocación y empleo.

El régimen de colocación en nuestro país es altamente insuficiente, pese a que no existe monopolio de la colocación. No han dado los resultados esperados las Agencias de Colocación sin fines

⁵⁶ SALA FRANCO. T., *op. cit.*, pág. 9.

⁵⁷ SALA FRANCO. T., *op. cit.*, pág. 15.

⁵⁸ Metodología propuesta también por LÓPEZ GANDÍA, J., «La reforma del mercado de trabajo según el documento presentado al CES», *TS*, n.º 32-33, 1993, págs. 16 y ss. Las propuestas de flexibilidad en la salida, es decir, en el régimen del despido ya se trató en el número 316 y así, para evitar reiteraciones a él nos remitimos.

⁵⁹ SALA FRANCO. T., *op. cit.*, pág. 15.

lucrativos. Y ello porque, en primer lugar, se ha producido un fracaso de la Actividad de Colocación realizada por las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, y, en segundo lugar, se está asistiendo a una proliferación «aceptada» de las Agencias de Empleo Privadas (AEP), que, salvo en el caso de las ETT, actúan sin una regulación específica y especialmente en algunos sectores donde las condiciones de trabajo ya de por sí son precarias y escasamente reguladas, como los empleados de hogar.

Las AEP, siguiendo la terminología usada en la OIT, no cuentan actualmente con un régimen jurídico completo en nuestro ordenamiento, a pesar de la necesidad de su regulación para permitir su funcionamiento y para proteger a los trabajadores que utilicen sus servicios. De todo el conjunto de AEP que actúan en España, solo están reguladas las ETT, aceptándolas a partir del año 1994, y siendo modificada su regulación en algunas ocasiones para evitar las consecuencias negativas que estaban produciendo en el funcionamiento del mercado de trabajo.

La LE (Ley 56/2003, de Empleo, de 16 de diciembre) solo ha fijado la estructura del Sistema Nacional de Empleo, y simplemente en este tema se ha limitado a enumerar determinados Agentes de la Intermediación, y ni siquiera ha incluido a todos los que realizan esta actividad en la práctica; incluso no hay una regulación completa de todos los Agentes de la Intermediación que enumera; es el caso de las Entidades Colaboradoras y de los Servicios para los trabajadores en el Exterior. La sensación que da al analizar el articulado de la LE es que ha incluido aquellos intermediarios que van a colaborar directamente con el Servicio Público de Empleo con carácter gratuito, no pronunciándose sobre las demás AEP que están presentes en la Actividad de Colocación.

Ahora bien, la ausencia de regulación no significa que estas no estén presentes en la realidad práctica, y que toda la Actividad de Colocación realizada por estas sea ilícita. No se puede llegar a esta conclusión, que considero incompleta y poco acertada, ya que no solo hay que tener en cuenta nuestro ordenamiento, sino el ordenamiento internacional y comunitario. Pero esta ausencia de regulación plantea numerosos problemas de interpretación jurídica. Esta es la caótica situación actual que causa problemas de interpretación práctica porque la realidad es bien diferente, pues hay AEP que funcionan en la actualidad sin ningún tipo de control y ningún tipo de régimen jurídico aplicable ⁶⁰.

De acuerdo con las tendencias recientes en los países de nuestro entorno cabe discutir actualmente si es conveniente seguir manteniendo la prohibición de Agencias de Colocación con fines lucrativos, cuando, además se admiten por el Convenio 181 de la OIT. Así pues España actualmente no se adapta al Convenio núm. 181 OIT, sino a la parte II de un Convenio de la OIT anterior al ratificado actualmente, y es el Convenio núm. 96 sobre Agencias retribuidas de colocación, que ya ha sido denunciado.

En definitiva, la conclusión que se puede extraer, en términos utilizados recientemente, es que «las medidas de implantación de las Agencias de Colocación no lucrativas han fracasado». Es a la conclusión que llega la Comisión de Expertos constituida para el diálogo social, firmada el 31 de ene-

⁶⁰ SERRANO FALCÓN, C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Granada, 2009, pág. 139.

ro de 2005 y titulada como «Más y mejor empleo en un nuevo escenario socio-económico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas», Informe que se ha tenido en cuenta por el Gobierno, Organizaciones Empresariales y Sindicales en el proceso de diálogo que se ha venido desarrollando y que se ha plasmado en el «Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo» el 9 de mayo de 2005, y que a su vez ha servido como base para la promulgación del Real Decreto-Ley 5/2000, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Sin embargo, no se ha abordado la reforma de la actividad de colocación, manteniéndose por el momento el mismo régimen «fracasado».

En este sentido el Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo de mayo de 2006, en cuanto a medidas dirigidas a los Servicios Públicos de Empleo e intermediación en el mercado de trabajo prevé:

1.º Modernización de los Servicios Públicos de Empleo.

El Gobierno se compromete a instrumentar en un plazo de tres meses un Plan Global de Modernización de los Servicios Públicos de Empleo, tanto Estatal como Autonómicos, que contará con una adecuada dotación presupuestaria que se reflejará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2007.

Este Plan Global de modernización incluirá necesariamente la mejora de los recursos materiales y tecnológicos de la red de oficinas y un Plan Estratégico de Recursos Humanos del Servicio Público de Empleo Estatal para mejorar su estructura organizativa y la situación laboral y retributiva de su personal.

El objetivo estratégico del Plan Global de Modernización debe ser mejorar la atención a los usuarios y la calidad de los servicios, garantizando la coordinación entre políticas activas y protección por desempleo y elevando la tasa de intermediación en el mercado laboral de los Servicios Públicos de Empleo. A tal efecto, se incorporarán medidas específicas tales como el establecimiento de un Portal de Empleo que incremente la captación de ofertas de trabajo y asegure la difusión de las mismas, así como programas de incentivación de la búsqueda de empleo por parte de los propios desempleados.

2.º Análisis de las Políticas Activas de Empleo.

El Gobierno y los Interlocutores Sociales evaluarán durante el segundo semestre del 2006 el funcionamiento de las medidas que configuran el conjunto de las Políticas Activas de Empleo. El Gobierno asegurará el cumplimiento del objetivo de que, en un plazo no superior a seis meses desde su inscripción en la Oficina de Empleo, los demandantes de empleo reciban una oferta de orientación, formación profesional o inserción laboral.

3.º Grupo de trabajo tripartito.

Un grupo de trabajo tripartito en el ámbito de Servicio Público de Empleo Estatal abordará el desarrollo de la LE y las políticas activas de empleo que se aplicarán en el futuro, con especial aten-

ción a mujeres, jóvenes y personas con discapacidad, así como las medidas de empleo y formación en favor de la integración laboral de la población inmigrante.

En este marco deberán analizarse, entre otras cuestiones, el papel de los agentes que intervienen en el mercado de trabajo y su ámbito de actuación: Servicios Públicos de Empleo, Entidades Colaboradoras, Agencias de Colocación y Empresas de Recolocación.

Sin embargo, esto luego quedó plasmado en una exigua disposición adicional, la sexta, de la Ley 43/2006: «El Gobierno instrumentará en un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta ley un Plan Global de Modernización del Servicio Público de Empleo Estatal que garantice la modernización y mejora de los recursos materiales y tecnológicos de la red de oficinas y que contará con una adecuada dotación presupuestaria que se reflejará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007. Este Plan incluirá necesariamente un Plan Estratégico de Recursos Humanos del Servicio Público de Empleo Estatal para mejorar su estructura organizativa y la situación laboral y retributiva de su personal».

Hasta el momento no se ha acometido el análisis del papel de los agentes que intervienen en el mercado de trabajo y su ámbito de actuación, como preveía el Acuerdo.

Por todo ello es necesaria una completa reforma de la Actividad de Colocación, que vaya acorde con la realidad práctica y tenga por finalidad ordenar y controlar tal actividad así como ajustarse a la normativa internacional. Sin perjuicio de las posibles reformas que se puedan llevar a cabo, asimismo, para mejorar la actividad de los Servicios Públicos de Empleo.

No parece que las AEP tengan cabida en la LE (Ley 56/2003, de Empleo, de 16 de diciembre), pues esta ley ha tenido la simple intención de fijar el Sistema Nacional de Empleo, sus principios y sus funciones así como hacer referencia a las Entidades que colaboran con los Servicios Públicos de Empleo. La introducción de las Agencias Privadas de Colocación con fines lucrativos requeriría, por tanto, un nuevo marco legal.

Este nuevo marco se podría aprovechar para aglutinar la regulación de todas las AEP y de las empresas de selección en una única ley. Con esta propuesta, se evitaría una dispersión normativa, y para ello sería conveniente, además, que incluyera el régimen jurídico de las diferentes actividades que realizan las AEP y la posible conexión entre todas ellas, incluidas las propias ETT, por lo que habría que modificar la LETT ⁶¹.

Cabe aceptar legalmente que las ETT se configuren como «Empresas de servicios integrales de empleo». Esto es, cabría reformar la LETT, eliminando la exigencia de exclusividad de las mismas, de tal forma que pudieran ofrecer todos los servicios que hemos analizado: selección, colocación, recolocación, etc. Con las correspondientes garantías, de tal forma que habría que regular, minuciosamente y de forma autónoma, los requisitos para cada servicio distinto, aun cuando se hiciera todo

⁶¹ En este sentido, véase, SERRANO FALCÓN, C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Granada, 2009, pág. 395.

en la propia LETT, aprovechando su existencia y modificándola. Haciendo especial hincapié en la necesidad de garantizar que la masa salarial dedicada a la formación, así como la garantía o fianza para el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, no se empleen en otros fines.

El nuevo marco normativo deberá regular los aspectos mínimos para la actuación de las AEP, pues como señala la doctrina ⁶² «su reconocimiento legal expreso aumentaría su eficiencia, y no frenaría ni mucho menos su libertad de movimiento ni su iniciativa. Es necesario que se produzca seguridad jurídica en esta materia, lo que exige positividad del derecho; así, es necesaria la regulación de las AEP que, además, iría acorde con los principios básicos que caracterizan el Derecho del Trabajo: el principio de protección del trabajador y el principio de rendimiento o eficiencia económica vinculado a la libertad de empresa en el marco del sistema de economía social de mercado. Con una regulación específica se daría una mayor fiabilidad, profesionalidad y solvencia de los Agentes de Empleo para diferenciarlos de los que actúan de forma abusiva, y conseguir así una mayor transparencia en el mercado de trabajo. Esto evitaría la contradicción existente en la actualidad en esta materia: la Actividad de Colocación regulada está totalmente controlada, mientras que la Actividad de Colocación que está sin regular, se viene aceptando sin someterse a ningún tipo de control, lo que hace que se puedan agravar situaciones discriminatorias», además del funcionamiento de la intermediación de las ETT.

Como ya se señaló más arriba, desde la OIT se aceptan las AEP, pero tienen que estar controladas por un régimen de autorizaciones o licencias, y que tienen que contar con una regulación específica a nivel nacional, no bastando con un simple código de conducta que se le aplique a los diferentes tipos de AEP.

Además el Convenio 181 prohíbe expresamente que al trabajador se le cobre cantidad alguna por ningún concepto. De este modo, la experiencia internacional y cada vez más numerosos sistemas de Derecho Comparado aceptan que estas AEP tengan fines lucrativos pero siempre y cuando no se cobre a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ningún tipo de honorario o tarifa, aunque se podría cobrar a determinadas categorías de trabajadores algunos servicios prestados por las Agencias de Empleo Privadas, siempre y cuando se lleve a cabo una previa consulta con las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores. En todo caso habría que determinar el margen en el que se podrían mover para cobrar al empresario, regulándolo en el régimen jurídico de estas AEP. Pero, en cualquier caso, es evidente que nuestra regulación actual en este punto, concretamente el artículo 2 del Real Decreto 735/1995, contraviene manifiestamente la normativa internacional, al establecer la posibilidad de cobrarle al trabajador los gastos ocasionados.

La regulación de las AEP, finalmente, no excluye el funcionamiento de los Servicios de Empleo. La relación de las AEP y de los Servicios Públicos de Empleo se debe basar en un régimen de cooperación, por lo que se recomienda la celebración de Convenios entre el Servicio Público de Empleo y las AEP para la inserción de los desempleados de larga duración. Deberían aplicarse también las medi-

⁶² SERRANO FALCÓN, C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Granada, 2009, págs. 444 y 445.

das de fomento del empleo a las contrataciones de colectivos específicos que lleven a cabo las empresas a través de las Agencias privadas rompiendo el monopolio de las públicas en este terreno. Las Agencias públicas tendrían únicamente un papel de información y eventual control sobre la realidad de dichas contrataciones al estar implicadas las cuotas de la Seguridad Social. Entendemos que es viable esta propuesta como se observa en otras experiencias como en el sistema de bonos de colocación en Alemania.

En las experiencias comparadas coexisten Agencias públicas con Agencias privadas aumentando la cooperación entre ellas. Así, se han puesto en marcha acuerdos de colaboración entre las Agencias públicas y las ETT y entre Agencias públicas y Agencias privadas. Las oficinas públicas de empleo locales difunden las ofertas de empleo de las agencias privadas, poniéndolas a disposición de todos sus clientes. Además, las Agencias privadas se benefician de los servicios de las públicas a la hora de buscar y seleccionar candidatos, intercambian información perteneciente al mercado laboral local, el mercado de trabajo temporal y las medidas de empleo públicas específicas, con el fin de adaptar mejor sus respectivos servicios a las necesidades de los demandantes de empleo. Esto resulta especialmente útil para los colectivos de trabajadores más desfavorecidos, como los desempleados de larga duración, los jóvenes y los discapacitados. Hay que superar una visión basada en prejuicios según la cual los servicios privados de empleo competirían con las Agencias de Empleo Públicas. Al contrario, la cooperación y alianzas con agencias comerciales u organismos públicos o no gubernamentales resultan positivas.

En esta línea habría que plantearse en nuestro sistema el enfoque también de un «nuevo» servicio público de empleo que prevea el establecimiento de agencias de servicios personales y «buscadores de empleo» (*job seekers*), esto es, ETT que colocan a desempleados en nombre de las oficinas públicas de empleo.

Se contemplan sistemas especiales de agencias de recolocación, como las listas especiales de empleo del sistema italiano de la época de la reconversión y que ya pueden ser tanto públicas como privadas y las agencias de recolocación.

Se tiende a que el fomento del empleo no necesariamente deba ir únicamente a las colocaciones obtenidas y conseguidas a través de agencias públicas sino que cabe también extenderla a la conseguida a través de agencias privadas, como en el sistema alemán de bonos.

Debe ampliarse a las Agencias de Colocación la Red EURES ya que solo la gestiona actualmente el Servicio Público de Empleo, puesto que la normativa comunitaria permite que otras instituciones puedan estar dentro de esta Red.

En todo caso el reconocimiento y en general la gestión de las prestaciones por desempleo debe seguir siendo competencia de las Agencias públicas.

Es imprescindible el establecimiento de un adecuado procedimiento sancionador, estableciendo, como señala la OIT, mecanismos y procedimientos adecuados para examinar las quejas, los presuntos abusos y las prácticas fraudulentas relacionadas con las actividades de las AEP.

La materia de Colocación y en particular la Intermediación laboral debe ser competencia del Estado, es decir, la comunidad autónoma no puede legislar en esta materia, aunque sí puede llevar a cabo una gestión propia de la intermediación laboral tal y como se viene haciendo en las comunidades autónomas.

Pero es totalmente necesario que el Estado lleve a cabo una regulación adecuada que permita a las comunidades autónomas tener un marco legal de referencia y evite que cada una regule la actividad de colocación de forma diferente. Esto es, el modelo de Colocación tendría que ser único, regulado a nivel estatal, dejando margen de actuación a las comunidades autónomas en materia de organización y gestión de la Actividad de Colocación, pero en ningún caso de regulación.

Sería conveniente que se unificara a nivel estatal quiénes pueden ser Entidades Colaboradoras, pues no existe un régimen unificado, y tan solo en la LE menciona de forma expresa a los interlocutores sociales, señalando que su colaboración «deberá considerarse de manera específica» (art. 8.3 de la LE). Sería necesario también unificar tanto el procedimiento administrativo de autorización de tales Entidades así como los requisitos que se les exigen para que se constituyan como tales. Sería también conveniente determinar qué tipo de acciones pueden desarrollar y las condiciones de su actuación así como determinar aquellas acciones que no podrían realizar las Entidades Colaboradoras dejándolas de forma exclusiva al Servicio de Empleo ⁶³.

b) Modalidades de contratación laboral

A partir de la segunda mitad de la década de los ochenta, a pesar de mantenerse formalmente la preferencia por el empleo estable o los contratos indefinidos, se introduce una variedad excesiva de modalidades de contratación temporal, hasta el punto de ser calificado como una de las normativas más abiertas e incluso desreguladoras de las de Europa occidental. Lo que da lugar a hablar de una contratación a la carta ⁶⁴, llegando algunos autores incluso a dudar de la exigencia de la causalidad como requisito de la contratación temporal ⁶⁵. De este modo, se puede decir que ya tenemos uno de los mercados laborales con mayor flexibilidad en la entrada, hasta el punto de que se habla de contratación a la carta. Con el mayor índice de temporalidad que en buena medida es debido a una alta tasa de fraude en la contratación temporal, estimándose que alrededor del 50 por 100 de los contratos temporales son celebrados en fraude de ley.

Es fácilmente observable que la contratación temporal, en nuestro ordenamiento, pasa de ser algo excepcional y coyuntural a adquirir carta de naturaleza en un espacio muy corto de tiempo. Las razones esgrimidas para la apertura generalizada de la temporalidad fueron, en un principio, fundamentalmente de corte económico, precisamente debido a la época de crisis que se pasaba. Así, se

⁶³ Vid. SERRANO FALCÓN, C., *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Granada, 2009, págs. 373 y 374.

⁶⁴ CASAS BAAMONDE, M.E. y VALDÉS DAL-RE, F., «Diversidad y precariedad de la contratación temporal en España», *RL*, Tomo I, 1989, pág. 77.

⁶⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.C., «Ordenación y flexibilidad del mercado de trabajo», *RL*, n.º 13, 1993, pág. 4.

argumentaba que era excesivamente oneroso para los empresarios el mantenimiento del principio de estabilidad en el empleo en un ciclo de crecimiento económico negativo, como el que se estaba viviendo ⁶⁶. Sin embargo, estos argumentos económicos, de forma progresiva, pasaron a adoptar carices tecnológicas debido al desarrollo y la incorporación de nuevas tecnologías que invadían el mercado de trabajo y que, en opinión de algunos autores, llevaban al uso abundante de formas precarias de trabajo ⁶⁷.

En cualquier caso, pronto quedó patente que la excesiva temporalidad introducida en el mercado laboral no estaba produciendo los frutos esperados. El ligero aumento experimentado en la recuperación del empleo, más bien respondía a tendencias cíclicas ⁶⁸ y en cualquier caso, de no ser así, hubiera sido de todos modos a costa de un precio demasiado alto, una excesiva precarización del mercado de trabajo, sin resolver en absoluto el verdadero problema del paro que se había convertido ya en estructural ⁶⁹. En efecto, el uso empresarial del amplio abanico de modalidades contractuales legalmente consagradas no tendía, como era su finalidad, hacia la creación o al menos el reparto del empleo, sino más bien hacia la sustitución de los trabajadores fijos de plantilla por trabajadores temporales ⁷⁰. De tal manera que lo que en realidad eran actividades normales y permanentes de las empresas, no obstante se cubrían, en gran medida y de forma habitual, por trabajadores con contratos temporales.

La anterior circunstancia ha llevado a que algunos autores hayan apuntado hacia un notable e incluso insalvable proceso de fragmentación del ordenamiento laboral ⁷¹. Así, hay disfuncionalidades que, por otro lado, son inevitables si no se adoptan medidas correctoras, en un sistema diseñado alrededor de una relación laboral estable e indefinida, todavía hoy, al menos formalmente, considerada como típica pese a la realidad. Así, por ejemplo, la imposibilidad práctica de ejercer la mayoría de los denominados derechos colectivos, que requieren del principio de estabilidad en el empleo, supuestos de excedencias de larga duración o algo tan simple como las vacaciones anuales, sin tener que conformarse con una mera compensación económica de las mismas. Por no mencionar las excesivas dificultades que experimentan este colectivo para poder acceder a una protección social digna.

De tal forma que, en consecuencia, se crea un binomio que literalmente coloca una espada de Damocles sobre las cabezas de estos trabajadores, que les impide de facto reivindicar derechos legítimos, por temor a represalias empresariales. Así, como pone de manifiesto CASAS BAAMONDE y VALDÉS DAL-RE ⁷² «la temporalidad drena la conciencia sindical, fragmenta la colectividad de los trabajadores, mutila las acciones sindicales y debilita al sindicato».

⁶⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «Un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo. La crisis económica», *RPS*, n.º 143, 1984, págs. 16 y ss.

⁶⁷ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUELA, F., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990, pág. 36.

⁶⁸ GARCÍA NINET, J.I., «Política de empleo y desempleo», *TS*, n.º 32-33, 1993, pág. 7.

⁶⁹ TOHARIA, L., «El mercado de trabajo español: evolución y perspectivas», en *Debates sobre el empleo en España*, Madrid, 1992, pág. 195.

⁷⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «Un compañero de viaje...», *op. cit.*, pág. 16.

⁷¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., «Ordenación y flexibilidad...», *op. cit.*, pág. 3.

⁷² En «Diversidad y precariedad de la contratación temporal en España», *RL*, Tomo I, 1989, pág. 255.

Además, se normaliza esta situación y se habla de la costumbre de la precariedad⁷³, no solo en el empresario, como sería evidente, sino también en el propio trabajador, que se habitúa a una rotación, alternando períodos de trabajo con períodos de desempleo. Los efectos negativos de una excesiva precarización no solo perjudican, sin embargo, a los trabajadores, sino también a los propios empresarios⁷⁴. En efecto, las altas tasas de rotación de trabajadores provocan una falta de profesionalidad y de mano de obra especializada, lo cual impide la identificación del trabajador con la propia empresa, desincentivando su interés en la marcha de la misma. Pero también se perjudica el sistema de protección social. El alto índice de rotación injustificado de los trabajadores, por un lado, produce efectos negativos en el propio equilibrio financiero de la prestación por desempleo⁷⁵ y, por otro, incrementa el gasto en prestaciones de asistencia sanitaria, incapacidad temporal y permanente, provocado por el aumento en las cotas de siniestralidad laboral⁷⁶.

Pero la excesiva flexibilidad en la entrada ni siquiera ha servido para corregir el paro estructural, consagrado en el mercado laboral y que incluso ha demostrado tendencias alcistas en las épocas de mayor número de contratos temporales. De esta manera, solo ha conseguido extender la cultura de la precarización laboral, facilitada por la diversidad de contratos y los contornos a veces difusos entre unos y otros, así como la excesiva permisividad de la jurisprudencia en la utilización de ciertas modalidades, como el de obra y servicio, todo lo cual hace extraordinariamente difícil la aplicación del fraude de ley⁷⁷. En efecto, pues, pese a la eliminación de ciertas modalidades contractuales temporales, como el de lanzamiento de nueva actividad y las restricciones introducidas en la contratación temporal coyuntural, que queda únicamente para trabajadores discapacitados y especialmente en el contrato para la formación, eliminando la posibilidad de celebrarlo con un amplio abanico de colectivos; todo ello con el objetivo de recuperar el principio de causalidad en la contratación temporal, lo cierto es que la incidencia en la reducción de la temporalidad ha brillado por su ausencia, siendo incapaz de situarla por debajo del 30 por 100.

Es cierto que se ha actuado recientemente, como se sabe, sobre las amplias posibilidades existentes de encadenamiento sucesivo de diversas modalidades temporales, de tal forma que ahora el apartado quinto del artículo 15 del ET presume la conversión en indefinido de aquel trabajador que se le encadenen dos o más modalidades de contratación temporal, durante más de 24 meses, en un período de referencia de 30. Sin embargo, a nadie se le escapa las posibilidades, relativamente sencillas, de evitar la aplicación del mismo, rotación en el mismo puesto con dos o más trabajadores distintos, o con las modalidades de contratación exentas, interinidad, etc. Por no mencionar la posibilidad de rodear esta norma a través de la externalización de la mano de obra y, muy especialmente la subcontratación, como ya hemos visto. Donde ahora, el TS, en los supuestos en que se vayan celebrando o renovando sucesivas contrataciones con la misma empresa adjudicataria, no considera que el

⁷³ LÓPEZ GANDÍA, J., «Negociación colectiva y modalidades de contratación tras la reforma laboral», en *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, Madrid, 1998, pág. 83.

⁷⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.C., «Ordenación y flexibilidad...», *op. cit.*, pág. 5.

⁷⁵ LÓPEZ GANDÍA, J., «La reforma del mercado de trabajo...», *op. cit.*, págs. 18 y ss.

⁷⁶ SEGURA, DURÁN, TOHARIA Y BELTOLOLLA, *Análisis de la contratación temporal en España*, Madrid, 1991, págs. 122 y ss.

⁷⁷ LÓPEZ LÓPEZ, J., «La contratación temporal y el fraude de ley», *RL*, n.º 23, 1993, pág. 20 y LÓPEZ GANDÍA, J., *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Valencia, 1997, pág. 83.

contrato de obra finaliza con cada contrata. Así, al tratarse del mismo contrato de obra y servicio, no habría sucesivos contratos temporales en el tiempo, que se podrían ir sumando a los efectos de superar los 24 meses en un período de 30. Con lo cual se evitaría de esta forma la posibilidad de declarar por esta vía la conversión de indefinido del trabajador.

En cualquier caso, la nueva medida articulada en el apartado cinco del artículo 15 del ET, en el fondo, no es más que el reconocimiento de la dificultad de controlar la causalidad en la contratación laboral y la renuncia implícita a hacerlo, optando por una presunción objetiva. Precisamente por ello, sería mucho más simple reconocerlo expresamente. Una vez tomado este paso, se podría pasar a adoptar posibilidades de contratación temporal, como en el derecho comparado, no causales, simplemente limitadas. Temporalmente, con el señalamiento de una duración máxima y con el pago de la totalidad de los salarios, hasta la duración máxima, en el supuesto de rescisión extemporánea por parte de la empresa. Y cuantitativamente, con límites máximos de contratos temporales, de conformidad con el total del volumen de plantilla de la empresa. De tal forma que se podría controlar y así reducir el número de contratos temporales a un porcentaje determinado, lo que no ha podido hacer ninguna otra de las medidas adoptadas, pues como se sabe tenemos el porcentaje más alto de temporalidad de Europa y posiblemente del mundo.

Además, habría que cuestionarse sobre la eficacia de la bonificación a la contratación para crear empleo. Es cierto que, de conformidad con la prioridad de recuperar la estabilidad en el empleo, se ha pasado a incentivar prioritariamente la contratación indefinida. No obstante, no es menos cierto que ha quedado demostrado el fracaso de estas medidas para lograr este fin, al comprobar que la duración media de estos contratos bonificados es de tres años, coincidiendo con la finalización de los incentivos. Produciéndose poco después el despido de estos trabajadores y, lo que es más grave, costeándose el mismo con el dinero ahorrado durante el período incentivado. De tal forma que resulta que tales medidas, en su gran mayoría, únicamente sirven para que las empresas contraten a personal que, muy probablemente, de todas formas hubieran contratado, a menor coste, financiado con dinero público.

Más eficaces parecen, en este sentido, las recientes medidas del Real Decreto-Ley 2/2009, que además de bonificar la contratación, en este caso del contrato a tiempo parcial, bonifican las empresas que mantengan en el empleo a los trabajadores afectados por situaciones de suspensión de contrato o reducción temporal de jornada, cuando finalicen dichas situaciones, fomentando así el mantenimiento del empleo y, por ende la estabilidad ⁷⁸. De tal forma que, a mi modo de ver, este debería ser el camino a seguir en cuanto a la bonificación, en general, premiando a las empresas que no despidan o no despidan por encima de un umbral señalado, esto es, mantengan una cierta estabilidad en su plantilla. Del mismo modo, habría que bonificar a aquellas empresas que no sobrepasen un cierto número de contrataciones temporales sobre el total de la plantilla, premiando la no precarización en la empresa.

⁷⁸ Así, establece la posibilidad de bonificar las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social en un 50 por 100 en aquellos supuestos en que se proceda por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a un ajuste temporal del empleo con la perspectiva de garantizar la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo, siempre que el empresario asuma el compromiso de mantener el empleo durante al menos un año después de finalizada la situación de suspensión de contratos o reducción de jornada.

B) Flexibilidad interna.

No obstante, en cualquier caso, no se puede cargar a la contratación temporal con el papel de piedra angular del proceso de flexibilización, fragmentando la actuación flexibilizadora y, en consecuencia, debilitándola, sino que es necesario actuar asimismo sobre los otros dos grandes momentos de la dinámica de las relaciones laborales, adoptando medidas de flexibilización en la gestión de la mano de obra y en la salida de la empresa.

Así, en cuanto a la flexibilidad en la gestión de la mano de obra o flexibilidad interna ⁷⁹, se trata de buscar una mejor adecuación de la gestión de los recursos humanos de una empresa, tanto a las circunstancias del mercado, como a la propia situación económica de la empresa ⁸⁰. En este aspecto las medidas flexibilizadoras actúan sobre materias como clasificación profesional, movilidad funcional y geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la jornada. A tales efectos ya se han acentuado las facultades y prerrogativas empresariales unilaterales respecto de las mismas ⁸¹ a través de un correlativo repliegue del anterior intervencionismo de la administración laboral en dichas materias ⁸², manteniendo unas funciones meramente consultivas de los representantes legales en la mayoría de los casos ⁸³.

a) *Modificación unilateral de condiciones de trabajo.*

En este sentido, el tradicional sistema de clasificación profesional ya ha sido flexibilizado sensiblemente en un doble sentido. Por un lado, ya ha perdido protagonismo el concepto de categoría profesional, que está llamada a ser sustituida por el más amplio de grupo profesional. Así, la primera ya no delimita el objeto de la prestación laboral, quedando ahora esta facultad en manos del empresario, pudiendo acordar ahora incluso la polivalencia funcional, quedando relegado el concepto de categoría profesional solo a efectos de determinar la retribución del trabajador ⁸⁴. Esto permitiría la asignación a los trabajadores de tareas diversas a las inicialmente pactadas, lo cual podría aprovecharse para fomentar la movilidad de los trabajadores, ya que la rotación o enriquecimientos de tareas conducirán a la adquisición de mayores habilidades y destrezas, haciéndoles más empleables ante cambios futuros motivados por necesidades organizativas o de producción ⁸⁵. Además, se admite la categoría de aprendiz en los convenios colectivos, con una retribución sensiblemente inferior a la

⁷⁹ SALA FRANCO, T., *op. cit.*, pág. 15.

⁸⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R. y RODRÍGUEZ ESCANCIO, S., *El derecho del trabajo tras las últimas reformas flexibilizadoras de la relación laboral*, Madrid, 1998, pág. 351.

⁸¹ ROMÁN DE LA TORRE, M.^a D., «Clasificación profesional y movilidad funcional», en *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994, pág. 164.

⁸² ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva», *RL*, n.º 4, 1999, págs. 16 a 18.

⁸³ ROMÁN DE LA TORRE, M.^a D., *op. cit.*, pág. 182 y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R. y RODRÍGUEZ ESCANCIO, S., *op. cit.*, pág. 357.

⁸⁴ Véase nota anterior.

⁸⁵ ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., «En torno a los conceptos de flexibilidad y seguridad: de la contraposición al encuentro», en *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*, Madrid, 2007, pág. 127.

establecida para la categoría profesional correspondiente, siempre y cuando se plantee como una categoría de acceso y no se aplique a puestos o categorías cualificadas ⁸⁶.

Por otro lado, las facultades de movilidad funcional unilateral del empresario ya son extraordinariamente amplias, hasta el punto de que la denominada movilidad horizontal queda absorbida por los poderes de dirección ordinarios de la empresa y solo la movilidad extra muros del grupo profesional o entre categorías no equivalentes exige causa legal. Asimismo, es posible realizar una movilidad funcional parcial, esto es, sin que el trabajador deje de desempeñar las funciones propias para las cuales se contrató, se le puede obligar a realizar, además, las funciones correspondientes a otra categoría o grupo profesional, pues nada hay en el artículo 39 del ET que impida hacer esta interpretación amplia y dado que la ley no distingue, habrá que aplicar a los supuestos de movilidad funcional parcial las mismas reglas aplicables a la total ⁸⁷. Incluso se puede llevar a cabo el cambio de funciones, excediendo los límites señalados en el artículo 39, solo que en este caso se debe aplicar lo señalado en el artículo 41 para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, lo que se denomina como movilidad funcional extraordinaria. Así, se puede incluso llevar a cabo una movilidad funcional descendente, de carácter permanente, respetando lo establecido en el artículo 41, pero sin necesidad ya de mantener el derecho a la retribución correspondiente al grupo o categoría profesional superior, pues ya no resulta aplicable las reglas del artículo 39 del ET ⁸⁸.

Lo mismo se puede decir de las facultades de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo, que forman ya parte de las facultades unilaterales de dirección de la empresa, salvo las condiciones de trabajo acordadas en convenio colectivo estatutario, lo cual en mi opinión es incuestionable, sin perjuicio de las exigencias de preaviso, que asimismo nadie discute que se deban mantener o el período de consultas con los representantes, según se trate de traslados o modificaciones sustanciales colectivas, pero que no afectan el carácter decisorio de lo acordado previamente y de forma unilateral por el empresario ⁸⁹.

Sin embargo, se podría avanzar, por un lado, en el esclarecimiento del propio concepto de modificación sustancial de condiciones de trabajo, pues, en primer lugar, la propia relación de condiciones de trabajo enumeradas en el artículo 41, se reconoce que es únicamente a título ejemplificativo, de tal modo que se deben entender incluidas todas aquellas condiciones que se refieran a la relación laboral, aunque no hayan sido enumeradas legalmente ⁹⁰. Así, aun cuando la mayoría de los pronunciamientos van referidos a supuestos de modificaciones de la jornada, del horario, del sistema de turnos o del sistema retributivo ⁹¹, podemos encontrar otros supuestos referidos al régimen de

⁸⁶ STS de 22 de enero de 1996 RJ 118.

⁸⁷ STCT de 20 de febrero de 1989 RJ 1260.

⁸⁸ STS de 14 de abril de 2003 RJ 6569.

⁸⁹ SENRA BIEDMA, R., «Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial», *RL*, n.º 6, 1995, págs. 8 y ss.

⁹⁰ STS de 11 de abril de 1991 RJ 3262.

⁹¹ Así, se ha señalado como modificación sustancial la sustitución de una jornada continuada por una jornada partida. La reducción de la jornada (STS de 22 de octubre de 1997 RJ 7549) (STS de 11 de junio de 1987 RJ 4334, STSJ de Andalucía de 18 de julio de 1995 AS 2772); la disminución del horario sin reducción de la jornada laboral anual, repartiéndolo en los puentes (STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 1996 AS 2794); el cambio de sistema de turnos

permisos y licencias ⁹² e incluso ejemplos más anecdóticos, como la supresión de un servicio de autocar que prestaba la empresa ⁹³ o la retirada de una tarjeta de compra con descuentos especiales para comprar en el economato de la empresa ⁹⁴. En segundo lugar, la ley no establece con exactitud cuándo una modificación es sustancial o no, siendo la sustancialidad un concepto jurídico indeterminado y, en consecuencia, altamente casuístico ⁹⁵.

Por otro lado, el carácter individual o colectivo de la modificación se basa en unas reglas difusas y demasiado complejas. Así, primero, el artículo 41 establece como regla general, en atención a la fuente de donde deriva la condición a modificar, que se considera de carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo que se disfrutaban a título individual y de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Además, segundo, se establece una regla específica adicional, para el caso de modificaciones funcionales del horario, en función del número de trabajadores afectados, siendo discutible si esta regla opera con independencia de la anterior ⁹⁶ o con carácter acumulativo ⁹⁷.

Por ello, con el objetivo de racionalizar las causas y simplificar el procedimiento, se podría proponer, en primer lugar, la eliminación de la exigencia de sustancialidad, de tal forma que sería necesario aplicar el régimen del artículo 41 siempre que se quisiera modificar unilateralmente una condición de trabajo que no tenga expresamente establecido por ley un procedimiento de modificación distinto y específico. Tal sucede con el período de disfrute de vacaciones (art. 38.2 del ET), con el aumento de la jornada laboral mediante la realización de horas extraordinarias (art. 35.4 del ET), con los traslados y desplazamientos del lugar de trabajo (art. 40 del ET) y con la movilidad funcional (art. 39 del ET). De este modo, siempre que la empresa quisiera modificar una condición laboral que no fuera alguna de las señaladas, con independencia del calado del cambio, sería necesario aplicar el artículo 41 del ET, ofreciendo una mayor seguridad jurídica de esta forma para todos.

(STS de 4 de octubre de 2001 RJ 1417/2002); la revisión de los tiempos y rendimientos (STSJ de Castilla y León de 23 de febrero de 1996 AS 355); la modificación de la estructura salarial pactada (SAN de 12 de junio de 1995 RJ 3689 y STSJ de Aragón de 13 de diciembre de 1995 RJ 2130); la movilidad funcional (STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 1995 AS 2130); la transformación de una partida salarial fija en variable (STS de 6 de mayo de 1996 RJ 4379).

⁹² STS de 3 de abril de 1995 RJ 2905.

⁹³ STS de 16 de abril de 1999 RJ 4429.

⁹⁴ STS de 9 de abril de 2001 RJ 5112.

⁹⁵ Así, no se ha considerado como sustancial el cambio de horario que aumentaba los días laborales durante el año, si bien reduciendo las horas de trabajo diario (STSJ de Cataluña de 9 de septiembre de 1996 AS 3651); el cambio de horario, adelantando durante unos pocos días una hora la entrada en el trabajo (STSJ de Cataluña de 9 de abril de 1996 AS 1419); la modificación del sistema de medición de los tiempos de trabajo (STSJ de Asturias de 13 de diciembre de 1996 AS 4032); la modificación de los criterios empresariales para aumentar graciamente los salarios individuales (STS de 22 de junio de 1998 RJ 5703); las modificaciones derivadas de la pérdida de vigencia de un convenio colectivo extraestatutario (STS de 25 de enero de 1999 RJ 896); la revocación de un puesto de confianza (STS de 26 de julio de 1990 RJ 6483).

⁹⁶ A favor de esta interpretación se puede ver ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A y SALA FRANCO, T., «La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios», *RL*, n.º 8, 1994, pág. 96.

⁹⁷ En este sentido *vid.* CAMPS RUIZ, L.M., *La modificación de las condiciones de trabajo*, Valencia, 1994. También la doctrina judicial. *Vid.* a título de ejemplo STSJ de Navarra de 29 de marzo de 1996 AS 499.

En segundo lugar, se podría racionalizar y simplificar el modo de determinar el carácter individual o colectivo de la modificación, eliminando la referencia a decisiones empresariales unilaterales de efectos colectivos y distinguiendo únicamente entre condiciones laborales fijadas en convenio colectivo estatutario, que tienen su propio régimen de modificación en el artículo 41, con la exigencia de acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores; condiciones laborales fijadas en acuerdo o pacto colectivo, que se disfrutarían a título colectivo y las condiciones establecidas por otros medios que se considerarían fijadas a título individual. De tal forma que solo se considere de carácter colectivo, en todo caso, la modificación de aquellas condiciones que disfruten los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo, pues no tiene sentido diferenciar entre contrato de trabajo y decisión unilateral de efectos colectivos, que es una distinción artificiosa que solo lleva a confusión y a situaciones de inseguridad⁹⁸. En efecto, esto lleva al absurdo de considerar colectiva la modificación de una condición laboral fijada unilateralmente por la empresa para todo un colectivo de trabajadores, pero individual la modificación de una condición pactada expresamente en el contrato de trabajo, aunque su disfrute estuviera generalizado en una empresa, por tratarse de una cláusula tipo, introducida en todos los contratos individuales de los trabajadores, cuando el resultado es el mismo y, evidentemente, la forma de eludir el carácter colectivo es tan sencillo como celebrar ese contrato tipo con el colectivo de trabajadores correspondiente. Debiéndose desaconsejar a las empresas en la práctica, por tanto, la toma de tales decisiones, sustituyéndolas por las cláusulas tipo, lo cual provocaría de hecho, en todo caso, la inaplicación de tal concepto.

Por ello, parece más lógico e infinitamente más sencillo determinar que las condiciones de trabajo fijadas en pacto o acuerdo colectivo, entendiéndose por tal el convenio colectivo extraestatutario, se disfrutan a título colectivo y su modificación posterior es de carácter colectivo, mientras que aquellas no recogidas en dichos pactos las disfrutan los trabajadores a título individual y, por ende, su modificación posterior será de carácter individual. Manteniendo, obviamente, el régimen específico establecido para las condiciones de trabajo fijadas en convenio colectivo estatutario, que únicamente permite, de forma taxativa, la modificación del horario, del régimen de trabajo a turnos, del sistema de remuneración y del sistema de trabajo y rendimiento y siempre con el preceptivo acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores (art. 41.2 del ET), so pena de nulidad⁹⁹.

En cualquier caso, en honor a la verdad, para la gran mayoría de las empresas españolas, la discusión anterior es puramente teórica. En efecto, pues, como es sabido, la inmensa mayoría de las

⁹⁸ Tal afirmación se pone de manifiesto de una forma muy gráfica analizando las sentencias contradictorias del TS y de la Audiencia Nacional, en el supuesto de un complemento de función, acordado voluntariamente por una empresa y que, posteriormente, desea modificar. En efecto, con los mismos hechos la SAN de 9 de julio de 2007, núm. 81/2007 y 86/2007, establece que la modificación posterior del plus, de forma unilateral por la empresa, no constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo de ningún grupo genérico de trabajadores, no siendo preciso seguir el trámite del artículo 41.4 del ET. Para ello argumenta que el referido complemento nace de una decisión exclusiva y soberana de la empresa, siendo en consecuencia un sistema retributivo autónomo respecto del Convenio Colectivo sectorial y, por tanto, su modificación posterior no constituye nada más que la mutación del sistema, para lo cual es plenamente competente quién lo creó. Sin embargo, en contra, la STS de 20 de enero de 2009, Rec. 133/2007, afirma que al originarse en un acto unilateral de la empresa que se extiende a toda la plantilla, de manera indiferenciada, no habiéndose discutido su naturaleza de condición incorporada al patrimonio de los trabajadores, afecta a una de las condiciones contempladas respecto al sistema de remuneración y, por tanto, no se trata de una condición individual renunciabile sin otros requisitos, porque tiene categoría de colectiva.

⁹⁹ SAN de 3 de febrero de 1995 RJ 3674 y STS de 11 de mayo de 1999 RJ 4721.

PYMES en nuestro país carecen de representación legal de los trabajadores y, por ende, no hay interlocutor social. Lo cual, en la práctica, comporta que la fase de consulta previa en las modificaciones de carácter colectivo se puede amortizar hipotéticamente. De tal forma que en estas empresas el poder de dirección unilateral para modificar condiciones de trabajo es ya, de hecho, extraordinariamente amplio ya que el procedimiento para modificar condiciones, tanto de origen individual como colectivo, sería exactamente el mismo, comunicación por escrito a los trabajadores afectados con 30 días de antelación y, por tanto, de facto quedaría englobado en los poderes ordinarios de dirección de la empresa.

Sin embargo, en contrapartida, estas mismas PYMES, en la práctica, no podrían modificar condiciones laborales nacidas de convenio colectivo estatutario, gozando de peor condición en este punto que las empresas que tengan representantes, ya que otro procedimiento sería inconstitucional por vulnerar el derecho de negociación colectiva reconocido en el artículo 37.1 de la CE. Una posible solución de *lege ferenda* podría ser la prevista para el paralelo supuesto del descuelgue salarial (art. 82.3 del ET), actuando la Comisión Paritaria del convenio aplicable. No obstante, al no estar expresamente previsto en este caso, se podría entender que este recurso únicamente sería posible de contemplarlo expresamente el propio convenio ¹⁰⁰.

Asimismo, es cierto que se mantiene el carácter causal de la decisión modificativa, pero no es menos cierto que las posibilidades de actuación se han visto ampliadas notablemente, pues ya no solo se le permite reaccionar frente a una previa y existente situación de crisis, sino que ahora incluso puede adelantarse y tomar medidas para evitar futuras situaciones de tal naturaleza o emprender estrategias en previsión de probables acontecimientos futuros del mercado. Lo cual deja un enorme margen de maniobra y desdibuja sustancialmente la exigencia de causalidad, quedando prácticamente su incumplimiento reducido a órdenes discriminatorias o que vulneren derechos fundamentales. De tal forma que no sería descabellado pensar en la eliminación de estas causas, ya prácticamente formales, con la excepción de la movilidad funcional descendente, donde se podría mantener la exigencia de necesidades perentorias o imprevisibles y en la implantación del posterior control judicial, ya existente, pero ahora solo a los efectos de determinar si la modificación obedece a motivos de discriminación, vulnera derechos fundamentales o es una represalia del empresario. En tales casos, se reconocería el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo. De lo contrario, se podría introducir la posibilidad de solicitar la ejecución de la sentencia en sus propios términos, al igual que ocurre con los despidos declarados nulos. Manteniendo, en todo momento, las garantías de derechos económicos y profesionales.

En definitiva, se trata de asegurar una mayor continuidad en la vida profesional del trabajador, tomando conciencia y admitiendo que una linealidad de la carrera profesional ya no se corresponde con la realidad económica actual ¹⁰¹, y que la vida profesional puede comportar interrupciones, cambios de oficio y modificaciones de estatuto profesional, que constituyen un elemento más de flexibilidad para la empresa, y que pueden suponer, en algunos casos, una alternativa al despido y una

¹⁰⁰ SALA FRANCO, T., en *Derecho del Trabajo. Tomo II. Contrato individual*, Valencia, 2004, pág. 493.

¹⁰¹ La noción de *parcours professionnel*, que ha sustituido a la de *évolution professionnelle*. Vid. LE COHU, «La sécurisation des parcours professionnels», *Semaine Sociale*, Supplément n.º 1348, 2008, pág. 27.

posibilidad para la evolución profesional y promoción social del trabajador. Ahora bien, para que ello sea efectivamente así, es necesario que tales medidas se planifiquen con antelación y se articulen diversas garantías de acompañamiento para el trabajador.

Así, en el supuesto de la movilidad funcional, además del papel que debe desempeñar la formación profesional, reduciendo el elevado número de mano de obra poco cualificada y adecuando la relación entre la oferta y la demanda, que hoy por hoy presenta un exceso de titulados superiores y una carencia de titulados medios y de FP, son las propias empresas que deben anticipar sus necesidades de desarrollo de las competencias y cualificaciones de los trabajadores en función de la estrategia de la empresa y de la evolución previsible del entorno.

Por su parte, en cuanto a la movilidad geográfica se deberían articular ayudas para el traslado y para la búsqueda de centro escolar de los hijos y un nuevo alojamiento. En este último sentido, sería especialmente interesante tener en consideración el hecho diferencial español de la vivienda en propiedad. En efecto, así como en otros países, la mayoría de los trabajadores viven alquilados, de tal modo que es relativamente fácil abandonar un alquiler y buscar otro en la nueva localidad, sin coste añadido. En nuestro país, ocurre todo lo contrario, la gran mayoría de los trabajadores tiene vivienda en propiedad, pero hipotecada. De tal modo que el cambio de residencia resulta, por un lado, mucho más difícil, se tiene que vender primero el inmueble hipotecado y, por otro, más caro, ya que en el interin se deben costear dos viviendas. Todo lo cual resulta aún más difícil si cabe en la actual coyuntura de crisis del sector inmobiliario. Por ello, habría que articular ayudas, bien para poder seguir haciendo frente al pago de la hipoteca de la vivienda original, bien para poder pagar un arrendamiento en la nueva localidad de destino, mientras transcurre el proceso del cambio de residencia. A tales efectos, se podría propugnar la ampliación de la modalidad de pago único de la prestación por desempleo, regulado en el artículo 228.5 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), para favorecer la movilidad geográfica. De tal forma que los beneficiarios que acepten un empleo que implique cambio de residencia, pudieran capitalizar las cantidades de su prestación por desempleo pendientes de percibir, más allá del exiguo mes previsto para la prestación básica o de los tres meses contemplados actualmente para los subsidios.

Finalmente, habría que abordar la cuestión de la transferibilidad de derechos, con ocasión del paso de una empresa a otra, para evitar la pérdida de derechos vinculados a un contrato de trabajo que se extingue. Para ello, es necesario articular mecanismos para que el trabajador pueda disfrutar de los derechos ya adquiridos, sin que los deba perder forzosamente en el proceso de transición de un empleo a otro, de forma que las incidencias relativas a la ruptura del contrato laboral no perjudiquen al trabajador. Ahora bien, para que el alcance de estas medidas no sea limitado ¹⁰² y se garantice el mantenimiento de los derechos sociales más importantes, seguramente habría que mutualizar el coste de estas medidas a través de la adopción del pago de una contribución de solidaridad para la creación de un fondo común que deba sufragar el coste de las mismas. Lo cual se podría hacer a través del Fondo de Garantía Salarial, para que no suponga un coste adicional para las empresas.

¹⁰² Como ocurre en la legislación francesa, donde únicamente afecta a los derechos relativos a la cobertura complementaria de salud y del régimen de previsión y al derecho individual de la formación. Véase, MARTÍN PUEBLA, E., «La modernización del mercado de trabajo en Francia o la tímida versión de la "flexicurity" à la française», *RL*, n.º 4, 2009, pág. 99.

b) Tiempo de trabajo.

También en tiempo de trabajo, se ha llevado a cabo ya una flexibilización extraordinaria en un doble sentido. Por un lado, en la misma línea de actuación que en las materias precedentes, se ha ampliado la autonomía unilateral del empresario a través de un repliegue de las anteriores intervenciones de la autoridad laboral en este campo ¹⁰³. Por otro lado, se han introducido unas posibilidades de ordenación flexible del tiempo de trabajo, hasta entonces insólitas, que dan lugar a un sinfín de combinaciones viables, con el objetivo de poder estructurar la jornada de conformidad con las necesidades de cada sector o incluso empresa que, como se sabe, van desde la posible distribución irregular de la jornada, la posibilidad de acumular los descansos semanales de los trabajadores a la posibilidad de compensar el trabajo extraordinario o nocturno con períodos equivalentes de descansos, etc. El artículo 34 establece que la distribución irregular de la jornada puede pactarse en convenio colectivo o por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores. Además, la jurisprudencia admite la posibilidad de que el convenio colectivo deje en manos del empresario la distribución irregular de la jornada, siempre que se respeten los límites legales, esto es, la jornada máxima en cómputo anual, el descanso de 12 horas entre jornada y jornada, obligando al empresario únicamente a preavisar con diez 10 de antelación ¹⁰⁴.

Debiéndose insistir en la extensión del horario y la jornada de trabajo flexible, pues ya no tiene ningún sentido, con la actual forma de organización del trabajo, hacer acudir al trabajador a la misma hora todos los días y que se marche asimismo a la misma hora y trabajar en los mismos días todas las semanas y todos los meses. Es necesario, adaptar el tiempo de trabajo a las necesidades empresariales y esto se puede lograr otorgando mayores márgenes de actuación a la autonomía individual, aumentando los supuestos en que el convenio venga a desempeñar el papel reservado tradicionalmente a la normativa estatal, de techo mínimo, mientras que el contrato asumiría el rol ocupado con anterioridad por el propio convenio, de mejora de este marco mínimo, por brindar mayores posibilidades de flexibilidad respecto de una materia que requiere de un amplio margen de adaptabilidad, como es el tiempo de trabajo.

Soy consciente de que cualquier posibilidad de intervención de la autonomía individual puede redundar en mayores facultades de determinación unilateral del empresario, sin embargo, no hay que olvidar que debido a la primacía jerárquica de la autonomía colectiva sobre la individual, como destaca el propio artículo 3.1 c) del ET, esa relación alternativa del contrato individual respecto del convenio colectivo, se verá limitada a aquellos casos en que la autonomía individual venga a mejorar la regulación establecida en el convenio colectivo, no pudiendo contravenirla ¹⁰⁵.

No obstante, como señala la jurisprudencia, una cosa es que el contrato individual no pueda contravenir el convenio colectivo, estableciendo regulaciones contrarias y otra bien distinta es que

¹⁰³ Así, por ejemplo, la autoridad laboral ya no debe visar el calendario laboral, ni aprobar la realización de horas extraordinarias, ni el trabajo nocturno, ni posee ya la facultad de establecer un régimen alternativo de descanso semanal, etc.

¹⁰⁴ STS de 15 de diciembre de 1998 RJ 10510.

¹⁰⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva», *RL*, n.º 4, 1999, pág. 20.

el contrato de trabajo regule materias no contempladas en el propio convenio ¹⁰⁶, pudiendo incluso llegar la autonomía individual a acomodar o adaptar la propia regulación del convenio colectivo ¹⁰⁷.

En este sentido, la apuesta por el teletrabajo o el trabajo desde casa, cuando sea técnicamente viable, también facilitaría extraordinariamente la adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades empresariales, ya que el trabajo a domicilio queda excluido de la aplicación de la normativa sobre jornada máxima y horarios ¹⁰⁸. Además, para hacer estas modalidades más atractivas para el empresario, se debería desarrollar una regulación específica para las mismas que contemplara las peculiaridades de esta nueva forma de trabajo y regulara, entre otros aspectos, la forma de llevar a cabo la prevención de riesgos laborales, ya que no es viable exigirle a la empresa las obligaciones que marca la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) en el propio domicilio del trabajador. De esta manera se debería excluir la aplicación de la LPRL, al igual que se hace en la relación laboral especial de empleados de hogar y articular una norma reglamentaria que contemple unas obligaciones mínimas acorde con las especialidades y las dificultades prácticas de su aplicación. Asimismo, se podría contemplar una cotización específica a la Seguridad Social, que establezca un ahorro para las empresas, de nuevo en la línea del Régimen Especial de Empleados del Hogar, excluyendo por ejemplo la cotización por riesgos profesionales, etc. Sin olvidar el desarrollo de otros aspectos fundamentales como las obligaciones de la empresa con los medios de trabajo, su instalación y mantenimiento, la formación, las reglas de confidencialidad, la participación en las actividades sindicales y la utilización de los servicios de la empresa.

1. El contrato a tiempo parcial.

Con la misma finalidad, también hay que fomentar el contrato a tiempo parcial que es una vía óptima para adaptar el tiempo de trabajo a las exigencias empresariales. En efecto, pues tras la eliminación del umbral del 77 por 100 para diferenciar tiempo parcial a tiempo completo, esta modalidad ofrece unas facultades muy amplias de flexibilidad de tiempo y jornada laboral. Así, tiene la consideración de tiempo parcial cualquier jornada por debajo de la ordinaria, aunque sea una sola hora al año. Además, pese a la prohibición de la realización de horas extraordinarias, si se contrata de forma indefinida al trabajador, se puede pactar la realización de horas complementarias que, pese a permitir el trabajo por encima de la jornada ordinaria, tienen el mismo precio que una hora ordinaria y cotizan igual a la Seguridad Social. Sin olvidar que, por convenio colectivo, se puede pactar hasta un máximo de horas complementarias equivalentes al 60 por 100 de la jornada ordinaria y, lo que es más ventajoso todavía desde la perspectiva de la organización del tiempo de trabajo, es que se pueden comunicar su realización en cualquier momento, con el único límite de un preaviso de siete días, lo que da lugar prácticamente de hecho a un contrato a llamada, si bien con una mínima antelación para permitir al trabajador organizarse ¹⁰⁹. De esta forma, junto con la modalidad de fijo-

¹⁰⁶ SSTC 208/1993 y 74/1996.

¹⁰⁷ SSTs de 18 y 30 de abril, 21 de junio y 31 de octubre de 1994, RJ 3254, 3473, 6315 y 8114.

¹⁰⁸ Artículo 3 del Real Decreto 1561/1995.

¹⁰⁹ A diferencia de otros ordenamientos, por ejemplo Alemania a través de la «cláusula Kapovatz», en virtud de la cual es posible un contrato a llamada en toda regla, en función de las necesidades empresariales, sin quedar determinado en el contrato ni la duración de la jornada, ni su distribución, lo cual se fija en cada momento de mutuo acuerdo por los interesados, sin que por consiguiente se garantice al trabajador ingresos mínimos fijos de ningún tipo. Véase al respecto,

discontinuo, se ofrece múltiples posibilidades para que las empresas se adapten mejor a los ciclos, reduciendo las horas de trabajo durante los períodos de baja actividad y ocupando esas horas no trabajadas en los ciclos más dinámicos.

Además, de facto, la indemnización por despido será siempre inferior, pues en ocasiones, como en el supuesto de los fijos discontinuos, porque no se computa como antigüedad en la empresa los períodos de inactividad entre campaña y campaña y en otros casos, porque el salario diario tenido en cuenta para calcular la indemnización, normalmente, será sensiblemente inferior, puesto que se trabajan menos horas.

Ahora bien, incluso se podría hacer más atractivo el contrato abaratando todavía más el despido en algunos supuestos. En efecto, pues si en una parcela tan fundamental como protección social se admite que el cálculo de los períodos de carencia de las prestaciones sea por horas, salvo en desempleo, introduciendo un coeficiente corrector únicamente en los supuestos de las pensiones de jubilación e IP ¹¹⁰, como se sabe, lo mismo se podría aplicar al cálculo de la indemnización, sin dejar de respetar el principio de igualdad, precisamente porque el mismo se debe aplicar a través del principio de *pro rata temporis* ¹¹¹. De tal forma que el monto de la misma, tanto salario diario como años trabajados, se computaría por horas efectivas de trabajo, al menos en los supuestos donde exista una causa real de despido, introduciendo un coeficiente corrector y aumentando el coste de la indemnización, equiparándola con tiempo completo, en aquellos otros casos de despidos improcedentes, para evitar conductas abusivas y fraudulentas.

BAZ RODRÍGUEZ, J., «La jornada complementaria en el contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos críticos (I)», *Tríbuna Social*, n.º 186, 2006.

¹¹⁰ En efecto, como se sabe, las SSTC 253/2004 de 22 de diciembre y 49/2005 de 14 de marzo han declarado inconstitucional los artículos 12.4 del ET, idéntico a la disposición adicional 7.ª de la LGSS, y 12.3 respectivamente cuando establece que «para determinar los períodos de cotización y el cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo se computarán exclusivamente las horas trabajadas». Las sentencias, de acuerdo con el principio de igualdad, entienden que es una exigencia desproporcionada computar solo las horas, y además supone una discriminación por razón de género.

La problemática es trasladable, además, a la regulación actualmente vigente. No obstante, hay ya doctrina judicial (TSJ Cataluña 12 de abril de 2007, JUR 247863, en pensiones de Incapacidad permanente, 23 de enero de 2007 (dos), JUR 220115 y 22018 en jubilación, C. Valenciana 8 de febrero de 2007 (JUR 116056) en Incapacidad permanente; TSJ Andalucía 19 de enero de 2007 JUR 116425 en jubilación, TSJ Extremadura de 24 de noviembre de 2005 (AS 3513), TSJ Castilla y León Burgos 18 de mayo de 2006, JUR 177733, 14 de noviembre de 2005 (AS 3385), en pensiones de jubilación, que la entiende constitucional y no afectada por la citadas sentencias de 2004 y 2005. Alegan que la disposición adicional 7.ª no está afectada por la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pese a que es idéntica al artículo 12.4 del ET, declarado inconstitucional, pues no ha sido declarada tal, además de que la nueva regulación del Real Decreto-Ley 15/1998 ya establecería reglas propias favorables al trabajo a tiempo parcial que introducirían mecanismos correctores en el puro juego de la contributividad y proporcionalidad sin que la doctrina constitucional pese a referirse a mujeres trabajadoras exija una equiparación total entre trabajo a tiempo parcial y trabajo a tiempo completo.

En consecuencia, en las prestaciones en que no se contemple un tratamiento diferenciado y específico para el trabajo a tiempo parcial, se podría entender extrapolable la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. De ahí que la STSJ Galicia de 17 de noviembre de 2006 (AS 207254) la aplique en un supuesto de IT, al no aplicarse a esta prestación el coeficiente corrector del 1,5. Lo mismo establece la STSJ Cataluña de 20 de abril de 2005 (AS 1275) para el cómputo de la propia prestación de IT a tiempo parcial como período cotizado completo. No obstante, ni siquiera en estos supuestos es un tema pacífico, pues en contra se puede ver STSJ Cataluña 1 de febrero de 2007 (JUR 219192) que no la tiene en cuenta en un supuesto de Maternidad.

¹¹¹ Sin dejar de ser, obviamente, una cuestión controvertida, ya que se podría considerar como una discriminación indirecta (STJCE de 17 de junio de 1998), pero lo mismo se podría predicar de la protección social y, sin embargo, como hemos visto, la doctrina judicial lo está aceptando en algunos pronunciamientos.

Estas dos circunstancias hacen del contrato a tiempo parcial, tanto por facultades unilaterales de organización del tiempo de trabajo, como por abaratamiento del despido, el contrato idóneo para cumplir con las exigencias de los empresarios, pero también favorece a los trabajadores a través de una mayor estabilidad, ya que el contrato sería indefinido, así como poder actuar como una medida de reparto de trabajo, con el objetivo de reducir la alta tasa de paro estructural que tenemos. Además, la posibilidad de realizar horas complementarias, complementa la jornada del trabajador, equiparando muchas veces de facto, tanto los ingresos como la protección social al tiempo completo.

Sin embargo, sorprendentemente es muy poco utilizado en nuestro país. Por ello, hay que ver con buenos ojos las recientes medidas adoptadas a través del Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, para fomentar su celebración y elevar su número a niveles similares a los países de nuestro entorno ¹¹².

La mayor capacidad de ajuste que ofrece esta modalidad de contrato entre las horas de trabajo contratadas y las necesidades empresariales resulta evidente, no solo desde una perspectiva cuantitativa, sino también funcional. Así, esta forma de trabajo consiente márgenes de flexibilidad que en un régimen de trabajo a tiempo completo están prohibidas o fuertemente limitadas, pudiendo cubrir necesidades, tanto ordinarias como extraordinarias en períodos no abarcados por el trabajo a tiempo completo, como descansos semanales, festivos, vacaciones, etc., y realizar durante tales períodos diferentes tareas y puestos ¹¹³. Todo lo cual, como señala la doctrina ¹¹⁴, además de posibilitar la adaptación de las jornadas y horarios a los momentos de mayor actividad, por otra parte, estimula el interés del empresario por desarrollar unos acuerdos más flexibles sobre tiempo de trabajo para el conjunto de los trabajadores, al tiempo que impulsa a la baja el coste del trabajo en horas no habituales ¹¹⁵.

Es en este punto, sin duda, donde existen las mayores posibilidades de actuar de forma eficaz para reducir las altas tasas de paro, incluso el estructural, que no responde a las épocas de mayor bonanza económica. En efecto, pues si partimos de un déficit de productividad, la solución no puede ser la ampliación de la jornada laboral, sino la mejora de esa productividad y la adopción de medidas de reparto de trabajo, fundamentalmente a través del fomento del contrato a tiempo parcial, en todas sus modalidades, también la jubilación parcial.

Sin embargo, para ello, es imprescindible, no solo adoptar medidas directas, como se ha hecho recientemente, de nuevo a través del mecanismo de la bonificación que ya hemos criticado, sino indirectas y específicamente la eliminación o reducción de las horas extraordinarias en los contratos a tiempo completo, manteniendo las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial indefini-

¹¹² Que articula dos medidas dirigidas al impulso de los contratos indefinidos a tiempo parcial: la primera de ellas incluye entre los trabajadores cuya contratación puede dar lugar a bonificación, si está incluido entre los colectivos regulados en el programa de fomento de empleo, al demandante de mejor empleo que, siendo trabajador a tiempo parcial con una jornada muy reducida –inferior a un tercio de la jornada a tiempo completo–, es contratado en otra empresa; la segunda medida supone incentivar proporcionalmente más el contrato a tiempo parcial frente al contrato de jornada completa.

¹¹³ BAZ RODRÍGUEZ, J., *Trabajo a tiempo parcial y flexiseguridad. Estudios en el marco del debate europeo «modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Granada, 2008, pág. 14.

¹¹⁴ MERINO SENOVILLA, H., «El trabajo a tiempo parcial: la nueva limitación y las líneas fundamentales de su contenido», *Revista de Derecho Social*, n.º 5, 1999, pág. 222.

¹¹⁵ Véase nota 113.

do, para que estos trabajadores puedan complementar su jornada e ingresos y el empresario disfrute de mayor flexibilidad de organización del tiempo de trabajo. De lo contrario, la eficacia de las medidas de fomento en la parcela del reparto de trabajo, quedará bastante mermada.

Ahora bien, sin desconocer las virtudes indiscutibles del trabajo a tiempo parcial desde el punto de vista de la política de empleo, como mal menor frente al desempleo, que redonda, asimismo, a favor de la viabilidad futura de los sistemas contributivos de protección social ¹¹⁶, no podemos dejar de destacar sus efectos potencialmente negativos, en cuanto a que su expansión se vea reflejada en un incremento de la precariedad, especialmente en la mano de obra femenina. Para ello, es imprescindible la mejora de la calidad de esta forma de empleo, lo cual pasa esencialmente por hacer efectivo el principio de igualdad y la eliminación de todo vestigio de discriminación, teniendo en cuenta su carácter predominantemente femenino, como es sabido. A tales efectos, la negociación colectiva puede y debe adquirir un papel verdaderamente relevante en relación con el logro de puntos adecuados de equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad que demandan tanto las nuevas formas de organización del trabajo como el desarrollo de la vida personal y profesional de los trabajadores.

En este sentido, como destaca la doctrina ¹¹⁷, además de facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional, a fin de favorecer su progresión y movilidad profesional; sería especialmente interesante la adopción de medidas tendentes a facilitar el trabajo a tiempo parcial a todos los niveles de la empresa, incluidos los puestos cualificados y los puestos directivos, pudiéndose aprovechar la puesta en marcha de los mecanismos contemplados por la Ley Orgánica 3/2007, sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres y muy particularmente los planes de igualdad.

c) Sistema retributivo.

En cuanto a la estructura salarial, como destacan algunos autores ¹¹⁸, seguramente se debería cuestionar el papel que juega el Salario Mínimo Interprofesional (SMI) en la determinación de salarios en la negociación colectiva. Más allá del efecto contagio que puede tener el aumento brusco de este indicador en las tarifas mínimas de muchos convenios, resulta más preocupante el efecto expulsión del sistema educativo que puede provocar en muchos jóvenes. En efecto, un salario mínimo que se aproxime a las retribuciones de trabajadores más cualificados, pues no olvidemos a la referencia de los mil euristas, abocaría en el abandono del sistema educativo de muchas personas, ya desencantadas de por sí con los estudios, atraídas por la oportunidad de una retribución relativamente elevada sin necesidad de tener formación alguna. Reparen en la dificultad de convencer a un joven de 16 años que siga estudiando de 2 a 7 años más, para acabar ganando 1.000 euros al mes, cuando puede empezar ya a trabajar ganando, por ejemplo, 800, que es la referencia que parece que se va a tomar. En este sentido, no hay que olvidar que España es el único país de la OCDE que no diferencia por edades en la cuantía del SMI.

¹¹⁶ VALDÉS DAL-RE, F., «El trabajo a tiempo parcial: la (im)posible convivencia entre flexibilidad y seguridad (I)», *RL*, n.º 4, 2002.

¹¹⁷ BAZ RODRÍGUEZ, J., *Trabajo a tiempo parcial y flexiseguridad. Estudios en el marco del debate europeo «modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Granada, 2008, pág. 33.

¹¹⁸ FELGUEROSO, F. y JIMÉNEZ, S. «Sobre crisis, retrasos y reforma laboral», *El País*, Negocios, 22 de febrero de 2009, pág. 8.

Por lo tanto, creo que para evitar esta desincentivación, habría que tomar varias medidas. En primer lugar, obviamente y como hemos señalado, volver a establecer distintas cuantías del SMI para mayores y menores de 18 años. En segundo lugar, habría que cuestionarse el establecimiento o la fijación de los salarios en los convenios por categorías. Este sistema aboca en que se contraten a trabajadores cualificados para el desempeño de puestos de trabajo de menor nivel, con una retribución que no corresponde a su titulación, dejando fuera a los trabajadores que ostentan una formación realmente acorde con el puesto de trabajo. Esto es, se fomenta una sobreeducación a todos los niveles, vía desplazamiento. De ahí, que para evitar este efecto nocivo, se podrían establecer o fijar los salarios por niveles educativos. Además, si partimos de la premisa, como ya hemos señalado en alguna ocasión, que partimos de un déficit de productividad, se debería otorgar más peso en el sistema retributivo a los complementos por rendimientos más altos, primas por objetivos, comisiones, etc., para fomentar una más elevada productividad de los trabajadores.

Asimismo, se podrían flexibilizar las posibilidades de descuelgue salarial para las empresas que experimenten dificultades económicas, pues siempre es mejor pactar una menor retribución temporal para superar una crisis que despedir a trabajadores. Por ello, se debería permitir el descuelgue salarial, pero siempre condicionado al mantenimiento de los empleos, de tal forma que los sacrificios realizados por parte de los trabajadores en la actualidad se puedan recuperar en el futuro cuando la situación económica de la empresa mejore ¹¹⁹.

También aquí se podrían otorgar mayores márgenes de actuación a la autonomía individual, por ser el medio ideal para regular de una forma más flexible las particularidades y especialidades que se presentan en materia de retribución, pudiendo no solo mejorar la regulación establecida en el convenio colectivo, sino incluso, siempre sin contravenirla ¹²⁰, regular materias no contempladas en el propio convenio ¹²¹, incluso acomodar o adaptar la propia regulación del convenio colectivo ¹²².

d) Cuotas sociales.

Finalmente, en este momento de la dinámica de la relación laboral, otra antigua reivindicación patronal es la rebaja generalizada de las cuotas sociales que deben desembolsar todos los meses por sus trabajadores. En efecto, es cierto que la cuota patronal a la Seguridad Social es muy elevada, se puede destacar como media en torno al 33 por 100 del salario del trabajador, de las más elevadas de los países de nuestro entorno y sin duda una condición que puede influir negativamente en la contratación de trabajadores, precisamente desincentivando que las plantillas sean mayores, en mayor grado incluso que la propia retribución del trabajador. Sin embargo, es un tema muy espinoso, porque afecta al equilibrio financiero del propio sistema de Seguridad Social. Se podría pensar en alternativas que no desincentivaran la contratación, de tal manera que, en lugar de que se deba pagar por

¹¹⁹ Para un análisis pormenorizado de estos temas *vid.* FELGUEROSO, F. y JIMÉNEZ, S. «Sobre crisis, retrasos y reforma laboral», *El País*, Negocios, 22 de febrero de 2009, pág. 8.

¹²⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva», *RL*, n.º 4, 1999, pág. 20.

¹²¹ SSTC 208/1993 y 74/1996.

¹²² SSTS de 18 y 30 de abril, 21 de junio y 31 de octubre de 1994, RJ 3254, 3473, 6315 y 8114.

trabajador y sobre un porcentaje del sueldo, se hiciera tomando en cuenta otras condiciones, como facturación, beneficios, etc., convirtiéndose de esta forma, más bien, en una especie de impuesto progresivo, que podría compensársele a las empresas con la rebaja de otros impuestos como sociedades, etc. Ahora bien, es un tema complejo que requiere de un estudio mucho más en profundidad y que desborda el objeto del presente trabajo, ya que, como se ha destacado, está en juego el equilibrio del sistema de la Seguridad Social. Sin embargo, una medida que no afectaría dicho equilibrio y que sería relativamente sencilla de instaurar, aunque eso sí, impopular para los trabajadores, sería reequilibrar la participación de las cuotas obreras y patronales en la financiación del sistema. En efecto, pues si como hemos destacado con anterioridad, la media de lo que paga el empresario por un trabajador al mes está en torno al 33 por 100, lo que se le descuenta al trabajador todo los meses de su nómina está alrededor del 6,4 por 100. De tal forma que, sin descargar la financiación por completo al trabajador, no sería nada descabellado pensar en una pequeña redistribución de unos pocos puntos, que asemejara la cuota obrera al descuento medio de IRPF que se le aplica todos los meses en la nómina a los trabajadores. Esto que para el trabajador tendría relativamente poca repercusión, para los empresarios, calculado sobre la totalidad de su plantilla, supondría un importante ahorro y además se podría instaurar de forma paulatina y progresiva, a lo largo de unos años, para minimizar el impacto sobre los trabajadores.