

# Aspectos jurídicos de las políticas sociolaborales

Consuelo Chacartegui Jávega  
Francisco Andrés Valle Muñoz

P06/83005/01831



# Índice

<b>Introducción</b> .....	5
<b>Objetivos</b> .....	7
<b>1. Los modelos europeos de intervención del Estado en las relaciones laborales</b> .....	9
1.1. La conformación histórica del Derecho del Trabajo .....	9
1.2. La intervención del Estado en las relaciones laborales: los modelos europeos .....	14
<b>2. La respuesta del Derecho del Trabajo a la internacionalización de la economía</b> .....	21
2.1. La globalización económica y el papel de la normativa laboral internacional .....	21
2.2. La normativa de la Unión Europea y los objetivos de cohesión social y económica .....	26
2.3. Derecho del Trabajo e inmigración .....	29
<b>3. Políticas sociolaborales y evolución del concepto de trabajador</b> .....	38
3.1. Tendencia expansiva y protección de la normativa laboral .....	38
3.2. Los fenómenos de huida del Derecho del Trabajo .....	40
3.3. Nuevas tecnologías y teletrabajo .....	43
<b>4. Políticas sociolaborales en el ingreso al trabajo</b> .....	48
4.1. Iniciativa pública y mediación en el mercado de trabajo .....	48
4.2. Las empresas de trabajo temporal: ¿mediación en el mercado de trabajo o cesión de trabajadores? .....	55
<b>5. El impacto de las políticas flexibilizadoras en el Derecho del Trabajo</b> .....	62
5.1. La incidencia de la crisis económica en el Derecho del Trabajo .....	62
5.2. La flexibilización de las relaciones laborales como respuesta a la crisis .....	65
5.3. La flexibilización de las relaciones laborales en España .....	68
<b>6. Las políticas laborales de conciliación de la vida laboral y familiar</b> .....	77
6.1. Delimitación normativa .....	77

6.2. La conciliación de la vida laboral y familiar como causa de interrupción del contrato de trabajo: los permisos retribuidos .....	79
6.3. La conciliación de la vida laboral y familiar como causa de suspensión del contrato de trabajo .....	80
6.4. La extinción del contrato de trabajo por conciliar la vida laboral y familiar .....	82
6.5. La conciliación de la vida laboral y familiar como contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social .....	83
<b>7. Políticas laborales para la protección de la trabajadora víctima de la violencia de genero .....</b>	<b>86</b>
7.1. Delimitación normativa .....	86
7.2. Políticas protectoras en materia de reducción de jornada y reordenación del tiempo de trabajo .....	89
7.3. Políticas protectoras en materia de movilidad geográfica .....	90
7.4. Políticas protectoras en materia de suspensión del contrato de trabajo .....	91
7.5. Políticas protectoras en materia de extinción del contrato de trabajo .....	91
7.6. Políticas protectoras en materia de Seguridad Social .....	92
<b>Resumen .....</b>	<b>94</b>
<b>Actividades .....</b>	<b>97</b>
<b>Autoevaluación .....</b>	<b>97</b>
<b>Solucionario .....</b>	<b>99</b>
<b>Glosario .....</b>	<b>102</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>103</b>
<b>Abreviaturas .....</b>	<b>100</b>

## Introducción

El Derecho del Trabajo es un ordenamiento en constante evolución. El conjunto de normas jurídicas que lo integran ha intentado, desde sus orígenes históricos, adaptarse a la realidad social. De ahí, las constantes reformas normativas que van sucediéndose año tras año. Sin embargo, en las últimas décadas el legislador viene enfrentándose a nuevos fenómenos sociolaborales que necesitan una regulación jurídica para que pueda seguir teniendo esta función tuitiva y protectora que le ha caracterizado desde sus orígenes.

En este módulo se analizarán los distintos modelos europeos de intervención del Estado en las relaciones laborales, partiendo de la conformación histórica que caracteriza al ordenamiento laboral. Desde esta perspectiva histórica, se comprende mejor el papel que determinadas políticas sociolaborales tienen en el contexto actual (especialmente ante la internacionalización de la economía), y cuál es el modelo que se adopta frente al fenómeno de la inmigración. Aquí se estudiará también cuál es el papel de la normativa europea, sin perder de vista los principios consagrados en el tratado constitutivo de la Unión Europea, y que tienden a la cohesión social.

Asimismo, estudiaremos cómo ha evolucionado el concepto de trabajador ante los cambios económicos y tecnológicos. Por este motivo, prestaremos una especial atención al fenómeno del teletrabajo. También analizaremos cuál es la política legislativa en materia de colocación y mediación entre la oferta y la demanda, y si las empresas de trabajo temporal desempeñan un papel activo en la creación de empleo y en la colocación de trabajadores o si más bien se limitan estrictamente a la actividad de cesión.

La flexibilización del mercado de trabajo, entendida como la continua reducción de los derechos laborales, ha sido el denominador común de todas las reformas laborales de los últimos años, con la pretendida justificación de que era la única manera de aumentar la competitividad de las empresas y de que, consiguientemente, éstas creasen empleo (y con suerte, empleo estable). Pese a que siempre hay quien opina que parte de la culpa de las crisis económicas la tiene la normativa laboral y que, para salir de la crisis, es necesario fortalecer el poder empresarial y recortar los derechos de los trabajadores, se comprobará a lo largo de estas líneas cómo la evolución del empleo corre paralela a los ciclos económicos, mientras que permanece prácticamente insensible a las políticas de reformas legislativas sucesivamente adoptadas.

La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo, lo cual ha impuesto configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada.

Las políticas contra la violencia doméstica se han plasmado en una Ley que diseña un programa integral, transversal y multidisciplinar, con lo que se pretende dispensar a las víctimas de este tipo de violencia una protección que abarque en su total dimensión todas sus necesidades, que repare todos los perjuicios y posibilite la recuperación psíquica y social y, lo que es aún más importante, que prepare a toda la sociedad en la sensibilización y prevención frente a estas agresiones.

## Objetivos

Con este módulo, se persigue que el estudiante alcance los objetivos siguientes:

- 1) Identificar los distintos modelos europeos de intervención del Estado en el mercado de trabajo y detectar los paralelismos entre la configuración histórica del ordenamiento laboral y los nuevos escenarios del Derecho del Trabajo.
- 2) Saber cuál es el papel de las instancias supranacionales ante la globalización económica, tanto por parte de la Organización Internacional del Trabajo como de la Unión Europea.
- 3) Identificar cuál es el modelo adoptado por el legislador español ante el fenómeno de la inmigración económica.
- 4) Estudiar la evolución reciente del concepto de trabajador y en qué consisten los fenómenos de huida del Derecho del Trabajo, caracterizar el teletrabajo y saber cuál es su regulación normativa, así como los problemas que plantea jurídicamente.
- 5) Diferenciar entre los fenómenos de mediación en el mercado de trabajo y los de cesión de trabajadores.
- 6) Mediante esta parte, se pretende que el alumno compruebe la incidencia de las políticas legislativas en tres ámbitos fundamentales: en materia de flexibilización de las condiciones de trabajo, en materia de conciliación de la vida laboral y familiar y en materia de protección de la trabajadora víctima de la violencia doméstica.
- 7) En lo que respecta a las políticas flexibilizadoras, éstas han ido dirigidas a fomentar la creación de empleo y a reducir la tasa de paro, si bien han pasado por el recorte de importantes conquistas sociales para los trabajadores, y además su resultado ha sido bastante discutible, dado que la evolución económica del mercado es la que parece marcar la pauta en todos estos temas.
- 8) En lo que respecta a las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar, se analiza la repercusión que han tenido en cinco instituciones como son los permisos retribuidos, las excedencias, las causas de despido y las prestaciones de Seguridad Social.

9) En lo que respecta a las políticas de protección de la trabajadora víctima de la violencia doméstica, se analiza igualmente la repercusión que han tenido en instituciones como son los permisos retribuidos, la movilidad geográfica, la suspensión del contrato, el despido y el ámbito de Seguridad Social.



## 1. Los modelos europeos de intervención del Estado en las relaciones laborales

Tal y como pone de manifiesto Alain Supiot, una función esencial del Derecho del Trabajo ha consistido en proporcionar una base a la cohesión social. Ahora bien, para que siga desempeñando este cometido, debe analizarse desde la evolución que ha experimentado desde el modelo fordista en el que se originó.

Según este autor, "las transformaciones técnicas y económicas contemporáneas han dado al traste con el modelo industrial en el que se basaba el Derecho del Trabajo (nacional e internacional), razón por la cual es oportuno plantearse algunas preguntas esenciales sobre su porvenir".

### 1.1. La conformación histórica del Derecho del Trabajo

La historia del Derecho del Trabajo está inseparablemente vinculada con la historia del movimiento obrero. Dos hechos históricos fundamentales provocan el nacimiento del Derecho del Trabajo: el advenimiento del sistema económico capitalista y la reacción que contra éste suponen los movimientos de asociación obrera. En el momento presente, es necesario recuperar nuevamente la función tuitiva del Derecho del Trabajo, y partir de la conquista social que su nacimiento supuso, para poder afrontar los nuevos cambios que, sin duda, se están produciendo en la denominada sociedad de la información, de la comunicación y de la globalización económica. En este aspecto, la historia constituye, una vez más, una valiosa ayuda que nos sirve para comprender y afrontar estos cambios.

Si retrocedemos a los orígenes del ordenamiento laboral, en el momento de la transición del sistema gremial al modo de producción capitalista, éste no nace de una manera espontánea. El Derecho del Trabajo se va configurando, poco a poco, para regular el nuevo marco de las relaciones de trabajo surgidas a partir de este periodo.

Las primeras leyes protectoras conciernen particularmente al trabajo de las mujeres, al trabajo infantil y a los accidentes de trabajo, y aparecen en pleno siglo XIX.

#### Bibliografía

A. Supiot (1999). "Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa". *Revista Internacional del Trabajo* (vol. 118, núm. 1, pàg. 35-50).

En este primer momento, el Derecho del Trabajo tiene por objeto la regulación de una serie de límites a la autonomía de los sujetos, dirigidos a contener las formas más intensas de explotación. Los límites que imponen estas primeras normas se manifiestan mediante restricciones a la contratación de menores y mujeres, duración máxima del horario de trabajo, descanso semanal, etc. A estas normas se las conoce como *legislación social protectora*.

Se asigna la pertenencia de esta esfera al derecho público, puesto que las distintas prohibiciones eran sancionadas penalmente y, por lo general, para su observancia se preveían mecanismos por parte de la Administración del Estado (factory inspectors en Gran Bretaña, e inspectores de trabajo en Francia, Italia y España). El advenimiento posterior de la legislación social en los otros países europeos está vinculado a varios factores, en especial al desarrollo del sistema productivo industrial (en Italia y España, este desarrollo será más tardío).

En España, las primeras leyes de fábrica suponen una incipiente legislación obrera de carácter tuitivo, si bien en este momento todavía no existe un conjunto normativo con cierta coherencia interna que permita calificarlo como un ordenamiento jurídico laboral con autonomía propia. Estas primeras normas laborales protectoras recibieron el nombre de **legislación de emergencia**.

El punto de partida de la legislación laboral puede situarse en la Ley del 24 de julio de 1873, del Trabajo en los Talleres y la Instrucción en las Escuelas de los Niños Obreros de Ambos Sexos, conocida como Ley Benot, nombre del ministro de Fomento del Gobierno republicano del momento.

Esta ley –que toma como referente las experiencias inglesa y francesa en la regulación del trabajo de los menores– parte de la base de que el desarrollo físico e intelectual de los niños es una de las cuestiones sociales más importantes y que, por lo tanto, corresponde al Estado sentar las bases para corregir las penosas circunstancias en las que se desenvolvía el trabajo de las mujeres y los niños en las fábricas, para evitar la situación de sobreexplotación que sufrían estos colectivos (Alarcón Caracuel, 1975).

Otro ejemplo de las leyes de fábrica puede encontrarse en la Ley de 26 de julio de 1878, de Trabajos Peligrosos de los Niños. Esta ley amplía el ámbito de aplicación de la protección y lo extiende a otros lugares distintos del medio fabril. La legislación protectora en España se sigue abriendo paso con la Ley de 13 de marzo de 1900, de Condiciones de Trabajo de las Mujeres y los Menores, cuya novedad fundamental es que preveía una protección específica en función de la condición biológica de la mujer en la maternidad y en su relación con el hijo.

### Ejemplo

La primera *Factory Act* inglesa data de 1833; la primera ley francesa sobre el trabajo infantil, de 1847. Las dos constituyen ejemplos de lo que fueron las primeras normas laborales protectoras.

### Lectura complementaria

M. R. Alarcón Caracuel (1975). *El derecho de asociación obrera en España, 1839-1900*. Madrid: Revista de Trabajo.

Sin embargo, en la última etapa del siglo XIX, las normas civiles y mercantiles empiezan a ser insuficientes para dar una respuesta jurídica apropiada a la realidad sociolaboral española, al igual que en el resto de los países europeos. Por este motivo, el Real Decreto de 5 de diciembre de 1873 crea la Comisión de Reformas Sociales, con la pretensión de realizar las reformas legislativas encaminadas a la creación de un ordenamiento jurídico estable y armónico, con vocación universalista en la regulación de las relaciones de trabajo por cuenta ajena.

### **Comisión de Reformas Sociales**

Esta Comisión se creó a instancia de los sectores más progresistas de la burguesía española, los cuales, influidos por ideas reformistas y krausistas de la época, eran conscientes de la necesidad social de crear un cuerpo normativo consolidado que permitiese amortiguar los efectos que el liberalismo económico y el sistema de producción capitalista habían provocado en los trabajadores.

La legislación obrera de principios de siglo comienza con la Ley de 30 de enero de 1900, sobre Accidentes de Trabajo.

Con esta norma, se pretende dotar al trabajador del correspondiente mecanismo indemnizatorio que tenga su causa en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, e introduce la noción de riesgo profesional, el concepto de accidente de trabajo y la regulación de las incapacidades. También deja atrás la responsabilidad civil por daños e instaura la responsabilidad objetiva del empresario en caso de accidente de trabajo.

En el camino hacia la conformación de una legislación laboral, se crea –mediante el Real Decreto de 23 de abril de 1903– el Instituto de Reformas Sociales, con un encargo específico: "Preparar la legislación del trabajo en su más amplio sentido, cuidar de su ejecución organizando para ellos los necesarios servicios de inspección y estadística, y favorecer la acción social y gubernativa, en beneficio de la mejora o bienestar de las clases obreras" (art. 1). Sus principales objetivos son el desarrollo gradual y sistemático de la legislación social y la tutela de su cumplimiento efectivo.

Dentro de esta fase de gestación normativa del Derecho del Trabajo, el periodo entre 1917 y 1926 va configurando el concepto de trabajador y avanza en la sistematización en torno a la regulación unitaria del contrato de trabajo, que en este sentido no es una mera mediante la cual se materializa la relación laboral, sino una figura que desempeña un papel genuino en la creación de un ordenamiento laboral compacto y sistematizado. Esta labor de ordenación se lleva a la práctica con el Código de Trabajo de 1926. A partir de aquí, el trabajador se configura como uno de los sujetos de una relación jurídica separada de los esquemas civiles, al convertirse en sujeto contractual del contrato de trabajo, lo cual es, precisamente, una de las novedades del Código: la regulación del contrato de trabajo de manera unitaria.

Así pues, el contrato de trabajo desempeña un papel nuclear en la conformación histórica del Derecho del Trabajo, principalmente por dos razones. En primer lugar, porque el contrato de trabajo surge, precisamente, porque no estamos ante contratantes iguales, razón por la cual se pretende precisamente compensar la situación del contratante débil: el trabajador. En segundo lugar, porque el contrato de trabajo fundamenta el poder de organización y control del empresario, pero al mismo tiempo supone el límite a los poderes empresariales. El empresario no puede excederse de lo que inicialmente no ha sido pactado en el contrato de trabajo.

Con la llegada de la Segunda República, se refuerza el papel del contrato de trabajo. La Constitución de 1931, que constituye la base sobre la que se cimienta el ordenamiento laboral republicano, establece las bases de un Derecho del Trabajo inspirado en valores de igualdad y pluralismo social. El artículo 1 de la Constitución Republicana de 1931 proclamaba que "España es una república democrática de trabajadores de toda clase", y su artículo 46 establecía que "el trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes".

La Ley de Contrato de Trabajo de 1931, norma laboral básica en la Segunda República, tiene un marcado carácter contractualista: el contrato es el centro de gravedad sobre el que gira toda la legislación laboral.

Tras el alzamiento militar que da inicio a la Guerra Civil en 1936, la época franquista asesta un duro golpe a los derechos laborales, en especial a los derechos colectivos (libertad sindical, huelga), pero también la regulación concerniente al contrato de trabajo sufre un retroceso considerable, propio de un régimen dictatorial, y cuyo exponente máximo viene dado por el Fuero del Trabajo de 1938 y por la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. En la etapa franquista, el papel del contrato queda relegado a un segundo plano. En cambio, la organización empresarial adquirió protagonismo. El contrato ya no constituye el fundamento y límite de los poderes empresariales, sino que el cimiento sobre el que se sustenta el poder del empresario pasa a ser la organización empresarial, la comunidad de intereses que constituye la empresa.

De ahí que, por contraposición a la postura esencialmente contractualista que informa la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, la legislación franquista se fundamente en las posiciones comunitaristas o institucionalistas de los poderes empresariales, cuya manifestación principal es la prioridad absoluta que se otorga al interés general de la empresa y el deber de fidelidad del trabajador a la misma. Así pues, el deber de fidelidad constituye la manifestación característica de la concepción comunitarista del poder de dirección del empresario, de tal manera que la relación laboral se incorpora a la vida privada del trabajador

como un elemento más de la misma. Con la época franquista, se suprimen las disposiciones republicanas que habían permitido a los trabajadores separar la esfera privada de sus obligaciones como trabajadores.

Posteriormente, el nuevo ordenamiento laboral que surge tras la promulgación de la Constitución Española de 1978 queda enmarcado en un nuevo contexto político, social y económico, que va a influir de manera decisiva en el nuevo modelo de relaciones laborales. Es de importancia fundamental el paso a un nuevo sistema político democrático, consagrado en el artículo 1 del texto constitucional cuando prescribe que España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, frente a la dictadura que había asolado a España durante los cuarenta años anteriores. En este contexto, se ha señalado la importancia de los derechos fundamentales, al suponer, en nuestro nuevo orden constitucional, "una verdadera penetración en nuestro orden de convivencia cívica" (Alarcón Caracuel).

La Constitución de 1978 procedió a invertir las notas caracterizadoras del franquismo, basado en la proscripción del conflicto social como complemento de un autoritarismo empresarial orientado a la colaboración e integración en el proyecto organizativo empresarial, y bajo la tutela del Estado convergente en este interés de empresa. La Constitución cambia esta situación, y sustituye los principios franquistas por otros basados en la dimensión colectiva del trabajo y la democratización de la empresa (Baylos, 2003).

En la configuración del modelo de Estado, y su calificación como social, tiene un papel básico el artículo 9.2 CE. Su inserción en el texto constitucional implica la aceptación y el reconocimiento de aquellos obstáculos que los poderes públicos deben remover en el camino hacia la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra, para que éstas sean "reales y efectivas, mandato sin el cual no puede conseguirse efectivamente la implantación real de un Estado social y democrático de derecho".

El pluralismo que la Constitución instaura se refleja tanto en el ámbito político (art. 6 CE) como en el social, mediante el reconocimiento de los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales, para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios (art. 7 CE). Así pues, junto con los derechos individuales, se reconocen los derechos colectivos: la libertad sindical (arts. 7 y 28 CE), el derecho de huelga (art. 28.2 CE) y la negociación colectiva (art. 37.2 CE). Éstos se tutelan mediante el mecanismo previsto por el artículo 53 CE, que no puede constituir una operación mecánica, sino que debe servir para la salvaguardia efectiva en función de su nivel de

protección. En el esquema de protección dispensado en el artículo 53, los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección I, capítulo II, título I (además del artículo 14 CE) poseen el nivel más elevado de tutela.

La Corte Federal de Trabajo alemana ha ido perfilando un concepto de derechos fundamentales según el cual éstos no garantizan tan sólo la libertad del individuo frente al poder público, sino que contienen principios ordenadores de la vida social que poseen también relevancia inmediata para las relaciones juridicoprivadas (Pérez Luño, 1994, p. 92 y sigs.).

Es lo que se ha pretendido conseguir mediante la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*, o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, según la cual éstos no garantizan sólo la libertad del individuo frente al poder público, sino que contienen principios ordenadores de la vida social que también poseen una relevancia inmediata para las relaciones juridicoprivadas.

Actualmente, puede decirse que el Tribunal Constitucional español también ha logrado consolidar la eficacia directa entre particulares de los derechos fundamentales. La recepción de esta doctrina es especialmente importante en el ámbito laboral, como demuestran precisamente las primeras sentencias en materia de huelga (STC 11/1981, de 8 de abril) y de libertad de reunión y manifestación (STC 2/1982, de 29 de enero), las cuales, aunque con un planteamiento mucho más general, introducen la doctrina sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Estos derechos no sólo deben servir de base al sistema político, sino también a la estructuración y el contenido de las instituciones juridicoprivadas, las cuales deben ser modeladas y condicionadas por la propia Constitución para asegurar que el desarrollo en plenitud de una sociedad democrática no tope con ninguna barrera infranqueable en el ámbito del contrato y de la empresa (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 1996a, pág. 13).

Así pues, el sometimiento a las órdenes e instrucciones del trabajador cuando entra a formar parte de la organización productiva no puede implicar su renuncia al libre desarrollo que, como ser humano, también debe proyectarse en dicho contexto social. Tal como el Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de señalar en la STC 88/1985, de 19 de julio, un poder ilimitado del empresario podría derivar en formas de "feudalismo industrial" que repugnan al Estado social y democrático de derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad mediante los cuales este Estado toma forma y se realiza.

## **1.2. La intervención del Estado en las relaciones laborales: los modelos europeos**

Se ha señalado que en Europa cada Estado concibe de manera distinta su papel como garante de los derechos laborales (Supiot, 1999). No obstante, puede decirse que existen tres grandes modelos de intervención del Estado en la regulación de las relaciones laborales.

### 1) El modelo continental.

Es el modelo en el que el Estado tiene un papel claramente intervencionista, y se configura como garante de la parte contratante más débil, el trabajador. De esta manera, la intervención del Estado en los países que se enmarcan en el modelo continental posee un papel compensador de la desigualdad de las partes en el contrato de trabajo, y confiere a los trabajadores unos derechos mínimos, a partir de las normas legales y reglamentarias, sobre los cuales los convenios colectivos y los contratos de trabajo únicamente pueden mejorar, pero no reducir los estándares de protección. La limitación de la jornada máxima semanal, el reconocimiento de un periodo mínimo de descanso semanal y de vacaciones anuales retribuidas no sustituibles por compensación económica, la necesidad de causalidad para poder contratar temporalmente (acumulación de tareas, necesidad de cubrir un puesto de trabajo durante un proceso de selección, etc.), las exigencias formales en caso de despido y la obligación de indemnizar o de readmitir al trabajador en los despidos en los que no existe causa para despedir, son algunos ejemplos de esta intervención normativa (Pérez Amorós, Almendros Morcillo y Rojo Torrecilla, 1980).

Dentro de este modelo se encuentran países como Francia<sup>1</sup>, Italia<sup>2</sup>, España<sup>3</sup>, Alemania<sup>4</sup> y los Países Bajos.

<sup>(1)</sup>En Francia, al darse un contexto de negociación colectiva débil, el Estado actúa para fijar los límites a la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato de trabajo. Por ejemplo, uno de los aspectos en los que más se aprecia el intervencionismo estatal es en la exigencia de formalidades que hay que cumplir para poder proceder al despido. De esta manera, la Ley francesa de 2 de enero de 1973 modifica, entre otros, el artículo L 122-14 del *Code du Travail* francés para establecer la necesidad de convocar al afectado a una entrevista, mediante carta certificada y con una antelación mínima de cinco días hábiles, en la que debe constar la fecha, lugar, hora y los motivos de la entrevista, destinada a lograr la conciliación entre empresario y trabajador. El trabajador puede ir acompañado por un representante de los trabajadores. Si una vez celebrada la entrevista el empresario mantiene su posición de despedir al trabajador, debe esperar al menos dos días hábiles para poderle enviar la carta certificada de despido, en la que han de contenerse los motivos precisos del despido, lo que el artículo L-12214-4 denomina una "causa real y seria". En el supuesto del despido ordinario, el preaviso es obligatorio, salvo durante el periodo de prueba, y la duración del preaviso depende de la mayor o menor antigüedad del trabajador –un mes, en caso de trabajadores con una antigüedad entre seis meses y dos años, y dos meses cuando la antigüedad supere los dos años. En caso de despido de los representantes de los trabajadores, el empresario debe obtener una autorización de la Inspección de Trabajo para poder despedirlo.

También es habitual que, en los países que se insertan en el modelo continental de relaciones laborales, se prevean indemnizaciones para los despidos, tanto disciplinarios como por motivos económicos. De esta manera, en el artículo L-122 del *Code du Travail* francés, la indemnización prevista para el despido disciplinario depende de la antigüedad del trabajador en la empresa. Así, cuando ésta oscila entre dos y diez años, es de un décimo del salario mensual por cada año de servicios, y se incrementa hasta los dos décimos cuando estamos ante un despido por motivos económicos. Para los trabajadores que superen los diez años de antigüedad, les corresponderá una décima parte de salario por cada año de servicios hasta los diez años, y una quinceava parte del salario mensual a partir de los diez años de antigüedad. En los despidos económicos, la indemnización también prevé un aumento del doble de las cuantías citadas.

<sup>(2)</sup>En el caso italiano, el *Statuto dei Lavoratori* prevé, en el caso de que se produzca un despido injustificado, distintas soluciones según el tamaño de la empresa: a los empleadores con más de quince trabajadores a su cargo (o cinco en el sector agrícola) se les exige volver a contratar al trabajador despedido y pagar por daños y perjuicios una cantidad no inferior al salario de cinco meses. En este caso, el trabajador también tiene la opción de negarse a volver a su puesto de trabajo y pedir una compensación por daños y perjuicios equivalente a su salario de quince meses. Si el empresario ofrece al trabajador su reincorporación al puesto de trabajo y éste no lo acepta en un plazo máximo de treinta días,

el contrato queda automáticamente extinguido. Si hay menos de quince trabajadores, el trabajador despedido injustificadamente no tiene derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo pero debe percibir una compensación que oscila entre dos, cinco y seis veces su salario mensual. La Ley 223/1991, de Despidos Colectivos, contempla procedimientos especiales sobre información y consulta con los sindicatos, así como indemnizaciones especiales para los trabajadores a quienes está previsto despedir, de manera que se cumplan los mandatos contenidos en las directivas comunitarias relativas a esta materia.

Además, una vez rescindido el contrato de trabajo, sea cual sea la causa, incluso por despido por causa justa o dimisión del trabajador, éste tiene derecho a percibir una indemnización por despido (*trattamento di fine rapporto*) que se considera como una parte del salario, que el empresario separa cada año y que guarda hasta la finalización del contrato (lo cual constituye para él una importante fuente de autofinanciación). Dicha cantidad está basada en la fórmula del 7,5% del salario anual más la revalorización según un índice compuesto por el 75% del aumento del índice de precios al consumo más el 1,5% (Ley 297 de 1982).

<sup>(3)</sup>En España, el sistema de fuentes normativas se estructura de manera que predominan las relaciones de complementariedad y de exclusión entre la ley y el convenio colectivo (García-PerroteEscartín, 1987). En virtud de la relación de complementariedad, la ley fija un mínimo inderogable por convenio colectivo, y sólo está permitida la mejora de estos mínimos. Tales mínimos constituyen, por lo tanto, una garantía indisponible para las partes negociadoras del convenio. En nuestro Estatuto de los trabajadores, tenemos un ejemplo de esto en la duración de treinta días de las vacaciones (art. 38.1 ET), que es un mínimo de derecho necesario relativo, mejorable por convenio colectivo, o con la duración máxima de la jornada en cuarenta horas semanales de promedio en cómputo anual (art. 34.1 ET), que puede mejorarse por convenio (estableciendo una duración inferior, por ejemplo en 37,5 horas).

En el caso de la relación de exclusión, la ley se reserva la regulación de una determinada materia, de manera que la normativa estatal resultará inmodificable por convenio colectivo. Son las normas de orden público laboral o derecho necesario absoluto. En el caso español, por ejemplo, la edad mínima de acceso al trabajo en los dieciséis años (art. 6 ET) no es susceptible de alteración por convenio colectivo, ni tampoco aquellas normas relativas a los requisitos procesales para demandar, o las normas para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social.

<sup>(4)</sup>En Alemania, se establece una distinción entre despido con previo aviso (despido ordinario) y despido sin previo aviso (despido extraordinario). En caso de despido ordinario, el artículo 622 del Código civil alemán establece diferentes periodos de aviso previo. El periodo mínimo es de cuatro semanas y, según la duración del servicio prestado al mismo empresario, puede ampliarse hasta siete meses. Los periodos de aviso previo se pueden reducir o ampliar en los convenios colectivos. Todo empleado que se acoja a la protección general contra el despido ordinario prevista en la Ley de Protección contra el Despido debe cumplir dos condiciones: debe llevar trabajando por lo menos seis meses en un establecimiento, y este determinado establecimiento tiene que emplear regularmente a más de cinco empleados con dedicación completa, sin contar a los que estén en formación profesional ni a trabajadores marginales a tiempo parcial. En el artículo 626 del Código civil se garantiza la protección general contra el despido extraordinario, pero debe obedecer a razones absolutamente excepcionales. En todo caso de despido, ya sea ordinario o extraordinario, se debe dar aviso por escrito, y es obligatoria una consulta previa al comité de empresa. Un despido sin esta consulta previa no surte efectos. Las objeciones del Comité de Empresa no impiden que tenga lugar el despido, pero refuerzan la posición legal del trabajador.

## 2) El modelo británico

Contrariamente al anterior, el modelo asumido por Reino Unido se caracteriza por apenas intervenir, por lo que se le ha denominado *sistema abstencionista y voluntarista*. De esta manera, el Estado tan sólo interviene para excluir las relaciones laborales del campo de aplicación del *common law*, y garantiza de esta manera la posibilidad de una organización autónoma de las mismas, principalmente sobre la base de los convenios colectivos –*collective bargaining*– (Supiot, 1999). Así, en países como Gran Bretaña o Irlanda se da un protagonismo especial a la negociación colectiva en el ámbito de empresa.



Así pues, este modelo abstencionista se traduce en una desregulación del mercado de trabajo, y la norma interviene sólo de manera puntual en determinados aspectos, como las normas que impiden la discriminación o las normas de salario mínimo (*The National Minimum Wage Regulations*, 1999) especialmente impulsadas por los gobiernos laboristas y por la transposición de la actividad normativa (directivas y reglamentos) de la Unión Europea.

### Ejemplo

Como ejemplo, podemos citar las siguientes normas sobre discriminación en el empleo y la ocupación: *the Disability Discrimination Act* (1996), *the Employment Equality Sexual Orientation Regulations* (2003) y *the Employment Equality Sex Discrimination Regulations* (2005).

Este no intervencionismo en las relaciones laborales contrasta con una protección social relativamente generosa que se ha ido consolidando a partir de 1941, coincidiendo con el momento en el cual el Gobierno británico encargó a William Beveridge<sup>5</sup> la redacción del informe que había de contener las líneas básicas para el diseño del sistema de protección social del país.

<sup>(5)</sup>El trabajo de Beveridge dio lugar al informe social *Insurance and Allied Services* (1942), pero además redactó un segundo informe a iniciativa propia, titulado *Free Employment in a Free Society* (1944), en el que completa sus ideas sobre el Estado del bienestar (Alarcón Caracuel, 2000). En la actualidad, el modelo británico de Seguridad Social gestionado por el Estado cubre la totalidad de la población mediante prestaciones contributivas, no contributivas y rentas mínimas de subsistencia para aquellas personas que no llegan a unos ingresos mínimos para vivir. Respecto a las prestaciones contributivas, éstas son gestionadas y abonadas por el National Insurance Fund, y se financian mediante las cotizaciones obligatorias que han de pagar la mayor parte de trabajadores y empresarios. Se cubren las contingencias de jubilación, muerte y supervivencia, asistencia sanitaria, maternidad y desempleo. Respecto a las prestaciones no contributivas, éstas se financian mediante el sistema impositivo general y dependen de las circunstancias individuales (discapacidad, hijos a cargo, etc.). En cuanto a las rentas mínimas de subsistencia para aquellas personas en situación de exclusión social, consisten en una serie de ayudas para la vivienda (*housing benefit*) o rentas mínimas (*income support*).

La asistencia sanitaria se dispensa con carácter universal a todos los ciudadanos, mediante el National Health Service, se financia por medio de los impuestos, así como del National Insurance Fun, y no depende de las cotizaciones previamente realizadas.

Se puede profundizar en las características de este sistema en la base de datos de MISSOC, en Internet: [ec.europa.eu/employment\\_social/social\\_protection/missoc\\_tables\\_en.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/social_protection/missoc_tables_en.htm)

### 3) El modelo nórdico

Coincide con el modelo continental en el establecimiento de un marco general de organización de las relaciones laborales, en especial en relación con la regulación de un marco jurídico básico para la negociación colectiva entre las partes sociales. No obstante, al igual que el modelo británico, tiende a dejar las relaciones individuales de trabajo a la autonomía de las partes. La filosofía nórdica es que el Estado debe intervenir en el terreno del empleo, pero lo que ocurra en los lugares de trabajo es una cuestión que debe quedar a la determinación de empresarios y trabajadores (Supiot, 1999).

Asimismo, este modelo se caracteriza por la alta participación de la mujer<sup>6</sup> en el mercado de trabajo.

<sup>6</sup>De esta manera, tomando como referencia los resultados de la encuesta de la Unión Europea del 2005 sobre el mercado de trabajo, en países como Finlandia, Suecia o Dinamarca más del 60% de las mujeres entre 15 y 64 años están empleadas, frente a una tasa media de empleo femenino de 56,3% en la EU-25 (fuente: *Eurostat, Statistics on Focus*, núm. 13/2006).

Este modelo se caracteriza por una protección social elevada, que garantiza a todos los ciudadanos la cobertura pública de las prestaciones de los ciudadanos en situaciones de necesidad.

### **Ejemplo**

Finlandia, por ejemplo, ha pasado en poco tiempo de ser una sociedad rural a una sociedad al día en los avances tecnológicos, en la que el modelo nórdico de Estado del bienestar ha aportado una estabilidad importante al garantizar a todos los ciudadanos las prestaciones básicas de Seguridad Social, atención sanitaria y educación.

En este modelo destaca, asimismo, el nivel de atención a las personas dependientes, puesto que se cubren de manera satisfactoria las necesidades sociales generadas por una alta tasa de envejecimiento de la población. El modelo nórdico de atención a las personas dependientes es de carácter universal, se presta prioritariamente desde el sector público y es financiado por la vía de impuestos. Los servicios son gestionados mayoritariamente por las administraciones locales.

### **Ejemplo**

En Dinamarca, por ejemplo, se tiene derecho a la pensión de jubilación a la edad de 65 años –o a la edad de 67 para aquellos nacidos antes del 1 de julio de 1939-, así como a la pensión de invalidez, calculadas sobre la base de los años de residencia en este país. Son las administraciones locales las que gestionan las pensiones, si bien es el Ministerio de Asuntos Sociales y de Igualdad de Derecho (*Social-og ligestillingsministeriet*) quien controla la aplicación de la legislación, pero no puede intervenir en los casos concretos. El denominado *régimen de pensión complementaria, Arbejdsmarkedets Tillægspension (ATP)*, otorga a los trabajadores que trabajan un mínimo de nueve horas semanales un suplemento a la pensión. La cotización al desempleo es voluntaria. Las entidades que gestionan la prestación están distribuidas en los distintos sectores de actividad, y quedan reservadas dos para los trabajadores por cuenta propia. La asistencia sanitaria es universal y está vinculada al requisito de la residencia legal en Dinamarca y financiada por los impuestos de la población.

En la actualidad, podríamos decir que los diferentes modelos tienden a aproximarse y absorben características propias de los otros, lo que va dando lugar a sistemas mixtos.

Por ejemplo, en Reino Unido, como ya hemos adelantado anteriormente, se ha producido una intervención normativa más intensa, sobre todo marcada por las directivas comunitarias, que obligan a determinadas normas de transposición. Es el caso de la normativa sobre salario mínimo, protección contra la discriminación por razón de género, edad, discapacidad, orientación sexual, etc., así como las normas de limitación de la jornada y tiempo de trabajo.

También el modelo continental ha asumido rasgos de desregulación del mercado que parecen más propios de un modelo abstencionista como el británico. De esta manera, la mayoría de los países de tradición continental se hallan inmersos en procesos de individualización de las relaciones laborales en los que se está produciendo una retirada de las normas legales de mínimos para dar paso a un mayor protagonismo de la negociación colectiva, mediante lo que ha sido denominado por la doctrina española *relaciones de suplementariedad y complementariedad del convenio colectivo respecto a la ley* (García-Perrote Escartín, 1987). En virtud de la relación de complementariedad, la ley delimita las líneas básicas de una determinada materia que deberán ser respetadas por el convenio colectivo, y remite su regulación más detallada al ámbito de la negociación colectiva.

Es la técnica de remisión a la negociación colectiva, en preceptos tales como el artículo 12 ET, cuando remite al convenio el desarrollo de determinados aspectos del trabajo a tiempo parcial (como el establecimiento de medidas para facilitar el acceso a la formación profesional o para la conversión en contratos a tiempo completo).

En virtud de la supletoriedad, la regulación contenida en la ley únicamente será de aplicación, en ausencia de una previsión convencional sobre la materia; existe, pues, una norma estatal dispositiva derogable mediante la normativa pactada en convenio colectivo. Las previsiones establecidas en el Estatuto de los trabajadores sólo serán de aplicación en el supuesto de que el convenio colectivo no entre a regular esta materia; por ejemplo, el establecimiento de periodos distintos en el artículo 39.4 ET para la cobertura de vacantes en funciones de superior categoría.

De esta manera, conceptos económicos como la "flexibilidad" intentan abrirse paso a través de las normas, desplazando el centro de gravedad de la ley a la negociación colectiva, y dejando a las partes que asuman un mayor protagonismo en la autorregulación de sus condiciones de trabajo. La consecuencia inmediata es el descenso de los estándares mínimos de protección que anteriormente quedaban garantizados por la ley.

En España, la reforma laboral del año 1994 introdujo cambios importantes en las tradicionales relaciones entre ley y convenio colectivo. La Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modificaron instituciones claves del ordenamiento laboral, concedió una importancia notable a la negociación colectiva, y aumentó el papel del convenio en la regulación de materias que tradicionalmente habían sido reservadas a la ley, como garantía de un estándar mínimo de derechos de los trabajadores.

Los cambios llevados a cabo en la Ley 11/1994 operaron en una doble dirección. La primera de éstas, relativa a la reforma del título III del Estatuto de los trabajadores –negociación colectiva–, cuya principal finalidad fue resolver aquellos problemas que se suscitaban a partir de la anterior regulación y que dificultaban el correcto desarrollo de la negociación colectiva.

El incremento del rol del convenio colectivo como instrumento al servicio de la flexibilidad de la empresa se puso de manifiesto en la Ley 11/1994 cuando señalaba (en su exposición de motivos) que "se parte de la idea de que debe ser un instrumento fundamental para la deseable adaptabilidad por su capacidad de acercamiento a las diversas y cambiantes situaciones de los sectores de actividad y de las empresas".

El segundo bloque de modificaciones realizadas por la Ley 11/1994 lo constituyen aquellas medidas que disminuyeron la imperatividad de las normas legales, y que dejaron a la negociación colectiva, a los acuerdos de empresa y al contrato individual la regulación de determinados aspectos que hasta la promulgación de la Ley 11/1994 venían regulados por las normas estatales con rango legal. La importancia de estos cambios, que salpicaron el texto del Estatuto de los trabajadores, fue notable, ya que en todos éstos latía una firme voluntad del legislador de reducir el papel de la norma legal en beneficio de la voluntad colectiva e incluso individual (aumentando la posibilidad de negociar algunos aspectos mediante el contrato de trabajo).

De esta manera, se intensificaron las relaciones de complementariedad y supletoriedad, y disminuyeron aquellas de suplementariedad (que tradicionalmente habían sido las más abundantes en el Estatuto de los trabajadores).

Así pues, la **potenciación de la negociación colectiva** y de la autonomía individual fue el instrumento del que se sirvió el legislador para lograr una mayor flexibilidad de las relaciones laborales como objetivo prioritario de la reforma de 1994, en beneficio de las empresas, pero en detrimento de los derechos de los trabajadores.

## **2. La respuesta del Derecho del Trabajo a la internacionalización de la economía**

La globalización económica presenta una realidad compleja, a menudo relacionada con la eliminación de barreras de tipo económico, con tendencia a la unificación de los mercados. La globalización es un concepto típicamente económico, y así lo han puesto de relieve los autores que han estudiado este fenómeno, que destacan la capacidad de funcionar de manera unitaria en tiempo real o en un tiempo establecido, a escala planetaria, tal y como se verá a continuación.

### **2.1. La globalización económica y el papel de la normativa laboral internacional**

Aunque el capitalismo se ha caracterizado desde sus orígenes por su incesante expansión, hasta finales del siglo XX la economía mundial no se ha convertido en una economía auténticamente global sobre la base de la nueva infraestructura que han proporcionado las tecnologías de la información y la comunicación, y con la ayuda decisiva de las políticas de desregulación y liberalización aplicadas tanto por los gobiernos como por las instituciones internacionales. Por este motivo, se ha definido la economía global como "la economía cuyos componentes nucleares tienen la capacidad institucional, organizativa y tecnológica de funcionar como una unidad en tiempo real, o en un tiempo establecido, a escala planetaria" (Castells, 1997).

Las claves de esta globalización económica son, por un lado, los mercados financieros globales y, por otro, la revolución tecnológica que se materializa en la denominada *sociedad de la información* o *sociedad red*.

Con respecto a la globalización de los mercados financieros, en la actualidad el capital se gestiona, durante las veinticuatro horas del día, en mercados financieros integrados globalmente, que funcionan en tiempo real por primera vez en la historia, de tal manera que en los circuitos económicos de todo el mundo tienen lugar, en cuestión de segundos, transacciones por valor de miles de millones de dólares. De este modo, los nuevos sistemas de información y las tecnologías de la comunicación permiten enviar y reenviar los capitales entre economías en espacios de tiempo muy breves, prácticamente con una automaticidad inmediata, de modo que el capital –y, por tanto, los ahorros e inversiones– está conectado a escala mundial, desde los bancos a los mercados bursátiles y al intercambio de divisas.

Como segundo elemento de la internacionalización, puede señalarse el desarrollo de una infraestructura tecnológica que incluye una red de telecomunicaciones avanzadas, sistemas interactivos de información y poderosos ordenadores capaces de procesar datos a alta velocidad, diseñados especialmente para gestionar la complejidad de las transacciones mundiales.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación producen, en las modernas sociedades de la información, efectos preocupantes, sobre todo en lo que respecta a los derechos y libertades de los ciudadanos. Por este motivo, el Derecho del Trabajo debe adaptarse a las nuevas realidades sociales para contemplar fenómenos como la comunicación mediante correo electrónico en la empresa (Colás Neila, 1999, pág. 55).

En el avance de las nuevas tecnologías, los primeros derechos afectados son los laborales, a los que se les culpabiliza constantemente de entorpecer la eficiencia económica. Sin embargo, este discurso oculta otras realidades.

Mientras se habla de sectores y sujetos "sobrepotejidos", los emigrantes se colocan –en los países más desarrollados– en trabajos que, frecuentemente, son rechazados por los otros ciudadanos, aceptando condiciones notablemente inferiores y, en muchas ocasiones, inhumanas. El resultado de todo esto es que, inexorablemente, también estos sujetos se organizan y buscan el reconocimiento de los derechos de ciudadanía, y antes o después reivindicarán también los correspondientes derechos sociales y los derechos derivados del contrato de trabajo.

Como sucedía con el concepto de flexibilidad, la noción de globalización es básicamente una noción económica difícil de trasladar al ámbito jurídico. Sin embargo, los efectos de la globalización son muy similares a los que provocaba la flexibilidad, en una línea de tendencia permanente de desregulación de las condiciones de los trabajadores y de eliminación de las normas protectoras que, tradicionalmente, han caracterizado al Derecho del Trabajo, todo esto con la apariencia de un contexto mundial en el que los límites se diluyen y las diferencias se atenúan, como si de un proceso incontrolable e irreversible se tratase.

En un contexto de globalización económica como el descrito anteriormente, en el que los escenarios han pasado a ser internacionales, el papel de las normas laborales a escala internacional cobra una nueva dimensión. La globalización hace evidente que las finalidades protectoras del Derecho del Trabajo no son realizables si no es en una dimensión que exceda de la soberanía estatal, a una escala transnacional.

La globalización económica en la que se ven inmersas las relaciones laborales no puede escapar a la articulación de mecanismos de universalidad en la protección de los trabajadores, lo que nos lleva a redimensionar el papel que los derechos humanos pueden tener en este campo. Esto debe partir del reconocimiento de los valores y derechos contenidos en la Declaración Universal de

los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en la que se reafirman los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y la igualdad de derechos de hombres y mujeres.

El preámbulo parte de la idea de que los derechos humanos fundamentales tienen su raíz en la dignidad y el valor de la persona (apartados 1.º y 5.º, confirmados por el artículo 1). Por este motivo, corresponden a todas las personas derechos iguales e inalienables (apartado 1.º, confirmado por el artículo 2). De esta manera, los estándares contenidos en la Declaración Universal presuponen la existencia de derechos fundamentales predicables de cualquier persona, independientemente de la cultura y la sociedad en los que se integren, de modo que la idea de universalismo proporciona a los individuos un conjunto de derechos fundamentales básicos por el mero hecho de ser seres humanos. Los artículos 1 y 2 ilustran la noción de derechos humanos que informa toda la Declaración, basada sobre la idea de dignidad y de igualdad de la persona.

Sin embargo, la cuestión más debatida con relación a la Declaración Universal de los Derechos Humanos es su vinculación jurídica. ¿Es la Declaración jurídicamente vinculante? ¿Cuáles son los mecanismos para que los Estados cumplan lo previsto en la misma?

En este punto pueden distinguirse dos posiciones diferenciadas (Truyol Serra, 2000).

1) Para algunos autores, la Declaración Universal de los Derechos Humanos no concede a los individuos un derecho de acción o petición ante los órganos de la ONU para asegurar la realización efectiva de los derechos en cuestión. Por este motivo, en relación con la realización efectiva, uno de los problemas más importantes lo constituye saber cuál es la obligatoriedad jurídicointernacional positiva de la Declaración.

La vinculabilidad moral de la Declaración Universal es comúnmente aceptada, pero jurídicamente su significación es la de una pauta superior de inspiración y criterio de interpretación para los órganos llamados a configurar, que la desarrollan convencionalmente o consuetudinariamente y, en todo caso, la aplican por vía judicial o arbitral. La declaración sería, en este sentido, la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, representada en la ONU y, por lo tanto, fuente de una ley suprema (derecho superior o *higher law*) cuyos principios no pueden desconocer sus miembros.

2) Según una segunda interpretación, la Declaración posee un valor jurídico vinculante que la hace directamente aplicable, ya que vendría a constituir el desarrollo de lo que estipuló previamente la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945.

Así pues, la Carta se limitaría a formular el principio de una promoción internacional de los derechos humanos y las libertades fundamentales, pero sin desarrollarlo por medio de normas concretas, lo que vendría a realizar la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este principio figura en el apartado 2.º del preámbulo, en el que se proclama que los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos a "reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la especie humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres". De ahí que uno de los fines de la organización sea realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos

humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (art. 1, apartado 3).

Es importante señalar que, sea cual sea la interpretación que se adopte en este tema, la Declaración Universal tiene un valor hermenéutico para la determinación del alcance de los derechos fundamentales y libertades públicas, por expreso mandato del artículo 10.2 CE.

Ahora bien, sería en el artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas, cuando dispone que "todos los miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55", donde podría apreciarse en mayor medida la vinculación jurídica de los derechos humanos contenidos en la Carta y en la Declaración Universal con el papel activo que deben desempeñar los diferentes Estados en su aplicación efectiva.

Por otra parte, con la finalidad de reforzar la Declaración Universal de los Derechos Humanos y conseguir para los derechos que ésta contiene una fuerza vinculante jurídicamente, la Asamblea General de Naciones Unidas inició la discusión de dos proyectos, cuyo resultado final fueron dos convenios: el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, adoptados el 16 de diciembre de 1966. A diferencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ambos establecen **mecanismos**<sup>7</sup> tendentes a asegurar la realización práctica de los derechos que contienen.

<sup>(7)</sup>Entre dichos mecanismos, destaca el que se contiene en el protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966, donde se reconoce al Comité Europeo de Derechos Humanos –previsto en la parte IV del Pacto– la facultad de recibir y considerar comunicaciones de individuos que consideren ser víctimas de vulneraciones. Aun así, no se ha llegado a un auténtico control supranacional, de modo que la decisión y las eventuales medidas correctoras dependen del Estado que ha aceptado el protocolo.

De esta manera, en el artículo 2.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos se establece que "cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto", y se compromete a garantizar que la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa decida sobre los derechos de una persona que interponga un recurso como consecuencia de la violación de alguno de los derechos contenidos en el pacto.

En la agenda social de la ONU, destaca la Conferencia de Viena sobre los Derechos Humanos, de junio de 1993. En la misma, se reafirma el compromiso solemne de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal y la observancia de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales para todas las personas, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos relativos a los derechos humanos y a la ley internacional. La Conferencia de Viena reconoce, en su artículo 38, el importante rol de las organizaciones no gubernamentales (ONG) en la promoción de los derechos humanos, recomienda la continuidad en el diálogo y la cooperación



entre los gobiernos y éstas, y declara que han de ser libres para llevar a cabo las actividades relativas al desarrollo de los derechos humanos, y en el marco de las leyes nacionales y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Junto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha sido fundamental el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

El Convenio no se limitó a imponer obligaciones a los Estados, ni tampoco a establecer un Tribunal ante el que éstos pudieran presentar sus demandas, sino que confirió derechos a los individuos como tales frente a sus propios Estados, y creó instancias de decisión supranacionales cuyo uso no monopolizan ya los Estados.

Llegados a este punto, es importante recordar el papel que posee en la actualidad la acción de la OIT y, en especial, los convenios internacionales promulgados por esta organización. Estos convenios deben servir de marco para la lucha contra las consecuencias sociolaborales que la globalización produce en los trabajadores.

La OIT ya fue creada en el año 1919 con el propósito primordial de adoptar normas internacionales que abordaran el problema de las condiciones de trabajo que entrañaban "injusticia, miseria y privaciones". En 1944, la inclusión de la Declaración de Filadelfia en su Constitución amplió el mandato normativo de la organización para dar cabida a asuntos de carácter general relacionados con la política social y los derechos humanos y civiles.

Las normas de la OIT revisten la forma de convenios y recomendaciones. Los primeros son tratados internacionales sujetos a la ratificación de los Estados miembros de la organización. Las recomendaciones no son instrumentos vinculantes, habitualmente versan sobre los mismos temas que los convenios, y recogen directrices que pueden orientar la política y la acción nacionales. Tanto los convenios como las recomendaciones inciden concretamente en las condiciones y prácticas de trabajo de todos los países del mundo.

Desde sus orígenes, la OIT ha tratado de tutelar los colectivos más necesitados de protección. En la actualidad, la protección de estos colectivos está volviendo a ser objeto de atención por parte de la OIT, en especial en lo que respecta al trabajo infantil. La OIT emprendió, dentro del denominado Programa Infocus sobre el trabajo infantil (IPEC, creado en 1992), una campaña mundial contra el trabajo infantil, cuyo objetivo prioritario es promover el desarrollo y la

aplicación de una legislación protectora contra el trabajo infantil. Esta acción se ha ido intensificado debido a la aprobación, en el año 1999, del Convenio número 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, con la finalidad de:

- a) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil;
- b) prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social;
- c) asegurar a todos los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional;
- d) identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos, y
- e) tener en cuenta la situación particular de las niñas.

Así pues, para la OIT, ciertos grupos (como las mujeres, las minorías étnicas o raciales, los inmigrantes, los niños y, sobre todo, los pobres) son particularmente vulnerables a estas formas contemporáneas de trabajo forzoso.

Según el informe global "Alto al Trabajo Forzoso 2001", con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, emitido en la 89.<sup>a</sup> reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2001, el trabajo forzoso no es, en la actualidad, un vestigio de tiempos ya superados. Desgraciadamente, aunque haya sido condenado en todo el mundo, el trabajo forzoso está revelando nuevos aspectos inquietantes junto con los antiguos. Nuevas formas de esclavitud y servidumbre todavía perduran en algunas zonas del mundo, y las prácticas de este tipo continúan persiguiéndose hasta hoy.

## **2.2. La normativa de la Unión Europea y los objetivos de cohesión social y económica**

El Tratado de Roma, en su versión originaria de 1957, consagraba un **modelo de no intervencionismo en lo social**, del que el artículo 117 era un claro ejemplo. No olvidemos que la Unión surge con el objetivo de crear un mercado común (CEE), dejando en un segundo plano las políticas sociales. El artículo 117 del TR partía de la idea de que la mejora en la calidad de vida y de trabajo de los trabajadores se conseguiría con el funcionamiento del mercado único, que provocaría, además, una armonización de los sistemas sociales de los Estados miembros.

Así, en esta primera época se aprecia una influencia claramente económica, en la medida en que la política económica marca el ritmo de la política de empleo y de la política laboral. Las pocas normas que aparecen en este periodo tratan únicamente de coordinar las distintas políticas nacionales, lo que evidencia una clara preponderancia de lo económico sobre lo social. La política de empleo no se plantea como una política integral, sino como un brazo articulado de la política económica y a remolque de ésta, lo que implica la falta de tratamiento de aspectos tan importantes como la incidencia directa en

la creación de empleo, el control del tipo de empleo que se crea y, sobre todo, las medidas de acción positiva para insertar a colectivos con dificultades.

Sin embargo, este primer modelo de no intervencionismo en lo social va mostrando sus deficiencias con la aparición de la crisis económica. Los Estados miembros comienzan a hacer frente a la situación económica, y la Unión Europea, con el objetivo de no perjudicar sus objetivos con respecto al mercado único (debido a las medidas que los países ponen en marcha y que pueden producir distorsiones competenciales no deseadas), empieza a intervenir mediante las directivas.

### **Ejemplo**

Puede servir de ejemplo el caso de las reconversiones industriales de los años setenta y ochenta, que dan lugar a la Directiva 75/129/CEE sobre despidos colectivos, la cual constituye una muestra de las intervenciones comunitarias en esta línea.

El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, marca un paso crucial en la configuración de las actuales políticas comunitarias de empleo y de acercamiento de la Unión Europea a lo social.

El Tratado de Ámsterdam sigue manteniendo que el cumplimiento de los objetivos sociales resultará tanto del buen funcionamiento del mercado común, que favorecerá la organización de los sistemas sociales, como de los procedimientos del propio Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas (arts. 2 y 3). Sin embargo, el Tratado de Ámsterdam, aunque sigue confiando en los efectos positivos que el mercado tiene respecto a la mejora de la calidad de vida y el trabajo de los trabajadores, introduce la referencia a los derechos sociales. En este sentido, en el Tratado se contemplan derechos cuyo marco jurídico anterior era el derecho derivado (directivas o reglamentos).

Es el caso del artículo 141.1 TUE (antiguo art. 119 del Tratado de Roma): "Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor".

Otro paso importante fue la nueva reformulación del actual artículo 13 del texto consolidado del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), que sienta las bases para que el Consejo –por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo– pueda adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de "sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual".

En el artículo 13 TUE se da entrada, por primera vez, a colectivos que también deben ser objeto de tutela en la lucha contra las discriminaciones, como es el caso de los homosexuales, en el contexto de la eliminación de la discriminación por motivos de orientación sexual.

El artículo 13 TUE ha permitido un avance sustancial en este ámbito de la lucha contra las discriminaciones, al haberse aprobado la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio del 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico, o la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad

de trato en el empleo y la ocupación, que considera la eliminación de discriminaciones para el resto de los motivos.

Dentro de este contexto, el Tratado de la Unión Europea marca unos objetivos que pasan por el fomento del empleo, la consecución de un nivel adecuado y duradero de empleo, la lucha contra las exclusiones y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. Fijados estos objetivos, el propio Tratado fija los medios para conseguirlos: el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos y la intervención de la Unión Europea, con la finalidad de mantener la competitividad de la economía. Los medios que el Tratado ha adoptado para conseguir sus objetivos incluyen la intervención tanto de la Unión Europea como de los Estados miembros, en una corresponsabilidad<sup>8</sup> que rompe la tendencia –de una manera cada vez más acusada– de la no intervención en materia social.

<sup>(8)</sup>En este sentido, los artículos 137 y 150 TUE marcan las relaciones de complementariedad entre la Unión Europea y los Estados miembros, al mantener que la primera complementará la acción de los países comunitarios en una serie de materias. Estas materias son la mejora del entorno de trabajo, la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, las condiciones de trabajo, la Seguridad Social y la protección social, la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato, información y consulta de los trabajadores, representación y defensa colectiva de sus intereses, las condiciones de empleo de los nacidos en terceros países, la integración de personas excluidas del mercado laboral, igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, la lucha contra la exclusión social y la modernización de los sistemas de protección social (López López, 1996). Asimismo, el artículo 140 TUE establece que la Comisión facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social relacionados con el empleo, con el Derecho del Trabajo y las condiciones de trabajo, con el derecho de sindicación y negociación colectiva y con la Seguridad Social. Por su parte, el artículo 144 del TA señala que el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo, creará un Comité de Protección Social, de carácter consultivo, para fomentar la cooperación entre los Estados miembros.

En el ámbito comunitario, fue de gran importancia la promulgación solemne de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, el 7 de diciembre del 2000, que incluye un capítulo IV bajo la rúbrica "Solidaridad".

Esta carta se ha considerado un primer paso o primera vía de acceso hacia una constitucionalización de los derechos sociales fundamentales en el seno de la futura Constitución europea (Sciarra, 2001). No obstante, la efectividad de los derechos contenidos en la Carta es un tema controvertido, ya que ésta tendría más bien un valor de norma programática, y no de norma vinculante (Rojo Torrecilla, 2001).

Sobre la naturaleza jurídica de la Carta, la Comisión se ha pronunciado en una comunicación de 11 de octubre del 2000. Para la Comisión, "la Carta producirá sus efectos, también en el plano jurídico, sea cual fuere la naturaleza que se le atribuya. Como la Comisión lo defendiera en el debate en el Parlamento Europeo del 3 de octubre del 2000, es evidente que el Consejo y la Comisión, que están llamados a proclamarla solemnemente, difícilmente podrán ignorar en el futuro, cuando actúen como legisladores, un texto que ha sido preparado a petición del Consejo Europeo por todas las fuentes de legitimidad

nacionales y europeas reunidas en un mismo foro. Del mismo modo, parece lógico que, a su vez, el Tribunal de Justicia se inspire en la Carta, como ya lo hiciera con otros textos sobre derechos fundamentales. Se puede lógicamente esperar que la Carta, en cualquier hipótesis, resulte vinculante a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia como principios generales del Derecho Comunitario".

En cualquier caso, la aprobación de un texto de estas características posee de por sí repercusiones positivas. Por una parte, por la asunción por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de los principios contenidos en la misma como principios fundamentales de la Unión Europea, y por otro lado, por la recepción de sus contenidos por parte de los Estados miembros.

### 2.3. Derecho del Trabajo e inmigración

La sociedad española de finales del siglo XX se ha encontrado con una situación de convivencia nueva a la que no estaba acostumbrada, la multiculturalidad de sus ciudadanos.

España ha pasado de ser un punto de partida de los flujos migratorios a convertirse en un destino que quieren alcanzar miles de personas, lo que ha aumentado la necesidad de regular jurídicamente esta situación.

Ahora bien, España no es el único país receptor de la inmigración, sino que se enmarca dentro del contexto mundial, ya que se calcula que, entre 1995 y el 2000, los países desarrollados recibieron un total neto de 12 millones de inmigrantes, según un informe del Comité Económico y Social de la ONU de 27 de diciembre del 2005. Este fenómeno social requiere que las leyes sobre inmigración y extranjería regulen adecuadamente las normas y las conductas de una sociedad multirracial, plurirreligiosa y multicultural.

En este tema, el punto de partida puede venir dado por el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece lo siguiente:

"Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado".

En este sentido, el documento "Globalization and interdependence: migration and development", elaborado por la presidencia de la Asamblea General de las Naciones Unidas con la intervención de los representantes de las organizaciones no gubernamentales, de la sociedad civil y del sector privado, insta a que los Estados miembros de la ONU ratifiquen sus instrumentos normativos de derechos humanos y, en especial, la Convención de 1990 sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familiares. Asimismo,

#### Ved también

Para ampliar este tema, podéis la web de la cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la Universidad de Gerona: [web.udg.es/cidc](http://web.udg.es/cidc).

se pone el acento en el respeto por los derechos humanos de los inmigrantes, independientemente de su estatus jurídico, que es la clave de toda la política relativa al movimiento internacional de la población.

En el momento en el que el legislador se plantea una ley reguladora de los derechos y garantías de los extranjeros en la actualidad, esta ley necesitaría grandes dosis de dimensión multiétnica y multicultural, en la línea del Convenio número 47 de la OIT, que reconoce, en el derecho al trabajo, un derecho social universal, no limitado exclusivamente a los ciudadanos de un determinado país. Se trata de una perspectiva netamente multicultural, necesitada de una reconsideración del cosmopolitismo, de la consideración de los derechos humanos fundamentales y del alejamiento de una visión meramente económica, para propiciar un acercamiento a otras metas sociales, políticas y culturales de la denominada *globalización*. El objeto y fin de una ley de estas características (de reconocimiento de los derechos y deberes de los extranjeros en España) debería consistir en garantizar a los extranjeros que sus derechos sean no sólo reconocidos, sino respetados por la sociedad en su conjunto, evitando que aparezcan o se sigan produciendo actos individuales o colectivos de xenofobia y racismo.

Por este motivo, señala la doctrina laboralista que "debemos repensar el trabajo y la ciudadanía a la altura del tercer milenio, siempre tomando en consideración que los problemas relacionados con el trabajo interesan y preocupan a gran parte de dicha ciudadanía", teniendo en cuenta que "la interpretación de las normas reguladoras de los derechos y libertades de los extranjeros en nuestro país, conviene recordarlo, deberán además interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales, y no podrá alegarse ningún tipo de creencia religiosa o convicción religiosa o cultural para tratar de justificar la realización de actos o conductas contrarias a las normas" (Rojo Torrecilla, 2001, pág. 265).

Una premisa de partida es que en la normativa española se hace referencia a los extranjeros no comunitarios, puesto que los comunitarios disfrutan del principio de libertad de movimientos reconocido en el artículo 18 del Tratado de la Unión Europea, según el cual "todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación". Esta diferenciación entre trabajadores comunitarios y no comunitarios ha acentuado la situación de segregación en España del trabajador inmigrante de terceros países, que ahora es el inmigrante en sentido propio y el afectado por los problemas específicos actuales de la inmigración" (Ballester Pastor, 1997, pág. 16).

La Ley 4/2000, de 11 de enero –inicialmente consensuada por todos los partidos políticos–, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, regulaba el fenómeno migratorio mediante un tratamiento que podía entenderse bastante acorde con la Constitución y los tratados internacionales.

Esta Ley había sido objeto de todo tipo de elogios por parte de la doctrina, y se había señalado, entre otras virtudes, que había supuesto un avance decisivo en la posición jurídica del extranjero en España, y particularmente en la de los inmigrantes, pues el legislador había ampliado y mejorado el nivel de los derechos reconocidos a los inmigrantes. Aunque siguiese aceptando los principios tradicionales de nuestra legislación de extranjería (como, por ejemplo, entrada con visado como elemento de control, permanencia mediante autorización o trabajo subordinado al permiso), había tratado de facilitar la inmigración regularizada. Uno de los logros es que había moderado las exigencias y los requisitos para la obtención de visado, de la autorización de residencia y de permiso de trabajo.

Sin embargo, la Ley 4/2000 estuvo estigmatizada desde el primer momento, ya que, inmediatamente después de su promulgación, el Gobierno declaró, como prioridad de su política de extranjería y programa electoral, modificar la Ley 4/2000 recién aprobada, con un proceso de regularización en marcha que afectaba a más de doscientos mil extranjeros en situación irregular. El nuevo proyecto de Ley de reforma de la Ley presentado por el Gobierno quedó aprobado definitivamente el mes de diciembre del 2000 con los votos en contra de distintos grupos parlamentarios, y no fue, por lo tanto, consensuado. De esta manera, el 23 de enero del 2001 entró en vigor la nueva Ley de Extranjería, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

A la hora de proceder al análisis de la normativa sobre extranjería, es de vital importancia tener presente que el artículo 10 CE establece que "la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". El artículo 10 CE no distingue entre españoles y extranjeros en todo aquello que afecte a la dignidad de la persona, pues la propia Constitución no lleva a cabo distinción alguna. Esta premisa ha sido tenida en cuenta por el Tribunal Constitucional, que ha sentado las bases para un reconocimiento amplio de los extranjeros en España, al margen de su concreta situación administrativa, siguiendo un planteamiento expansivo que evitase interpretaciones reduccionistas.

Ésta es la opción por la que se decanta la STC 107/1984, según la cual determinados derechos pertenecen a los extranjeros, por ser garantía de la dignidad humana<sup>9</sup>, conforme al artículo 10.1 CE.

<sup>(9)</sup>En concreto, la sentencia enumera derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad y a la libertad ideológica, que deben ser atribuidos a los extranjeros en virtud del respeto a la dignidad humana. Así pues, la referencia a la dignidad opera en el reconocimiento de ciertos derechos sociales, como la protección de la familia, de la religión y cultura propias y la protección contra la discriminación, o en el ámbito de la salud.

Siguiendo esta tendencia inicial, el Tribunal Constitucional, en la STC 95/2000, de 10 de abril, señala que "los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resulten imprescindibles a la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE)". Sin embargo, al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional permite la existencia de un segundo bloque de derechos a los que no pueden acceder los extranjeros, cuando afirma que, por el contrario, "no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 CE y con la salvedad que contiene)", integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares los extranjeros "en la medida y condiciones en que se establezcan en los tratados y leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales".

De esta manera, el Tribunal Constitucional abre la vía para que sea el legislador el que realice la clasificación entre los distintos derechos, con el límite que supone el derecho a la dignidad de las personas (art. 10 CE) pero, a su vez, con toda la problemática de determinación que este concepto genérico lleva consigo. La dificultad estriba, pues, en llegar a una conclusión sobre cuáles son los derechos que afectan al núcleo duro de la dignidad de la persona.

Siguiendo la pauta abierta por el Tribunal Constitucional, el legislador, en la LO 8/2000, ha previsto dos grandes bloques de derechos en función de los siguientes criterios. En primer lugar, un bloque de derechos que se regulan en la Ley 8/2000, que se conceden al extranjero con independencia de que éste haya obtenido o no el permiso de residencia, derechos que quedarían amparados en el derecho a la dignidad, consagrado en el artículo 10 CE, y predicables, por consiguiente, de todos los extranjeros que se encuentren en España. En segundo lugar, un elenco de derechos condicionados a la situación de estancia o residencia legal.

1) El primer bloque de derechos se integra dentro de aquellos que vendrían amparados en el concepto de dignidad del artículo 10 CE, y son predicables, por lo tanto, a todos los extranjeros. Dentro de este bloque, pueden considerarse incluidos los siguientes:

a) El principio de igualdad y no discriminación que se reconoce en el artículo 23 de la LO 8/2000<sup>10</sup>.

<sup>(10)</sup>La ley ha optado por un redactado genérico, según el cual representa discriminación cualquier acto que directa o indirectamente suponga una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basándose en la raza, el color, la ascendencia o el origen racial o étnico. De esta manera, la ley incorpora tanto el concepto de discriminación directa como indirecta. En el aspecto más concreto de la discriminación en el trabajo, la LO 8/2000 ha incorporado un apartado (e) al artículo 23, que no distingue entre trabajadores con permiso de residencia o sin el mismo, por lo que debe considerarse aplicable a todos ellos. Es el relativo al concepto de discriminación indirecta, que se califica como "todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad".



**b) Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 20 LO 8/2000).<sup>11</sup>**

<sup>(11)</sup> Hay que entenderlo extendido a todos los extranjeros, en función del redactado del apartado 1 del artículo 20 –"los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva". Sin embargo, la Ley 8/2000 pone en tela de juicio este derecho en otros preceptos de la norma, y contraviene de esta manera, claramente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce ampliamente el derecho a la tutela judicial efectiva "sin atención a la nacionalidad".

**c) Derecho a la asistencia sanitaria urgente.<sup>12</sup>**

<sup>(12)</sup>

Según el artículo 12.2 de la LO 8/2000, "los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica". Así pues, únicamente se concede el derecho a la asistencia sanitaria en los casos de urgencia, sin que ésta sea extensible al resto de las situaciones, ya que el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles se sujeta al requisito de que los extranjeros se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente (art. 12.1 LO 8/2000).

2) Un segundo bloque de derechos está sujeto a la acreditación de la residencia legal en España. Entre éstos, y también por sus implicaciones en el ámbito laboral, pueden destacarse los siguientes:

**a) Derecho de reunión y manifestación.<sup>13</sup>**

<sup>(13)</sup> Es un derecho que ha empeorado sustancialmente tras la redacción dada por la Ley 8/2000, según la cual los extranjeros únicamente podrán disfrutar del derecho de reunión "cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España" (artículo 7.1 LO 8/2000), a pesar de la conveniencia de reconocer los derechos colectivos de estos trabajadores, puesto que la necesidad se incrementa en el caso de los inmigrantes no legalizados, cuya situación irregular los hace especialmente débiles e indefensos. De esta manera, la Ley 8/2000 se ha apartado ostensiblemente de la doctrina del Tribunal Constitucional. Es significativa la STC 115/1987, de 7 de julio, que reconocía el derecho de reunión y manifestación a todos los extranjeros –fuesen o no residentes–, puesto que, con respecto al derecho de reunión y manifestación, el artículo 21.1 CE afirma genéricamente que "se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas", sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho. En cuanto al derecho de asociación, según esta misma sentencia, el artículo 22 CE, en contraste con otras constituciones comparadas, reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación.

**b) Derecho de sindicación y huelga.<sup>14</sup>**

<sup>(14)</sup>

El artículo 11 también ha sufrido una regulación por parte de la LO 8/2000, mucho más restrictiva que la originaria, al sujetar (de igual modo que sucede con los derechos de reunión y manifestación) estos derechos a la "autorización de estancia o residencia en España". Estas exigencias son contrarias a los tratados y convenios internacionales ratificados por España, al menoscabar las garantías de las que han de disfrutar todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa en España.

Entre las normas internacionales que pueden entenderse vulneradas, podrían destacarse, en primer lugar, el artículo 23.4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según el cual "cualquier persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses" y, en segundo lugar, el Convenio número 87 de la OIT, sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación, que reconoce el derecho de los trabajadores a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a las mismas "sin ninguna distinción", de la misma manera que lo hace también el Convenio número 98 de la OIT, sobre Aplicación de los Principios de Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva. La norma española también contraviene el artículo 11.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas del Consejo de Europa de 1950.

### c) Derecho al trabajo y a la Seguridad Social.<sup>15</sup>

(15)

Otro de los derechos que queda supeditado a los requisitos previstos en la LO 8/2000 es el derecho al trabajo y a la Seguridad Social. De la redacción originaria de la Ley 4/2000 (que establecía un ámbito subjetivo genérico para "los extranjeros") se ha pasado a una nueva redacción del artículo 10 llevada a cabo por la LO 8/2000, según la cual quienes podrán tener derecho a una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, serán "los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica". Por otra parte, la LO 8/2000 ha determinado de manera expresa la necesidad, además del permiso de residencia o autorización de estancia, del permiso de trabajo (artículo 36.1 en su redacción dada por la LO 8/2000). Esto estaba ya implícito en la Ley 4/2000, pero ahora "se clarifica la diferencia entre dicho permiso y la mera situación de residencia legal" (Exposición de Motivos de la Ley 8/2000).

Así pues, la filosofía de la Ley 8/2000 es muy diferente a la que inspiró la Ley 4/2000, ya que la Ley 8/2000 está destinada a restringir notablemente los derechos y libertades de los extranjeros no comunitarios. Las novedades introducidas por la LO 8/2000 implican un enfoque bastante distinto al originario de la LO 4/2000. Ahora enfatiza más el control de los flujos migratorios que las garantías de los derechos, la represión de las situaciones irregulares que su regularización, y se adopta una mayor firmeza frente a los extranjeros en situación irregular, en vez de intentar su integración.

Otra de las reformas llevadas a cabo en la Ley 4/2000 vino dada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Puede apreciarse cómo la preocupación del legislador va intensificándose hacia el control de los flujos migratorios, y así se expresa en la exposición de motivos de la norma cuando señala que "junto al considerable incremento producido del número de residentes extranjeros en España en los últimos años, también se ha constatado un cambio en las formas en las que se produce el hecho inmigratorio del que nuestro país es receptor, lo que ha generado un mayor conocimiento de este fenómeno a fin de incorporar instrumentos normativos que posibiliten una mejor y más sencilla ordenación de los flujos migratorios, facilitando los medios a través de los que ha de desarrollarse la inmigración respetuosa con los cauces legales, y reforzando los mecanismos para incidir en la lucha contra la inmigración ilegal, cada vez más organizada y con mayores recursos para la consecución de sus objetivos".

Esta preocupación hacia la manera de controlar mediante la legislación la entrada en el país se traduce en la intensificación de las medidas de control de la entrada en España, en la línea de un nuevo recorte de derechos, según lo iniciado por la Ley 8/2000. Algunos ejemplos serían los siguientes:

#### a) El visado para búsqueda de empleo.<sup>16</sup>

<sup>(16)</sup>La Ley 13/2004 da una nueva redacción al artículo 39 de la Ley 4/2000, e introduce este nuevo tipo de visado que autorizará a desplazarse al territorio español con la finalidad de buscar trabajo durante el periodo de estancia de tres meses, en los que el extranjero podrá inscribirse en los servicios públicos de empleo correspondientes.

Si transcurrido dicho plazo no hubiera obtenido un empleo, el extranjero quedará obligado a salir del territorio español, incurriendo en caso contrario en la infracción contem-

plada en el artículo 53a) de la Ley, sin que pueda obtener una nueva autorización para trabajar en el plazo de dos años.

**b) Limitación del derecho de reagrupación familiar.<sup>17</sup>**

<sup>(17)</sup>Las restricciones impuestas por la Ley 14/2003 se justifican en la propia exposición de motivos de la norma, para evitar fraudes en las denominadas *reagrupaciones en cadena*. Para lograr este objetivo, se ha incorporado a la Ley 4/2000, como presupuesto para el ejercicio de dicho derecho por parte de un residente que lo fuese en virtud de una previa reagrupación, la obligación de que éste sea titular de una autorización de residencia independiente, así como determinados requisitos concretos para el ejercicio de la reagrupación familiar en el caso de ascendientes previamente reagrupados. De esta manera, se modifica el artículo 17.2 de la norma, que señala que "los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en esta Ley Orgánica", y se añade un apartado 3 según el cual "cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes permanentes y acreditado solvencia económica. Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo".

**c) Transmisión de datos entre administraciones públicas.<sup>18</sup>**

<sup>(18)</sup>La ampliación de la posibilidad de transmitir datos se realiza por varias vías. En primer lugar, se introduce una nueva disposición adicional quinta, según la cual "en el cumplimiento de los fines que tienen encomendadas, y con pleno respeto a la legalidad vigente, las administraciones públicas, dentro de su ámbito competencial, colaborarán en la cesión de datos relativos a las personas que sean consideradas interesados en los procedimientos regulados en esta Ley Orgánica y sus normas de desarrollo".

Por otra parte, para la exclusiva finalidad de cumplimentar las actuaciones que los órganos de la Administración general del Estado competentes en los procedimientos regulados en esta Ley Orgánica y sus normas de desarrollo tienen encomendadas, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística –este último en lo que respecta al padrón municipal de habitantes– facilitarán a aquéllos el acceso directo a los ficheros en los que obren datos que hayan de constar en dichos expedientes, y sin que sea preciso el consentimiento de los interesados, de acuerdo con la legislación sobre protección de datos.

Asimismo, se modifica la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, y se permite el acceso a los datos contenidos en el padrón municipal –que hasta entonces eran de carácter confidencial– e incluso se autoriza que se cedan a otras administraciones públicas que lo soliciten, sin consentimiento previo al afectado, sólo cuando les sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes. También pueden servir para elaborar estadísticas oficiales sometidas al secreto estadístico, en los términos previstos en la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública y en las leyes de estadística de las comunidades autónomas con competencia en la materia.

Es de destacar que se introduce una disposición adicional séptima en la que figura una habilitación genérica de acceso al padrón municipal a favor de la Dirección General de la Policía. Esta habilitación se prevé con el objeto de incrementar el ejercicio de las competencias legalmente establecidas sobre el control y permanencia de los extranjeros en España. Además, se formula en términos de reciprocidad con el Instituto Nacional de Estadística al establecer la obligación de la Dirección General de la Policía de comunicar al Instituto Nacional de Estadística, con el objetivo de mantener actualizado el contenido del Padrón, los datos de los extranjeros que tenga constancia que pudieran haber sufrido variación en relación con los consignados en aquél. Para asegurar el estricto cumplimiento de la legislación de protección de datos de carácter personal, los accesos se realizarán con las máximas medidas de seguridad. A estos efectos, quedará constancia en la Dirección General de la Policía de cada acceso, la identificación de usuario, fecha y hora en el que se realizó, así como de los datos consultados.

**d) Obligaciones impuestas a los transportistas.<sup>19</sup>**

(19)

El artículo 66 queda reformulado de manera que se atribuyen obligaciones de control a las empresas de transporte. Cuando así lo determinen las autoridades españolas, toda compañía, empresa de transporte o transportista estará obligada, en el momento de finalización del embarque y antes de la salida del medio de transporte, a remitir a las autoridades españolas encargadas del control de entrada la información relativa a los pasajeros que vayan a ser trasladados, ya sea por vía aérea, marítima o terrestre, y con independencia de que el transporte sea en tránsito o como destino final al territorio español.

Esta obligación se impone respecto de las rutas procedentes de fuera del espacio Schengen, y se justifica en que la intensidad de los flujos migratorios lo haga necesario, a efectos de combatir la inmigración ilegal y garantizar la seguridad pública. La información comprenderá el nombre y apellidos de cada pasajero, su fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte o el documento de viaje que acredite su identidad.

Toda compañía, empresa de transporte o transportista estará obligada a enviar a las autoridades españolas encargadas del control de entrada la información comprensiva del número de billetes de vuelta no utilizados por los pasajeros que previamente hubiesen transportado a España, ya sea por vía aérea, marítima o terrestre, y con independencia de que el transporte sea en tránsito o como destino final de rutas procedentes de fuera del espacio Schengen.

Además, toda compañía, empresa de transporte o transportista estará obligada a:

- Realizar la debida comprobación de la validez y vigencia tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los extranjeros.
- Hacerse cargo inmediatamente del extranjero que hubiese trasladado hasta la frontera aérea, marítima o terrestre correspondiente del territorio español, si a éste se le hubiera denegado la entrada por deficiencias en la documentación necesaria para el cruce de fronteras.
- Tener a su cargo al extranjero que haya sido trasladado en tránsito hasta una frontera aérea, marítima o terrestre del territorio español si el transportista que deba llevarlo a su país de destino se negara a embarcarlo, o si las autoridades de este último país le hubieran denegado la entrada y lo hubieran devuelto a la frontera española por la que ha transitado.
- Transportar a los extranjeros hasta el Estado a partir del cual le haya transportado, bien hasta el Estado que haya expedido el documento de viaje con el que ha viajado, o bien a cualquier otro Estado que garantice su admisión y un trato compatible con los derechos humanos.

La compañía, empresa de transportes o transportista que tenga a su cargo un extranjero en virtud de alguno de los supuestos previstos en este apartado deberá garantizar al mismo unas condiciones de vida adecuadas mientras permanezca a su cargo.

e) Obligación del extranjero de estar en posesión de la documentación que acredite su identidad.<sup>20</sup>

(20)

En este sentido, se reformula el artículo 4 y se establece que "todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente".

A esto hay que añadir que las modificaciones legales, así como las previstas en el reglamento de desarrollo (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre), han ido incrementando la discrecionalidad administrativa a la hora de proceder a la concesión de visados.

### **Ejemplo**

Un ejemplo de esta indeterminación normativa lo tenemos en el artículo 83.1 del RD 2393/2004, que señala que el contingente podrá aprobar un número de visados de búsqueda de empleo limitados a un ámbito territorial y de sector de actividad específico "donde existan puestos de trabajo de difícil cobertura y las circunstancias específicas del mercado laboral concernido determinen que los puestos puedan cubrirse de manera más adecuada a través de este sistema". También a la hora de valorar de la documentación

requerida para obtener los visados de estancia (art. 28 del RD 2394/2004), en la que faltan criterios objetivos en puntos tan importantes como "la disposición de medios de subsistencia suficientes para el periodo que se solicita".

Todas estas medidas constituyen algunos ejemplos de la tendencia restrictiva y de control que paulatinamente ha ido calando en la normativa relativa a los derechos y deberes de los extranjeros en España.

### 3. Políticas sociolaborales y evolución del concepto de trabajador

Como ya ha quedado de manifiesto en el punto relativo a la evolución histórica del Derecho del Trabajo, en el momento del surgimiento de éste las leyes laborales iban destinadas a un tipo de relaciones sociales notablemente uniformadas. Se trataba de actuaciones normativas dirigidas a una realidad bien determinada socialmente: el trabajo por cuenta ajena y subordinado efectuado por trabajadores manuales en actividades industriales, a tiempo completo y con contrato indefinido, correspondientes, por regla general, a empresas con cierto número de trabajadores e insertas en el medio urbano.

Señala Supiot que el Derecho del Trabajo se basa en una concepción a la vez jerárquica y colectiva de las relaciones de trabajo. En el mismo se define principalmente el contrato de trabajo por el vínculo de subordinación que se da entre el trabajador y el empresario para el cual presta sus servicios. Se concibe la empresa como una colectividad que reúne en una misma actividad económica, y bajo la dirección de un mismo empleador, a trabajadores de diferentes oficios o profesiones. Esa concepción, en la terminología de las relaciones de trabajo, corresponde al nombre de *modelo fordista*, es decir, el de la gran empresa industrial que lleva a cabo la producción en masa, basada en una calificación rigurosa de las tareas y las calificaciones y en una organización piramidal del trabajo, mediante la supervisión jerárquica del personal.

Como ya hemos destacado, la piedra angular de este modelo era el "empleo típico" de duración indefinida, pero es obvio que está perdiendo terreno rápidamente (Supiot, 1999, pág. 37 y 38). Esta evolución repercute en la protección que ofrece el Derecho del Trabajo, cuestión de la que nos vamos a ocupar en los siguientes apartados.

#### 3.1. Tendencia expansiva y protección de la normativa laboral

En una primera etapa, la tendencia general del Derecho del Trabajo había sido su fuerza expansiva, pues éste ha venido ejerciendo una *vis attractiva* (fuerza de atracción) o tendencia expansiva, que había incorporado al ámbito de su tutela situaciones que anteriormente resultaban dudosas, y que ha ido permitiendo la inclusión progresiva dentro del ámbito laboral a distintos colectivos de trabajadores.

En la práctica, nos encontramos con gran variedad de prestaciones de servicios remunerados sobre las que, debido a la dificultad para determinar si concurren los presupuestos sustantivos del artículo 1.1 ET, se duda si estamos ante una relación laboral o bien ante una relación excluida del ordenamiento laboral (y que tenga otra condición jurídica, ya sea civil o mercantil): son las deno-

minadas *zonas grises*. La jurisprudencia ha desempeñado un importante papel en este campo, a la hora de ampliar las fronteras del ordenamiento laboral a estos sujetos.

La tendencia expansiva que ha venido caracterizando al Derecho del Trabajo tiene uno de sus puntos álgidos en las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1986 y de 26 de junio de 1986, que señalan que –tratándose de dos supuestos de mensajeros– el hecho de que el trabajador sea el propietario del vehículo no es suficiente para excluirlo del ordenamiento laboral. Estas sentencias valoran de manera ponderada la importancia del vehículo como medio de trabajo, y no es un elemento esencial para excluir la laboralidad el hecho de que sea propiedad del mensajero. La tendencia se va manteniendo posteriormente, pues la jurisprudencia continúa atrayendo al campo de aplicación del ordenamiento laboral relaciones que, hasta este momento, se habían excluido del mismo y se incluían en el campo civil o mercantil.

Esta tendencia expansiva de inclusión dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.1. ET se pone de manifiesto al analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo con relación a los siguientes colectivos: el personal de registros; los empleados de notarías; los empleados de las cámaras de la propiedad urbana; los corresponsales no banqueros; los encuestadores (en especial, tras la aparición de su primer convenio colectivo); los becarios (aquellos que prestan sus servicios para empresas privadas); los subagentes de seguros; los guías turísticos; los modelos; el personal de limpieza; los reporteros gráficos y redactores de prensa; los abogados en determinados supuestos; los profesores que imparten clases en centros privados; los médicos, enfermeros y ATS; y los pintores, albañiles y soldadores, entre otros muchos (López Gandía, 1999).

### **Ejemplo**

Por ejemplo, en lo que respecta a los guías turísticos, la STS de 10-5-1995 (Ar. 3040) declara que se dan los presupuestos sustantivos del contrato de trabajo, y que es intrascendente la circunstancia de que algunos días del año pudieran ser sustituidos por otros de la misma empresa; también respecto al personal de limpieza, como es el caso de la STS 22-4-1997 (Ar. 3184), aunque el limpiador o limpiadora tenga libertad de horario, pueda ser sustituido por un familiar y no reciba instrucciones concretas. Para los reporteros gráficos y redactores de prensa, según la STS 31-5-1991 (Ar. 3931), se da una colaboración continuada y diaria, con horario fijo y sujeción al poder organizativo. Y para los abogados, en algunos supuestos, como la STS 2-12-1986 (Ar. 7253), establece que el asesoramiento jurídico puede ser objeto del contrato de trabajo, por darse la nota de dependencia.

En la actualidad, y a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha realizado una labor de inclusión en el ordenamiento laboral de sujetos que anteriormente se encontraban fuera de la cobertura del Derecho del Trabajo, siguen existiendo amplios sectores de la realidad social que reclaman el sometimiento pleno al ordenamiento laboral y su tutela.

### 3.2. Los fenómenos de huida del Derecho del Trabajo

Algunos autores han empleado la expresión "huida del Derecho del Trabajo" para definir aquel fenómeno de expulsión de determinadas formas de prestación de servicios fuera del ámbito de protección del Derecho del Trabajo; es decir, fuera de la tutela que el ordenamiento laboral otorga a los trabajadores por cuenta ajena (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 1996).

Para Baylos Grau, el fenómeno de "huida del Derecho del Trabajo" significa:

"La utilización preferente de figuras contractuales no laborales para definir determinadas prestaciones de servicio, y correlativamente el éxodo hacia formas jurídicas típicamente civiles o mercantiles, en supuestos de descentralización productiva y contratación externa de servicios profesionales, que se amplía también a la prestación de determinados trabajos atípicos."

Continúa el autor señalando lo siguiente:

"Además, esta evasión se representa como un acto voluntario, tanto en el sentido de la existencia de una voluntad consciente de evitar la aplicación del Derecho del Trabajo como en la forma en que se realiza esta exclusión normativa, principalmente a través del libre acuerdo de voluntades, pues es la autonomía de las partes la que fija el tipo de relación no laboral, y son la intención y la voluntad de los contratantes las que regulan directamente el contenido del servicio prestado y las condiciones de todo tipo que lo rigen" (Baylos Grau, 2000a, pág. 35 y 36).

Los fenómenos de huida del Derecho del Trabajo pueden detectarse incluso mediante la normativa legal, lo cual agrava notablemente la situación del trabajador despojado de la protección laboral, ya que es el propio legislador el que expulsa de la legislación laboral, y por lo tanto de su tutela, determinadas prestaciones de servicios. Por este motivo, es importante tener presente que el Derecho del Trabajo no puede continuar concibiéndose como un medio para luchar contra las disfuncionalidades derivadas del funcionamiento del mercado. La recuperación de la mejor tradición del Derecho del Trabajo en su función de protección del débil se fundamenta no sólo en razones de tipo histórico, sino también por el mismo juego de los valores constitucionales que nuestro ordenamiento constitucional proclama, entre otros, el artículo 9.2 CE.

Uno de los casos más notorios de los fenómenos de huida del Derecho del Trabajo es el de la parasubordinación (*parasubordinazione*) italiana. Figuras tales como la parasubordinación en el ordenamiento laboral italiano suponen que no se dispensa la totalidad de la tutela que el ordenamiento laboral otorgaría, sino tan sólo parte de la misma. De este modo, el legislador introduce criterios para determinar cuál es exactamente la protección aplicable. En este contexto, la doctrina italiana ha señalado que la única conclusión que puede extraerse de esta actitud confusa es que, mediante estas figuras, el legislador desconoce y viola cada vez más la regla de oro, históricamente heredada, por la cual si se cualifica el trabajo subordinado de una relación, deben imputarse a la misma esencialmente todas las disciplinas protectoras.



### Contratos de formación y trabajo

Éste es el caso de los denominados *contratti di formazione e lavoro* ('contratos de formación y trabajo'), regulados por las leyes 79/1983 y 863/1994. Estos contratos, de duración determinada, se utilizan con jóvenes menores de 32 años y ofrecen al empresario la posibilidad de pactar salarios y condiciones laborales inferiores a los de los contratos de los demás trabajadores, incluso dentro de una misma empresa o fábrica. También podemos hablar del caso más reciente del *rapporto di subordinazione coordinata e continuativa* (409.3, *Codice di Procedura Civile*), donde sólo se extiende la tutela de algunas instituciones laborales y algunas prestaciones de Seguridad Social.

La figura del trabajador parasubordinado, tal y como se configura en el ordenamiento italiano, se identifica con tres elementos: coordinación, continuidad y carácter prevalentemente personal de la relación, con independencia del vínculo obligatorio que dé origen a una relación de estas características, ya sea un contrato de ejecución de obra, un arrendamiento de servicios, un contrato de transporte, etc.

Una vez cumplidos los caracteres enunciados, la prestación de servicios pasa a ser parasubordinada. Sin embargo, la noción de coordinación resulta ciertamente ambigua, propiciada, en buena parte, por la terminología utilizada por el ordenamiento italiano a la hora de definir este tipo de prestaciones. La conclusión que puede extraerse de todo este proceso es que, con la parasubordinación, la ley interviene individualizando una serie de relaciones a las que se denomina *parasubordinadas*, y atribuyendo la tutela con relación únicamente a algunas y determinadas disposiciones laborales y de Seguridad Social.

En España también se han venido utilizando los cauces legales para expulsar a algunos colectivos del ordenamiento jurídico laboral; y en algunos supuestos, incluso, se han rebatido algunas inclusiones realizadas por la jurisprudencia. En los últimos tiempos, se ha producido la deslaboralización a través de la normativa mediante varias normas, como lo demuestran los supuestos siguientes:

- 1) La Ley 9/1992, de 30 de abril, de los Agentes de Seguros.
- 2) En relación con los agentes comerciales, la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia Mercantil, incluso cuando el agente no corra con el riesgo y ventura de la operación.

Se ha señalado por la doctrina que "existe un claro solapamiento entre la norma laboral y la mercantil, que priva de relevancia a la noción de riesgo y ventura que tanto juego dio bajo la vigencia ET" (Fernández López, 1999).

- 3) Respecto a los transportistas con vehículo propio, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, de Reforma del Mercado de Trabajo introdujo un nuevo apartado (g) al artículo 1.3 ET, excluyendo del ámbito laboral "la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma

continuada para un mismo cargador o comercializador". El citado precepto debe integrarse con los artículos 62, 63.1 y 90 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre.

La reforma introducida por la Ley 11/1994 pretendió también en este punto frenar la tendencia expansiva del ordenamiento laboral. La introducción del párrafo 2.º del art. 1.3.g) ET tuvo, por lo tanto, su justificación en un deseo del legislador de romper la tendencia jurisprudencial, y así excluir del ámbito del contrato de trabajo prestaciones de servicios que habían sido incluidas vía judicial, principalmente por razones de política económica basadas en la difícil situación en la que se encontraban algunas empresas de distribución.

Los requisitos que determinan la exclusión son tres, y deben operar con carácter acumulativo (es decir, los tres simultáneamente):

a) Ser titular de una autorización administrativa o tarjeta de transporte. Según los artículos 63.1 y 90.1 de la Ley 16/1987, la autorización administrativa es la tarjeta de transporte, que puede ser de carácter general o específico, de carácter nacional o de ámbito geográfico inferior. La tarjeta debe figurar a nombre del transportista. Cada comunidad autónoma es la encargada de determinar a partir de qué mínimo de tonelaje se expide esta tarjeta, y la Ley 16/1987 es de aplicación supletoria (art. 2). Según el reglamento de desarrollo de dicha ley, la autorización administrativa se exige a partir de dos toneladas de peso máximo autorizado.

b) Ser el titular de un vehículo propio, con la importante matización de que, *sensu contrario*, la exclusión no se aplicará a aquellos trabajadores que presten sus servicios con vehículos propiedad de la empresa, es decir, cuando ésta posea su propia "flota de reparto". La denominación de *flota de reparto* es comúnmente utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (a modo de ejemplo, STS 7-6-1995, Ar. 4644).

c) El carácter de servicio público del vehículo, por lo que la exclusión no debería aplicarse al transporte privado complementario, aunque en algunas ocasiones la jurisprudencia también haya extendido dicha exclusión al ámbito del transporte complementario, a pesar de que el artículo 102.3.c del RD 16/1987 señala que los vehículos de transporte complementario deben ser conducidos por personal propio de la empresa con contrato laboral.

La Ley 16/1987 establece tres tipos de transporte: a) transporte privado, que es el utilizado por los particulares, y que no exige autorización administrativa; b) transporte privado complementario, que se realiza en una empresa cuya actividad principal no es el transporte, pero que necesita del mismo para desarrollar su actividad; c) transporte público, que se desarrolla mediante la propia actividad empresarial y que constituye su objeto principal. Por consiguiente, no estamos ante una actividad complementaria, sino ante una auténtica actividad principal de la empresa. Para este último supuesto, se exige autorización administrativa (art. 54 Ley 16/1987).

4) Asimismo, se producen tendencias de fuga sobre la base de formas de trabajo no asalariadas o altruistas, que además han recibido una valoración cultural positiva por constituir servicios de interés social, como es el caso de las actividades de voluntariado, reguladas por la Ley 6/1996, de 15 de enero.

5) Por otra parte, también se produce una huida hacia el derecho administrativo. Es el caso de los profesores de religión en centros de enseñanza pública o del personal de las cámaras de comercio, o de los contratos administrativos para la realización de trabajos específicos, concretos y de carácter extraordinario o de urgencia.

La STC 227/1998, de 26 de noviembre, consideró el párrafo 2.º del artículo 1.3.g) acorde con el texto constitucional, y alegó que "desde la perspectiva constitucional puede, por tanto, afirmarse que la delimitación negativa efectuada por el legislador responde a un criterio objetivo, como es el de la consideración como empresario autónomo del transporte de quien presta el servicio con la habilitación requerida por las normas administrativas" (fundamento jurídico 7.º).

Sin embargo, es importante señalar que el Tribunal Constitucional, en esta misma sentencia, también ha sido crítico con los fenómenos de desregularización o huida del Derecho del Trabajo, y ha advertido que el legislador no puede decidir si cierta figura entra o no en el ámbito de garantías del ordenamiento laboral y, una vez que ha decidido que entra, aplicarle tan sólo ciertas garantías. Según la sentencia citada, "el ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto de los trabajadores, en cuanto sede natural de la definición de la categoría de trabajador, no se encomienda al legislador en términos de una absoluta libertad de configuración. Por el contrario, las normas que en particular delimitan dicho ámbito subjetivo, en forma de exclusión o delimitación negativa de determinadas personas, en razón de su actividad profesional o laboral, dada la relevancia constitucional que dicha exclusión adquiere, habrán de evitar que, por medio de las mismas, no se lleve a cabo una restricción constitucionalmente ilegítima de los trabajadores como sector social". Así pues, el conjunto de los derechos laborales (sobre los que se traducen las garantías constitucionales del trabajo por cuenta ajena) debe encontrar su aplicación, puesto que nos encontramos ante la relación socioeconómica a la cual la Constitución atribuye dichas garantías.

### **3.3. Nuevas tecnologías y teletrabajo**

Las nuevas tecnologías permiten una organización del trabajo hasta hace no demasiado tiempo desconocida, en la que cobran un protagonismo relevante aquellas actividades profesionales cuyo contenido consiste en la manipulación y transmisión de datos informáticos. Ya no es necesaria la presencia física de un número determinado de trabajadores en el lugar donde se encuentre ubicada la empresa, ya que el trabajador –al estar conectado mediante los nuevos instrumentos informáticos de trabajo– puede desarrollar parte de su prestación de servicios o la totalidad de la misma desde lugares distintos a la propia sede de la empresa. Según lo expuesto, el teletrabajo se ejecuta mediante un sistema o medio informático o de telecomunicación, independientemente del lugar físico en el que el trabajador lleva a cabo la prestación de servicios (v. Gallardo Moya, 1998).

En este marco se encuadra el **teletrabajo**, término que aparece en Estados Unidos en los años setenta para referirse a la posibilidad de reducir los desplazamientos de las personas hasta el centro de trabajo y realizar la prestación de servicios en el propio domicilio del trabajador, gracias a las telecomunicaciones.

Concretamente, en el año 1973 Jack Nilles lo bautiza con el término *telecommuting*, mientras que el término *telework* es posterior (Nilles, 1998). El teletrabajo es un modo de organizar el trabajo con ayuda de las nuevas tecnologías de la información, de tal manera que se realiza en un lugar diferente de las oficinas o instalaciones de la empresa. Esta nueva manera de trabajar encaja perfectamente en la tendencia actual hacia la descentralización de las estructuras empresariales y supone, además, una ruptura con el concepto tradicional en el que el trabajo estaba vinculado a un lugar y a un horario concreto.

Así pues, el teletrabajo es una forma flexible de organización consistente en el desarrollo de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador en la empresa, durante una parte importante o durante toda la jornada laboral, por tiempo indefinido o con contrato de duración determinada, que puede realizarse a tiempo completo o parcial y que abarca cualquier tipo de actividad que suponga la utilización de un medio de telecomunicación para la puesta en contacto entre trabajador y empresario o para la transmisión del trabajo llevado a cabo por el trabajador.

Una de las características que diferencian el teletrabajo de la manera tradicional de desarrollar la prestación de servicios es precisamente la flexibilidad temporal que comporta. El teletrabajo puede suponer un ahorro de tiempo –en especial el que comporta el desplazamiento al centro de trabajo–, así como de los costes que los desplazamientos suponen, y también puede abrir las posibilidades que tiene el trabajador a la hora de administrar su tiempo de trabajo y tiempo personal de la manera que entienda que resulta más adecuada para la ejecución de la prestación y para satisfacción de sus necesidades personales y/o familiares (Thibault, 2000). Por este motivo, algunos autores se han decantado por el teletrabajo como un modo de desarrollar la prestación laboral que ayuda a conciliar la vida laboral y familiar.

Sin embargo, cada vez son más abundantes las voces críticas que consideran que el teletrabajo no posee unos efectos tan beneficiosos para las mujeres, porque consideran que contribuye a reforzar su rol doméstico en el hogar. Además, existen estudios centrados en el efecto del teletrabajo en el cálculo y uso del tiempo de los teletrabajadores. Los resultados indican que los teletrabajadores raramente trabajan de manera flexible durante las horas normales de trabajo, y que el trabajo aumenta por las tardes y en los fines de semana (Steward, 2000).

Por este motivo, la OIT, en su informe "Trabajo decente para las mujeres" (2000), da la voz de alerta en relación con las nuevas formas de organización del tiempo de trabajo y señala que, a pesar de que pueden promover el empleo

o elevar su calidad, esto no siempre es así y en muchos casos han aumentado las horas de trabajo. La OIT ya señalaba, en el año 1990, el siguiente concepto de teletrabajo:

"El trabajo efectuado en un lugar separado de la oficina central o centro de producción que implica una nueva tecnología permite la separación y facilita la comunicación."

Posteriormente, el informe "Trabajo decente" de la OIT, elaborado en la 87.<sup>a</sup> reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 1999, destaca el surgimiento de nuevos horarios de trabajo al compás de la evolución de la economía y la sociedad, y pone el acento en el auge de nuevas relaciones de empleo derivadas de la tecnología de la información y de la comunicación, así como de las nuevas necesidades de formación permanente.

Más recientemente, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito el 16 de julio del 2002, se comenzó a negociar en octubre del 2001 y ha sido el primero en reconocer la obligatoriedad de su cumplimiento en todos los países de la Unión Europea, a los que hay que agregar Noruega e Islandia, y se invitaba a su ratificación a los países candidatos. Las partes firmantes (CES, UNICE/UEAPME y CEEP) se comprometieron a su aplicación.

El Acuerdo lo define como "una forma de organización y/o de realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la que un trabajo, que hubiera podido ser realizado igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de estos locales de manera regular". Los interlocutores sociales consideran el teletrabajo a la vez como un medio de modernizar la organización del trabajo para las empresas y organizaciones de servicios públicos, y para los trabajadores, una manera de conciliar vida profesional y vida personal y darles una mayor autonomía en la realización de sus tareas. Según el Acuerdo, si Europa desea extraer la mejor parte de la sociedad de la información, debe afrontar esta nueva forma de organización del trabajo, de tal manera que la flexibilidad y la seguridad vayan a la par, que sea mejorada la calidad del empleo y que las personas con discapacidades tengan un mejor acceso al mercado de trabajo.

El punto 3 del Acuerdo Europeo sobre Teletrabajo señala, asimismo, el carácter voluntario del mismo, que puede ser de adscripción inicial o ser acordado de manera voluntaria posteriormente. En los dos casos, el empresario debe proporcionar al teletrabajador las informaciones sobre los elementos esenciales del contrato (según lo previsto en la Directiva 91/533/CEE), así como otras informaciones complementarias, como el departamento de la empresa al que el trabajador estará adscrito, su inmediato superior o las modalidades de entrega de informes.

Para el Tribunal Supremo, constituye una relación laboral el caso de un trabajador que realizaba un trabajo informático con medios y organización propios, en su domicilio, sin sometimiento a horario pero sí realizando su trabajo

mediante un programa informático confeccionado por la propia empresa (STS 22-4-1996, Ar. 3334). Sin embargo, la singularidad de la prestación de servicios de estos nuevos trabajadores reclama una atención particularizada, un estatuto específico a partir del cual poder afrontar los problemas que se suscitan de esta nueva realidad laboral. Por este motivo, la inclusión dentro del artículo 13 ET (trabajo a domicilio), pensado para fórmulas de producción concretas y, en especial, para el empleado de fábrica, no responde a los problemas que se suscitan en el seno del teletrabajo a domicilio. El artículo 13 ET se ha quedado, pues, obsoleto ante una nueva realidad que reclama una nueva ordenación normativa.

Los problemas que plantea el teletrabajo pueden resumirse en los siguientes:

**a) El teletrabajo aumenta la precariedad en el empleo.<sup>21</sup>**

(21)

El teletrabajo aumenta la precariedad en el empleo, ya que muchas veces va asociado a la contratación a tiempo parcial que con bastante frecuencia se realiza con este tipo de trabajadores. Tampoco favorece su estabilidad la remuneración a rendimiento, que no siempre respeta los mínimos exigibles y provoca, en numerosas ocasiones, situaciones de explotación de mujeres, niños, discapacitados o miembros de etnias minoritarias, mediante la realización de trabajos con escasa cualificación. De esta manera, es frecuente que la actividad de teletrabajo se retribuya por unidad de obra (a destajo), pero esto ha sido criticado porque algunos autores entienden que este sistema de remuneración no es compatible con el moderno trabajo a distancia. Así, señala Caruso que la revolución telemática quedaría en una nimiedad si se aplicasen viejos sistemas retributivos como el señalado, en el que el empresario reduciría la prestación de teletrabajo a un número de pulsaciones en la máquina, olvidando que el teletrabajo no puede medirse cuantitativamente con el parámetro del número de informaciones transmitidas (Caruso, 1995).

Sobre este aspecto, es fundamental tener presente que el punto 4 del Acuerdo Europeo sobre Teletrabajo del 2002 se establece que "en lo que afecta a las condiciones de empleo, los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa. No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades del teletrabajo, pueden ser necesarios acuerdos específicos complementarios individuales o colectivos".

**b) El teletrabajo constituye un modo de trabajo que facilita el incumplimiento de la normativa laboral por parte de las empresas.<sup>22</sup>**

(22) El teletrabajo constituye un modo de trabajo que facilita el incumplimiento de la normativa laboral por parte de las empresas, como puede apreciarse mediante las abundantes prácticas que desconocen abiertamente los derechos individuales. Una de las consecuencias más graves es que el teletrabajo ignora frecuentemente las medidas de prevención de riesgos laborales y de seguridad y salud, y sirve a menudo como instrumento para el incumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social o vacaciones, por citar algunos ejemplos.

El punto 8 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo del 2002 señala que el empresario es el responsable de la protección de la salud y la seguridad del teletrabajador, conforme a la Directiva 89/391 y a otras directivas específicas, la legislación nacional y los convenios colectivos pertinentes (se pone el acento sobre aquellas cuestiones relativas a las pantallas de visualización). Para verificar la aplicación de las disposiciones en materia de salud, el empresario, los representantes de los trabajadores y las autoridades competentes tienen acceso al lugar de teletrabajo, si bien, si el trabajador trabaja en el domicilio, dicho acceso está sujeto a notificación previa y al acuerdo de éste.

c) Una elevada dificultad, o prácticamente imposibilidad, de participación de los teletrabajadores en los órganos de representación de los trabajadores en las empresas.<sup>23</sup>

(23)

Esto se incentiva mediante una atomización de la empresa, fomentando el aislamiento de los teletrabajadores, que no sólo les aparta de las distintas formas de participación en la empresa, sino que también afecta a la estructura sindical tradicional y les aleja del diálogo social. La aplicación a los teletrabajadores de sus derechos colectivos encuentra un obstáculo insalvable en el hecho de que las normas que regulan tales derechos han sido creadas para un modelo de trabajador y de acción sindical que no se corresponde con el del teletrabajo. Para estos trabajadores, resulta muy difícil encontrar vías colectivas que canalicen sus intereses, dado que no acuden con regularidad a los centros de trabajo de las empresas.

El punto 11 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo del 2002 establece que los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que los trabajadores que prestan sus servicios en los locales del empresario, y que están sujetos a las mismas condiciones de participación y de elegibilidad en las elecciones para las instancias representativas de los trabajadores, por lo que deben ser incluidos en los cálculos para determinar los límites para los órganos de representación. Además, los representantes de los trabajadores deben ser informados y consultados sobre la introducción del teletrabajo conforme a la legislación europea y nacional, así como a los convenios colectivos y prácticas nacionales.

## 4. Políticas sociolaborales en el ingreso al trabajo

La Ley 10/1994, de 19 de mayo, de Medidas Urgentes de Fomento del Empleo introdujo novedades importantes en la regulación de las actividades de colocación y cesión de trabajadores, dio una nueva redacción a los artículos 16 ET y 43 ET, y sentó las bases para que poco después apareciera la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal. A continuación, veremos las cuestiones relativas a la colocación de trabajadores y dejaremos para un segundo bloque lo relativo a la cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal.

Posteriormente, se promulga la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, que deroga la anterior Ley 51/1980, Básica de Empleo, y que, según su exposición de motivos, tiene por objetivo incrementar la eficiencia del funcionamiento del mercado de trabajo y mejorar las oportunidades de incorporación al mismo para conseguir el objetivo del pleno empleo, en línea con lo que reiteradamente los jefes de Estado y de Gobierno han venido acordando en las cumbres de la Unión Europea, desde el inicio del proceso de Luxemburgo hasta la cumbre de Barcelona. La Ley 56/2003 suprime el INEM y crea el Servicio Público de Empleo Estatal, que se configura como el organismo autónomo de la Administración general del Estado al que se le encomienda la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo (art. 10 de la Ley 56/2003).

### 4.1. Iniciativa pública y mediación en el mercado de trabajo

Hay que comenzar por definir qué se entiende por una actividad de mediación o colocación, para pasar después a ver cuáles fueron los puntos más relevantes introducidos por la reforma del año 1994 (Ley 10/1994).

Mediación o colocación es la actividad, desarrollada por sujetos públicos o por sujetos privados sin ánimo de lucro, que tiene por objeto poner en contacto la oferta de trabajo con la demanda, esto es, facilitar que los trabajadores encuentren un empleo adecuado a su formación y aptitudes profesionales y permitir a los empresarios que cubran los puestos de trabajo que ofertan con los trabajadores más adecuados para estos puestos.

Según el Convenio núm. 181 de la OIT, la colocación es la actividad consistente en "procurar a un trabajador un empleo o a un empleador un trabajador". Así pues, el empresario que desea elegir a un trabajador cuenta con varias posibilidades para contratarlo: elegirlo directamente mediante los mecanismos de selección previstos en su propia empresa y poniéndose en contacto direc-



tamente con el trabajador que desee, o bien recurrir a un servicio de colocación para que le proporcione el trabajador que necesita. La empresa dispone de libertad para contratar al trabajador que le envíe la agencia de colocación u oficina de empleo, siempre y cuando se respeten los derechos fundamentales y libertades públicas previstos en la Constitución.

La situación laboral previa a la reforma del año 1994 se caracterizaba por unos índices de desempleo muy elevados. El desempleo existente en este momento era uno de los problemas que más preocupaban al Gobierno (en este momento, el Partido Socialista Obrero Español). Hay que recordar que, según el Boletín de Estadísticas Laborales del MTAS, la tasa de paro en el año 1993 ascendía al 22,6% –basta compararla con el 9,1% del primer trimestre del año 2006. Ante esta situación, el RD 18/1993, primero, y la Ley 10/1994, posteriormente, surgen con el propósito de "mejorar los servicios públicos de empleo, primando su eficacia sobre inútiles cargas burocráticas que en nada mejoran su intermediación en el mercado de trabajo" (Exposición de Motivos de la Ley 10/1994). Para esto, se adoptó una serie de medidas que se exponen a continuación. El precepto legal de referencia obligada, en todos estos temas relativos a la colocación, es el artículo 16 ET.

Tras la reforma del año 1994 en materia de colocación, se elimina la obligación empresarial de contratar mediante el antiguo INEM, y queda únicamente la obligación de registro o comunicación, según los casos.

En el artículo 16.1 ET, se establece que "los empresarios están obligados a registrar en la oficina pública de empleo, en el plazo de los diez días siguientes a su concertación, los contratos que deban celebrarse por escrito o a comunicar, en igual plazo, las contrataciones efectuadas, aunque no exista obligación legal de formalizarlas por escrito".

Así pues, tras la reforma de 1994, la mediación por medio de los servicios públicos de empleo se convierte en facultativa, una opción que tiene la empresa, pero que no supone obligación alguna.

Se suprimió el monopolio público del antiguo INEM en la colocación (Casas Baamonde y Palomeque López, 1994), de tal manera que a partir de la reforma de 1994 la actividad de colocación o mediación en el mercado laboral puede llevarse a cabo mediante los servicios públicos de empleo o bien por medio de agencias de colocación sin fines lucrativos.

Así pues, con el reconocimiento de las agencias de colocación no lucrativas, se permiten otras iniciativas en la mediación de trabajadores y se abre a la iniciativa privada o a otros intermediarios públicos la actividad de colocación en el mercado de trabajo.

## Ejemplo

La justificación del reconocimiento de estos nuevos sujetos operadores es la incapacidad de los servicios públicos de empleo para llevar a cabo eficazmente la actividad de mediación en el mercado de trabajo.

La propia Ley 10/1994 justificaba su creación a partir de la incapacidad de los servicios públicos de empleo de "abarcar la totalidad de las cada vez más complejas y diversificadas ofertas de empleo", lo que "con las debidas garantías y controles" hará "más transparente y operativo el mercado de trabajo" (Exposición de Motivos de la Ley 10/1994).

Las agencias de colocación no lucrativas se rigen por lo previsto en el artículo 16 ET y por el RD 735/1995, de 5 de mayo. Se configuran como entidades colaboradoras del Servicio Público de Empleo estatal en la mediación del mercado de trabajo, y tienen como finalidad ayudar a los trabajadores a encontrar empleo, y a los empleadores, a la contratación de los trabajadores apropiados. No pueden subcontratar con terceros la realización de los servicios objeto de la autorización concedida (art. 2.5 del RD 735/1995).

Las principales características de las agencias de colocación sin ánimo de lucro son:

### 1) Pueden ser públicas o privadas.<sup>24</sup>

<sup>(24)</sup>El artículo 1 del RD 735/1995 establece que pueden tener la condición de agencias de colocación las personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza (siempre que actúen sin ánimo de lucro). Por consiguiente, las agencias de colocación no tienen que ser necesariamente privadas (por ejemplo, constituidas por empresas, organizaciones empresariales, sindicatos, fundaciones privadas, etc.), ya que también pueden estar constituidas por entidades públicas (ayuntamientos, comunidades autónomas, etc.).

### 2) No pueden tener ánimo de lucro.<sup>25</sup>

<sup>(25)</sup>La existencia de las agencias de colocación se sujeta al requisito de que éstas no tengan fines lucrativos. Sin embargo, estas agencias pueden percibir una remuneración (bien del empresario, bien del trabajador), siempre que ésta se limite exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados. Es decir, la remuneración que perciban únicamente puede ser la estrictamente necesaria para sufragar los gastos que comporte la actividad de colocación.

El RD 735/1995 no establece tarifas mínimas o máximas que deban respetar las agencias, ni autoriza al Servicio Público de Empleo estatal a fijarlas con carácter general, aunque la retribución que vayan a percibir del empresario o del trabajador por el servicio prestado sí que debe aparecer en el procedimiento para la concesión de la autorización como agencia de colocación previsto en el artículo 11 del RD 735/1995, dentro de la memoria-proyecto técnico y de gestión para el ámbito solicitado.

El RD 735/1995 no prevé los cauces jurídicos de reclamación en el caso de que las agencias de colocación cobren tarifas excesivas o desproporcionadas, pero siempre cabe la demanda ante la jurisdicción social, siendo el juez de lo social el que conocerá de este tipo de cuestiones cuando estemos ante la empresa privada (en el caso de la Administración pública, sería competente la jurisdicción contenciosoadministrativa).

### 3) Deben garantizar el principio de igualdad en el acceso al empleo.<sup>26</sup>

<sup>(26)</sup>

En su ámbito de actuación, las agencias de colocación están obligadas a respetar el principio de igualdad y no discriminación, sin que puedan establecer condiciones discriminatorias basadas en motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua, dentro del Estado.

Esto implica que las agencias de colocación no pueden rechazar demandas de empleo por motivos discriminatorios. Además de esta prohibición de discriminación, la norma impone a dichas agencias la obligación de garantizar, en su ámbito definido de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, lo cual exigirá la atención, por parte de tales agencias, a cualquier solicitante de empleo que reúna los requisitos objetivos requeridos para el ejercicio de las actividades en las que aquéllas desarrollen su labor de intermediación.

#### 4) Ejercen un deber de colaboración con el Servicio Público de Empleo.<sup>27</sup>

(27)

Las agencias sin ánimo de lucro están obligadas a comunicar al Servicio Público de Empleo los rechazos de las ofertas de empleo y las causas de no aceptación de éstas, para permitir a la oficina pública un adecuado control de los perceptores de las prestaciones por desempleo.

Por otra parte, este deber de colaboración se manifiesta también en una serie de obligaciones:

- a) la remisión de los datos de los solicitantes de empleo que hayan requerido sus servicios;
- b) comunicar al Servicio Público de Empleo estatal las bajas que se vayan produciendo entre los usuarios solicitantes de empleo;
- c) poner en conocimiento del Servicio Público de Empleo estatal las ofertas de trabajo que hayan recibido de los empleadores, indicando las altas, las que están en proceso y las finalizadas;
- d) comunicar al Servicio Público de Empleo estatal los rechazos de ofertas de los solicitantes y perceptores de prestaciones y subsidios por desempleo, con información del empleo ofrecido y las causas de no aceptación;
- e) hacer constar, en los términos indicados por el Servicio Público de Empleo estatal, la condición de autorizada y número de autorización en todo lugar donde figure su nombre.

En cuanto a los solicitantes de empleo, en relación con las ofertas que se gestionen, las agencias de colocación comunicarán la siguiente información: trabajadores enviados a las empresas; trabajadores que hayan declinado presentarse a las empresas; trabajadores que hayan rechazado los puestos de trabajo, con exposición de los motivos de rechazo, y trabajadores contratados (art. 7.3 del RD 735/1995).

Asimismo, el deber de colaboración con el Servicio Público de Empleo se pone de relieve con el requisito de realizar un convenio de colaboración, que prevea las condiciones de la actividad autorizada (ámbito de aplicación, derechos y obligaciones de la agencia de colocación), la duración de la autorización (con las revisiones periódicas que correspondan) y los efectos de su incumplimiento (incluyendo, en su caso, los supuestos de revocación de la autorización o de suspensión de actividades).

La Administración permite la intervención de entidades de intermediación en el mercado de trabajo, mediante la técnica de la autorización administrativa previa y obligatoria al inicio de las agencias de colocación.

Tanto el artículo 16 ET como la normativa de desarrollo exigen la autorización administrativa y establecen una serie de controles mediante los correspondientes convenios de colaboración y control efectivo por parte del Servi-

cio Público de Empleo estatal. El intervencionismo público funciona, en este caso, como requisito previo necesario al ejercicio de la iniciativa privada en este ámbito, mediante la técnica de la autorización.

Al Servicio Público de Empleo estatal corresponde consentir la existencia de agencias de colocación no lucrativas y el ejercicio de su actividad. El procedimiento que, a estos efectos, diseña la norma exige que la concesión de la autorización administrativa tenga lugar "en las condiciones que se determinen en el correspondiente convenio de colaboración y previo informe del Consejo General del Servicio Público de Empleo estatal". La autorización es, pues, el acto administrativo del que deriva el reconocimiento o la existencia de la agencia de colocación, y no únicamente la realización de su actividad.

Así pues, de la regulación que llevó a cabo la Ley 10/1994, resultó un modelo complejo en el que están obligados a convivir y organizarse las agencias privadas o públicas de colocación y el Servicio Público de Empleo, para lo que es posible la utilización de diferentes técnicas (coordinación de funciones, colaboración o reparto de las mismas) entre las distintas entidades.

Hemos visto que el Servicio Público de Empleo estatal –o las correspondientes oficinas públicas de empleo de la Comunidad Autónoma que tengan transferidas las competencias– ya no poseen el monopolio público en materia de colocación. En la actualidad, han sido traspasadas a la práctica totalidad de comunidades autónomas las funciones de gestión que, en materia de trabajo, empleo y formación, venía realizando el antiguo Instituto Nacional de Empleo y, en consecuencia, la Comunidad Autónoma asume, dentro de su ámbito territorial, las funciones y servicios correspondientes a dicha gestión y, en particular, en materia de intermediación en el mercado de trabajo. Un ejemplo de ello sería el RD 1050/1997, de 27 de junio, por el que se acuerda el traspaso a la Generalitat de Cataluña de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación.

Sin embargo, esto no quiere decir que se abandone todo tipo de funciones en esta materia, sino que, por el contrario, el Servicio Público de Empleo no sólo puede seguir llevando a cabo la función de mediación como servicio público de empleo (si bien ahora pueden recurrir voluntariamente al mismo tanto empresarios como trabajadores), sino que, además, debe seguir haciéndolo, porque así lo establecen el Convenio 88 de la OIT (de 1948) y el Convenio 96 de la OIT (de 1949), ratificados por España el 14 de enero de 1960 y el 23 de mayo de 1972, respectivamente.

De esta manera, el artículo 1.1 del Convenio núm. 88 OIT obliga a los Estados a mantener o garantizar un servicio público y gratuito de empleo, y el Convenio núm. 96 exige la reglamentación de las agencias de colocación, con la finalidad de controlar sus actividades, intentando así evitar los abusos históricos derivados del tráfico ilegal de mano de obra.

En la actualidad, una de las tendencias más destacadas en Europa es la descentralización de la gestión del servicio público de empleo. La idea es que haya una centralización en el control de algunos aspectos como el financiamiento básico, el desarrollo de la política general y la evaluación de las operaciones. Las políticas de empleo se diseñan en un ámbito global, pero las oficinas locales y regionales disfrutan de una mayor flexibilidad si se enmarcan en una gestión descentralizada que pueda permitir complementar estas políticas y poder así afrontar las necesidades específicas en cada ámbito, pues de esta manera los servicios públicos pasan a ser más accesibles y se adaptan con una mayor facilidad a las necesidades y a los diferentes segmentos del mercado laboral.

Una línea de actuación que está dando buenos resultados es el programa de ayuda intensiva o individual, que puede adoptar diferentes formas: puede ofrecerse como orientación profesional, como asesoramiento intensivo o consejos a los demandantes de empleo, o bien como asesoramiento especializado a grupos concretos con más dificultades de inserción en el mercado laboral o en situación de exclusión social. La orientación profesional es un proceso a través del cual un asesor obtiene información sobre las habilidades y aspiraciones laborales del demandante de empleo y le proporciona información sobre las ofertas de empleo más apropiadas, así como sobre los diferentes caminos educativos y formativos que debe emprender.

Un paso más lo constituye el asesoramiento profesional individualizado e intensivo. Éste se destina a desarrollar sistemas mucho más estructurados que les permitan prestar su ayuda a los parados. Se les denomina *procedimientos de gestión de casos*, en terminología de la Unión Europea. Estos sistemas consisten en el desarrollo de un plan consensuado entre el demandante de empleo y el asesor –denominado *contrato, acuerdo, plan de reinserción o plan de potenciación de la empleabilidad*– en el que se realiza un seguimiento regular del progreso del plan. Por ejemplo, en la región valona de Bélgica, es de destacar las actividades de asesoramiento llevadas a cabo por el *Forem* –Servicio Público de Empleo belga– mediante los denominados *conseillers en ressources humaines*, que proporcionan asesoramiento, orientación profesional y formación básica a los desempleados. Los *conseillers*, especialistas en mediación en el mercado de trabajo, guían a los demandantes de empleo a encontrar una ocupación más adecuada, mediante el análisis de sus competencias y habilidades y la recomendación en materia de ayudas y subvenciones a la formación y a la ocupación.

Existen algunas buenas prácticas en el ámbito de los servicios de colocación europeos que vale la pena destacar. Muchos de ellos han aprovechado las nuevas tecnologías para ofrecer un mejor servicio e incrementar su eficacia notablemente.

### **Ejemplo**

De esta manera, en Suecia, desde 1997 ya se habían instalado terminales de ordenador en las oficinas de empleo, destinados a la utilización por parte de los trabajadores solicitantes de empleo, de manera que el propio solicitante llevara a cabo tareas sencillas como inscribirse o realizar una búsqueda sencilla de las vacantes. En Reino Unido, el servicio público de empleo también puso en marcha en 1999 una línea directa de empleo destinada a ayudar a las personas desempleadas a buscar trabajo. De esta manera, por el precio de una llamada local, los solicitantes de empleo pueden llamar e inmediatamente entrar en contacto con los asesores del servicio de empleo que les informan sobre las vacantes locales y de otras ofertas de empleo disponibles en todo el reino unido. Los asesores de empleo tienen acceso a una base de datos de unas 350.000 vacantes y pueden poner en contacto a los desempleados que llaman con los empresarios, o concertar una entrevista (Thuy, Hansen y Price, 2001, pág. 241).

En España, el Servicio Público de Empleo estatal está regulado en la Ley 56/2003, de Empleo. Según la normativa española, los trabajadores que estén percibiendo las prestaciones por desempleo están obligados a inscribirse y mantener la inscripción como demandantes de empleo en el servicio público de empleo, según lo previsto en el artículo 27 de la Ley 56/2003 de Empleo. La inscripción como demandante de empleo se realizará con plena disponibilidad para aceptar una oferta de colocación adecuada. Esto debe ponerse en relación con el artículo 10 del RD 735/1995, que establece que la obligación de los trabajadores de inscribirse en las oficinas de empleo se considerará cumplida, salvo por los solicitantes de prestaciones y subsidios por desempleo, si se inscriben en las agencias de colocación legalmente autorizadas. Por lo tanto, los solicitantes y preceptores de prestaciones o subsidios por desempleo deberán obligatoriamente inscribirse y mantener la inscripción como demandantes de empleo en los servicios públicos.

Una vez inscritos, los solicitantes y preceptores que lo deseen podrán a su vez requerir los servicios de las agencias de colocación. Por otra parte, la obligación de inscripción del trabajador en la Oficina de Empleo es un requisito impuesto en los programas de fomento del empleo, en los casos de contrataciones subvencionadas o bonificadas, para que la empresa pueda acogerse a estas subvenciones (como mecanismo de control del pago de las mismas).

Asimismo, existen otras obligaciones relacionadas con el Servicio Público de Empleo en el momento de proceder a la contratación de trabajadores.

Los empresarios están obligados a registrar en la Oficina pública de Empleo, en el plazo de los diez días siguientes a su concertación, los contratos que deben celebrarse por escrito. Si no existe dicha obligación formal, las empresas tendrán el deber de comunicar las contrataciones efectuadas en el mismo plazo mencionado anteriormente. Esta previsión se recoge en el artículo 16.1 ET. Se trata de obligaciones impuestas por la ley a los efectos de la elaboración de estadísticas sobre tasas de actividad y de desempleo, sin que la Oficina Públi-

ca de Empleo esté obligada a fiscalizar o analizar la licitud de los contenidos de los contratos que registra o de los que recibe la comunicación de haberse concertado.

Además, existen otras obligaciones derivadas de la libre circulación de trabajadores a escala europea. Se tramitará mediante el Servicio Público de Empleo la oferta procedente de otros países de la Unión Europea, así como las ofertas de países del Acuerdo sobre el espacio económico europeo de 1992 (disposición adicional única del RD 735/1995, en los términos de la Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 22 de octubre de 1993, sobre aplicación del Reglamento CEE núm. 1612/68 del Consejo, relativo a la libre circulación de trabajadores y, en particular, a la red denominada EURES).

#### **4.2. Las empresas de trabajo temporal: ¿mediación en el mercado de trabajo o cesión de trabajadores?**

La promulgación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (Ley 14/1994), reguló una figura hasta entonces prohibida en nuestro país, aunque no del todo desconocida, ya que venía funcionando en la práctica (si bien clandestinamente y al margen de la legalidad vigente en aquel momento).

Con anterioridad al RD Ley 18/1993, la actividad de las ETT era ilegal, por su inclusión en el artículo 43.1 ET (en su redacción anterior a la reforma laboral de 1994; es decir, en la redacción originaria del Estatuto de los trabajadores del año 1980), que prohibía de manera absoluta la cesión de los trabajadores contratados por una empresa para cederlos temporalmente a otra.

Al igual que con las agencias de colocación, el primer paso hacia la legalización de las empresas de trabajo temporal (ETT) lo constituyó el Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento del Empleo, previo a la Ley 10/1994.

En la Ley 14/1994 se justificó la legalización de las ETT "desde el convencimiento de que los riesgos que se han imputado a las ETT no derivan necesariamente de la actividad que realizan, sino, en todo caso, de una actuación clandestina que permite la aparición de intermediarios en el mercado de trabajo capaces de eludir sus obligaciones laborales y de Seguridad Social" (Exposición de Motivos de la Ley 14/1994). Posteriormente, el RD 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, permitió (en su art. 196.3.e) que la Administración pública pueda contratar mediante ETT, si bien con carácter excepcional, tan sólo para "la realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos", y con una duración máxima de seis meses sin posibilidad de prórroga (art. 198.3 de la misma norma). No obstante, la contratación mediante ETT por parte de la Administración pública plantea dudas de constitucionalidad en relación con el los artículos 23.2 CE y 103.3 CE (Chacartegui Jávega, 1999).

Volviendo a la regulación prevista en la Ley 14/1994, el legislador planteó la legalización de las ETT en España en términos de intervención mínima, utilizando una "técnica minimalista" en la que, en vez de diseñarse un marco jurídico completo para la actividad de las ETT, se regulan tan sólo determinados aspectos de ésta, y se remite en lo demás a otros órdenes formativos, legales y también a la negociación colectiva (Rodríguez-Piñero Royo, 2000, pág. 191)

La actividad de la ETT consiste en la contratación de un trabajador para, posteriormente, cederlo temporalmente a otra empresa (denominada *empresa usuaria*) a cambio de una contraprestación económica, que paga a esta última por la realización de estos servicios.

De esta manera, la empresa de trabajo temporal contrata al trabajador con el objeto de que éste desarrolle su prestación laboral en el ámbito de la empresa usuaria, y la ETT es la que paga la retribución al trabajador por los servicios prestados.

Se crea, de esta manera, un peculiar esquema triangular, según el cual se crean tres tipos de relaciones entre los sujetos implicados:

- 1) La ETT y el trabajador están vinculados mediante un contrato de trabajo.
- 2) La ETT y la empresa usuaria están vinculadas mediante un contrato de naturaleza mercantil, denominado *contrato de puesta a disposición*.
- 3) El trabajador se integra en la organización productiva de la empresa usuaria, que asume el poder de dirección y control de la actividad laboral, aunque entre la empresa usuaria y el trabajador no existe ningún vínculo formal o contractual. Ahora bien, a pesar de la inexistencia de un vínculo contractual entre la empresa usuaria y el trabajador, el hecho de que el trabajador se integre en la empresa usuaria para prestar sus servicios también crea una relación que podríamos denominar cuasicontractual entre ambos sujetos y que, por su importancia, también es objeto de regulación en la Ley 14/1994.

En la legalización de las ETT, ha jugado un papel relevante la incidencia de las tendencias flexibilizadoras en el acceso al empleo, como consecuencia de la influencia que poseen aquellas corrientes económicas neoliberales sobre el funcionamiento del mercado de trabajo, que parten de la premisa de que el problema del desempleo aparece y se mantiene durante más tiempo cuantos más obstáculos existen al libre funcionamiento del mercado, o bien cuando no se cumple el principio de maximización de los beneficios.



El origen de la legalización de las ETT en España se sitúa dentro del marco de las transformaciones del sistema productivo que han dado lugar a la extensión de los fenómenos de descentralización productiva, de entre los cuales las ETT se han convertido en un instrumento al servicio de aquellas empresas que desean optar por estas fórmulas descentralizadoras. Ahora bien, en el ámbito juridicolaboral los fenómenos de descentralización plantean problemas de determinación de la empresa responsable, dificultad que se incrementa cuanto mayor es el grado de atomización de la actividad empresarial, debido a la presencia de empresas interpuestas.

De esta manera, la descentralización productiva constituye una vía a la que recurren las empresas para poder adecuar la dimensión de la plantilla de la empresa a la demanda de cada momento. La descentralización productiva se da cuando una empresa –empresa principal– encomienda a otra u otras empresas jurídicamente independientes –empresas auxiliares– el desarrollo de una determinada actividad productiva o de una fase del proceso productivo, de tal modo que estas últimas desarrollan su actividad para la primera de manera autónoma, sirviéndose de una estructura empresarial independiente e incluyendo también su propia plantilla de trabajadores.

Forman parte de los fenómenos de descentralización productiva las contrataciones y subcontratas de obras y de servicios, las ETT y, en general, aquellos mecanismos de interposición mediante los cuales una empresa puede ampliar o reducir el volumen de actividades en atención a la coyuntura económica por la que esta empresa atraviesa (V. Cruz Villalón, 1992).

En el momento actual, es necesario tener presente que algunas empresas de servicios actúan como auténticas empresas de trabajo temporal encubiertas, sin autorización administrativa para ejercer la actividad de cesión, por lo que podrían incurrir en un caso de cesión ilegal prohibida por el artículo 43 ET. Por este motivo, la reforma llevada a cabo por el RD 5/2006 actualiza algunos elementos en relación con la subcontratación de obras o servicios, con el objetivo de asegurar que la organización empresarial de la producción mediante distintas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores.

Por este motivo, se intenta deslindar la subcontratación de obras y servicios entre empresas y la figura de la cesión ilegal de trabajadores, teniendo presente que nuestra legislación tan sólo autoriza la contratación de trabajadores mediante las empresas de trabajo temporal legalmente autorizadas. De ahí que el artículo 43.2 ET quede de la siguiente manera: "En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria,

o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario".

La regulación de este tipo de empresas ha supuesto la legalización de aquellos fenómenos de descentralización que permiten una mayor disponibilidad de la plantilla para las necesidades económicas de las empresas, un enmascaramiento de las dimensiones de la plantilla de la empresa y la elusión de la aplicación de normativas sectoriales de origen convencional, así como de la mayoría de las cargas y responsabilidades que el ordenamiento laboral atribuye al sujeto que ejerce la cualidad de empresario.

Las razones alegadas por el legislador de 1994 que habían llevado a la regulación de las empresas de trabajo temporal eran las siguientes:

1) Considerarlo un mecanismo más de política de empleo, junto con las agencias de colocación sin ánimo de lucro, y como consecuencia de la entrada de la iniciativa privada en el acceso al empleo, fruto del debate entre lo público y lo privado que surge con las reformas de 1994.

La justificación legal a la introducción de estas nuevas figuras se contiene en la Exposición de Motivos de la Ley 10/1994, según la cual se pretende facilitar la eficacia en la gestión que llevan a cabo los servicios públicos de empleo, los cuales "no pueden abarcar la totalidad de las cada vez más complejas y diversificadas ofertas de empleo, cuya respuesta adecuada requiere la máxima especialización". Todo esto se enmarca dentro de una reforma de las relaciones laborales que pretendería, según la exposición de motivos citada, "luchar contra el desempleo y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo"

2) Otra de las razones que han llevado a la regulación de las ETT, según la Exposición de Motivos de la Ley 14/1994, viene dada por su paulatina legalización en los países de nuestro entorno europeo.

Según la Exposición de Motivos de la Ley 14/1994, "desde finales de la década de los sesenta, los países de la Unión Europea [...] han venido regulando la actividad de las empresas de trabajo temporal". Ciertamente, la legalización de las ETT en la práctica totalidad de los países europeos ha tenido una importante repercusión en España, puesto que un importante número de sucursales procedentes de ETT, en especial de procedencia francesa, se han establecido en los últimos años en nuestro país.

3) Para el legislador, otro de los motivos determinantes en la legalización de las ETT en nuestro país ha sido la evolución que se ha producido en el seno de las instituciones comunitarias hacia la aceptación de la actividad desarrollada por las ETT.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya se pronunció, en la década de los setenta, sobre la licitud de este tipo de empresas. Concretamente, el Tribunal analizó esta cuestión en la sentencia de 17 de diciembre de 1970 (asunto 35/70, Manpower).

En 1991 se aprueba la primera norma comunitaria específica en la materia, como consecuencia de la necesidad de dotar de una especial protección a los trabajadores contratados por una ETT en la prevención de riesgos laborales: la Directiva 91/381/CEE del Consejo, de 25 de junio, por la que se completan las

medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de ETT.

Es importante diferenciar la actividad de las empresas de trabajo temporal de la actividad de las agencias de colocación, ya que la actividad de la ETT es de cesión de trabajadores, mientras que la de la agencia de colocación es de mediación. Además, la Ley 14/1994 obliga a que la puesta a disposición de las ETT sea de carácter temporal, y que se dediquen exclusivamente a la actividad constitutiva de empresa de trabajo temporal (arts. 1 y 2 de la Ley 14/1994).

Independientemente del papel que puedan desempeñar las ETT en la creación de empleo (cuestión polémica, como veremos más adelante), éstas realizan una actividad de cesión, mientras que las agencias de colocación tan sólo ponen en contacto la oferta con la demanda de trabajo, y dan por finalizada en este punto su actividad.

En este esquema triangular, característico de este tipo de relaciones, se produce un reparto de los poderes empresariales entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria. Esta distribución de poderes queda de la siguiente manera:

1) La ETT mantiene con el trabajador su vínculo contractual en todo momento: es responsable de las obligaciones salariales, de Seguridad Social y de formación, y ejerce el poder disciplinario (sanciones y despidos).

El tema salarial, tal y como estaba regulado originariamente en la Ley 14/1994, recibió fuertes críticas no sólo por parte de la doctrina laboralista, sino también desde los ámbitos sindicales. En su primera redacción, la Ley 14/1994 establecía que los trabajadores puestos a disposición por ETT se regirían por el convenio colectivo de la ETT, por lo que frecuentemente se daba la circunstancia de que un trabajador de ETT cobrase una cantidad menor que un trabajador que hubiese sido contratado directamente por la empresa usuaria, aunque estuvieran desempeñando idéntico puesto de trabajo. Este precepto provocaba serias dudas sobre su constitucionalidad (pues, en la práctica, trabajos de igual valor estaban percibiendo distinto salario). Finalmente, este punto fue reformado por la Ley 29/1999, de 16 de julio, y se estableció en el nuevo artículo 11.1 que "los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo que hay que desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo".

2) En cuanto a la empresa usuaria, ésta será responsable de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición.

Puesto que, como ya hemos visto anteriormente, la actividad que desarrollan las ETT difiere de lo que es estrictamente la actividad de mediación o colocación de trabajadores, queda por analizar si, de alguna manera, las ETT pueden considerarse un mecanismo de creación de empleo y de qué tipo de empleo. Para contestar a esta pregunta, hay que tener en cuenta que, respecto a los trabajadores puestos a disposición por las ETT, se da la coincidencia de dos elementos que influyen decisivamente a la hora de incrementar

la precariedad a la que está sujeto este colectivo: a la condición de trabajador temporal que ostentan estos trabajadores por la propia configuración legal de este tipo de trabajo, hay que añadir las condiciones en las que se desarrolla su prestación laboral. De esta manera, la corta duración de los contratos de puesta a disposición impide que aspectos tan importantes como la formación profesional y la formación en materia de prevención de riesgos laborales se ofrezca a este tipo de trabajadores con las debidas garantías legales (en este punto, hay que tener presente que resulta de aplicación no sólo la normativa específica sobre empresas de trabajo temporal, sino también la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales).

Los trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal no suelen ser contratados con carácter indefinido, a pesar de que el artículo 10 de la Ley 14/1994 permite a la ETT una doble opción al disponer que "el contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición". Algunos datos son bastante reveladores del tipo de empleo que crean las ETT. Según el *Anuario de estadísticas laborales* del año 2005 publicado por el MTAS, de los 987.794 contratos registrados por los servicios públicos de empleo y celebrados por empresas de trabajo temporal, 521.499 tenían una duración menor a un mes (de los cuales, 334.749 eran de uno a seis días de duración); 57.444, de uno a tres meses; 11.466, de tres a seis meses; 1.260, de seis meses a un año; y tan sólo 247 contratos superaban la duración de un año.

La legalización de las ETT, dentro de la proliferación de los fenómenos de descentralización productiva, supone la consolidación de un particular modelo organizativo y un método de gestión empresarial más flexible de los recursos humanos en el que, como se ha visto con anterioridad, prevalecen las necesidades de la empresa usuaria, en perjuicio de una desestructuración cada vez mayor de los trabajadores temporales como colectivo. A esto hay que añadir el hecho de la eventualidad de los trabajadores contratados por las ETT, que supone notables dificultades a la hora de constituir sus propios órganos de representación estables.

Por este motivo, en este tipo de empresas resulta más necesaria todavía la posibilidad de facilitar el cauce de la negociación colectiva, pues son los instrumentos de negociación colectiva los que pueden hacer valer los trabajadores de este tipo de empresas frente al poder empresarial al que se encuentran sometidos (en especial, desde la perspectiva del poder de dirección y control de su actividad que ejerce la empresa usuaria).

Como conclusión, cabe señalar que ante la finalidad de lograr los objetivos pretendidos por la Ley 10/1994, quizá hubiese sido más adecuado abordar con profundidad una reforma del Servicio Público de Empleo que, manteniendo el monopolio público de la colocación, lograrse paliar las causas que impiden un funcionamiento eficaz del mismo. Entre dichas causas, pueden resaltarse la insuficiencia de recursos o la excesiva burocratización del Servicio Público de Empleo, que se comportaría más bien como un mero gestor de las ofertas y

demandas de empleo, en vez de servir como agente eficiente de calificación, orientación, formación, selección y colocación de los trabajadores desempleados.

Por otra parte, sería necesaria una mayor adaptabilidad del Servicio Público de Empleo a la demanda de trabajo actual, compleja y diversificada, en la que un gran número de trabajadores tienen una cualificación profesional inadecuada para las nuevas exigencias laborales, lo que incluye el hecho de poder dar respuesta a la reconversión de sectores en crisis que, con frecuencia, constituyen la causa de desempleo de trabajadores sin demasiadas posibilidades a la hora de volver a encontrar el mismo oficio, así como de aquellos sectores en los que se introducen con gran rapidez las nuevas tecnologías. Tal y como destacaba la propia Exposición de Motivos de la Ley 56/2003, "en la actualidad, los servicios públicos de empleo han de actuar en un entorno más competitivo, complejo y dinámico y han de posicionarse en el mercado prestando un servicio de calidad a sus usuarios".

## 5. El impacto de las políticas flexibilizadoras en el Derecho del Trabajo

### 5.1. La incidencia de la crisis económica en el Derecho del Trabajo

A finales de la Segunda Guerra Mundial, y dada la necesidad de reconstrucción de las ciudades devastadas, en Europa se produjo un gran pacto social entre la clase capitalista y la clase trabajadora, representada por los sindicatos y los partidos políticos afines, bajo los siguientes términos: la clase trabajadora aceptaba el sistema capitalista (o si se quiere, la "economía de mercado", y abandonaba sus reivindicaciones revolucionarias) y, a cambio, la clase capitalista se comprometía a aceptar una política redistributiva en virtud de la cual los salarios deberían ir aumentando su porcentaje de participación en la renta nacional, las condiciones de trabajo irían mejorando y los trabajadores estarían asegurados contra cualquier adversidad mediante potentes sistemas de Seguridad Social.

Además, la clase trabajadora debería acceder a ciertas cuotas de poder tanto dentro de las empresas (mediante fórmulas de cogestión), como en el Gobierno de los Estados (mediante partidos políticos socialistas aún asociados con comunistas). Este gran pacto se cristalizó en la fórmula política conocida como el Estado del bienestar, que se preocupaba por la protección social de los trabajadores y de los usuarios del sistema público de Seguridad Social.

Esta fórmula política se traduce jurídicamente en dos ámbitos:

- En un ámbito constitucional<sup>28</sup>

<sup>(28)</sup>En un ámbito constitucional, mediante la introducción en las constituciones de los diferentes países europeos de los denominados derechos económicos y sociales (a la salud, a la educación, al trabajo, a la Seguridad Social, a la vivienda, pero también la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga) y, junto con éstos, los denominados derechos políticos o libertades públicas clásicos (de expresión, asociación, reunión, etc.).

- En un ámbito de legislación ordinaria<sup>29</sup>

<sup>(29)</sup>En un ámbito de legislación ordinaria, la fórmula del Estado del bienestar se plasma mediante el desarrollo de una nueva disciplina denominada *Derecho del Trabajo*, que incluye una rama: el derecho de la Seguridad Social.

Como se ha visto anteriormente, en el periodo que va desde 1945 hasta 1973 en Europa se establece el "fordismo", como sistema de trabajo que presenta ciertas características propias, tales como la contratación a tiempo indefinido y a jornada completa (quedando relegada la contratación a tiempo parcial a supuestos muy específicos); la prestación de servicios por cuenta de un em-

pleador único a lo largo de toda la vida de la relación juricolaboral; así como una importante protección contra el despido no causal. Y todo esto, bajo la tutela de un Estado del bienestar. Los primeros setenta años de este siglo se han caracterizado por una progresiva ampliación y rigidez de la tutela imperativa del trabajo.

Sin embargo, a raíz de la crisis de los setenta, los legisladores de los países europeos toman conciencia de que ciertas formas de tutela excesivamente rígidas son un factor de desocupación. Este gran pacto social y político que culminó en el denominado Estado del bienestar comienza a cuestionarse a finales de los años setenta, y no ha dejado de ser objeto de impugnación hasta nuestros días.

Esta impugnación se ha realizado en la actualidad de manera simultánea en dos frentes. Por un lado, se cuestiona el Estado del bienestar en su aspecto más conocido y emblemático: los sistemas de protección social. Y por otro lado, se ataca el otro pilar del Estado del bienestar: la normativa estatal laboral y la función de los sindicatos como instancias protectoras de la clase trabajadora.

La crisis económica generalizada que sufre principalmente Europa desde el desplome del precio del petróleo como consecuencia del conflicto árabe-israelí en 1973 supuso una modificación radical en los planteamientos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El *homo faber* que surgió de la Revolución Industrial dejó de ser el prototipo de trabajador predominante en las sociedades más desarrolladas del occidente capitalista, que más que sociedades industriales están pasando a ser sociedades de servicio, debido a dos razones principales: a los espectaculares avances de la productividad que han tenido lugar desde la segunda posguerra mundial en el sector servicios; y a que la demanda de servicios es mucho más elástica que la de bienes (Alarcón Caracuel, 2003).

Tras la crisis económica, los procesos de producción de bienes y servicios han sufrido en Europa profundos cambios, sobre todo a partir de tres realidades que no han hecho más que comenzar: el cambio tecnológico (principalmente, debido a la informatización y robotización de los procesos productivos); la mundialización del mercado (de manera que pierden valor los modelos únicamente nacionales); y la terciarización o reducción del peso específico del sector industrial de la economía en beneficio del sector servicios. Igualmente, el proceso de integración europea, que pretende la instauración de una unidad económica y monetaria, exige a los gobiernos de los Estados miembros la adopción de singulares medidas políticas de convergencia.

A partir de la década de los ochenta, se ha producido en el mundo toda una serie de fenómenos económicos que han afectado de manera decisiva a las respuestas normativas por parte del Derecho del Trabajo. A mediados de los años ochenta, también irrumpe el concepto de flexibilidad en las relaciones laborales. Se afirmaba que el sistema padecía de toda una serie de rigideces que harían difícil por parte de las empresas la aplicación de medidas laborales de adaptación a los cambios productivos.

Esta crisis, instalada en el seno de la economía, provocó un proceso de revisión en el desarrollo del Derecho del Trabajo, que ha conducido a lo que se conoce como el debate sobre el Derecho del Trabajo y la crisis económica, que lleva aparejado otro debate: el de la "crisis del Derecho del Trabajo". La crisis económica, por lo tanto, ha afectado a las concepciones e instrumentos clásicos del Derecho del Trabajo, y ha supuesto un giro en su misma función. La crisis económica habría transformado la razón de ser del Derecho del Trabajo. Se parte de la idea de que sólo dirigiendo una mayor atención a las exigencias productivas de las empresas se podrá incentivar a estas últimas y a crear nuevos puestos de trabajo.

Por un lado, se produce un cambio del papel de las organizaciones sindicales, que pasan de una función de contestación a los fundamentos sociolaborales a un sindicalismo cada vez más implicado en el funcionamiento del aparato institucional del Estado, caracterizado principalmente por una política de concertación social y por la representación institucional en los distintos organismos administrativos. Y por otro lado, se produce una redefinición de la configuración del ordenamiento laboral, al cambiarse las relaciones existentes entre ley, convenio colectivo y contrato de trabajo.

Entre las transformaciones más relevantes producidas en el Derecho del Trabajo de la crisis, destacan: a) la pérdida de virtualidad efectiva del principio de estabilidad en el empleo, pérdida motivada por la generalización de la contratación temporal, pero también por la precarización de las condiciones laborales; b) paralelamente, y bajo la excusa de alcanzar una mayor adaptabilidad de la mano de obra a las necesidades cambiantes del momento, se produce una ampliación de las facultades empresariales, que afectan principalmente a la determinación del objeto del contrato; c) y finalmente, en el ámbito de las fuentes del derecho, se produce una cierta reordenación de las mismas y se otorga un mayor valor a la autonomía colectiva e individual, sobre la regulación heterónoma estatal. Aun así, se entendía que el carácter pasajero de las crisis permitiría al Derecho del Trabajo volver a su normalidad para retomar su papel de garante y de elemento dinámico y social.

Durante los años noventa, la situación de fondo en Europa no cambia excesivamente. Siguen proliferando propuestas flexibilizadoras de las relaciones de trabajo, y todas aquellas materias juricolaborales objeto de armonización comunitaria acaban siendo objeto de flexibilización en el seno del propio ordenamiento jurídico interno. Detrás de este debate, ha existido siempre la idea de culpabilización de la normativa laboral por no haber sabido adaptarse a las necesidades de una crisis económica, que más que coyuntural, adquiere progresivamente el cariz de estructural. Se ha entendido, desde este sentido, que el Derecho del Trabajo no puede operar a espaldas de los condicionamientos del sistema económico y que, por lo tanto, toda respuesta normativa ofrecida por el Derecho del Trabajo ha de corresponderse con las exigencias impuestas por el mercado.

Ahora bien, es necesario reflexionar al respecto, y es que si bien es cierto que el Derecho del Trabajo no es ajeno a lo económico, la reducción de determinadas parcelas de protección debería compensarse con el incremento de otras o el establecimiento de nuevas.



Tampoco esta de más recordar que el Derecho del Trabajo no ha sido una rama del ordenamiento jurídico que se haya mantenido al margen de las crisis económicas, y, de hecho, tanto su nacimiento como su evolución han estado históricamente vinculados a las mismas. Dicho de otro modo: el fenómeno de la cohabitación de la crisis económica y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no es reciente, sino que se trata de un "compañero de viaje histórico".

Una reducción de las finalidades protectoras del ordenamiento laboral puede a la larga afectar a su función primordial, que es la de mantener el equilibrio de los intereses sociales, lo cual podría ocasionar graves consecuencias para volver a reequilibrar los mismos, máxime cuando no existe una perspectiva más o menos clara y definida de hasta dónde puede llegarse en este afán reduccionista.

## **5.2. La flexibilización de las relaciones laborales como respuesta a la crisis**

La flexibilidad se ha definido como "aquel conjunto de mecanismos e instrumentos que tendría la empresa para enfrentarse con las fluctuaciones y las variaciones cualitativas y cuantitativas de la demanda, reduciendo el efecto de éstas sobre su estructura de costes", y por lo tanto el debate de la flexibilidad se centra en la capacidad del Derecho del Trabajo de adaptarse a los cambios que puedan ir surgiendo progresivamente en los procesos productivos y por las innovaciones tecnológicas.

Generalmente, se han entendido como "rigideces" del mercado de trabajo aquellas que dificultan la contratación temporal, limitan el despido libre e imponen una regulación imperativa de condiciones normativas. Al ser esto así, la flexibilidad parte de la desregulación y liberalización del mercado de trabajo, de modo que "el mecanismo del mercado juegue en la asignación de los principios y los contingentes de la mano de obra sin ningún tipo o con el mínimo de intervenciones normativas o administrativas".

Ciertamente, el actual Derecho del Trabajo tiene casi el grado de flexibilidad máxima compatible con un sistema de relaciones laborales que no esté basado exclusivamente en el contrato individual como único instrumento de regulación (o, en otras palabras, compatible con la propia supervivencia del Derecho del Trabajo como tal). En cambio, el tema del futuro (es decir, el Derecho del Trabajo de la poscrisis) es el de saber si la flexibilidad va a ser una exigencia ineludible de las nuevas formas productivas, y no ya una simple medida coyuntural de emergencia, y éste es el verdadero debate más allá de los alegatos meramente interesados.

No hay que perder de vista que la esencia del problema en el debate de la flexibilidad es que en torno a la misma se juega con una contradicción de intereses que no es coyuntural, sino estructural y, por lo tanto, permanente. Sin

embargo, además, el recurso a una flexibilidad extrema puede resultar contraproducente para los propios empresarios porque produzca efectos inducidos perversos: descualificación del trabajador, desidentificación en la empresa, etc.

Por lo tanto, la flexibilidad es algo que interesa a los empresarios y no a los trabajadores. Sin embargo, esto no significa que los poderes públicos deban mantenerse al margen a la hora de elaborar un punto de equilibrio en esta contradicción de intereses, sino que deben intervenir teniendo en cuenta siempre los parámetros del Estado social de derecho.

"Las medidas flexibilizadoras deberán someterse al canon de compatibilidad establecido en principios constitucionales y los poderes públicos no deberán adoptarlas cuando contribuyan a convertir el Derecho del Trabajo en un ordenamiento acentuador de las desigualdades en lugar de compensador de las mismas (Alarcón Caracuel, 2004)."

Ha existido una corriente de opinión según la cual es necesario una reforma de la normativa laboral que permita una máxima flexibilidad del mercado de trabajo como condición necesaria para la animación del mismo. Expresado de manera radical, el planteamiento sería el siguiente: si se quiere que alguien arriesgue su dinero invirtiendo en actividades productivas creadoras de empleo, es necesario que se le garantice que puede emplear la mano de obra sólo durante el exacto tiempo (ni un día más, ni un minuto más) y en las exactas condiciones en que la misma le produzca un beneficio. Y para esto, es necesaria una libertad total:

- a) respecto a la duración inicial del contrato;
- b) respecto a la denuncia unilateral del mismo;
- c) respecto al uso de la fuerza de trabajo (movilidad funcional y geográfica);
- d) respecto a la duración y distribución de la jornada de trabajo; y
- e) respecto a la fijación del salario. Y todo esto responde a una inflexible lógica interna: la que dimana del dogma de la optimización de los beneficios empresariales.

Ahora bien:

"Es evidente que una línea de razonamiento de tal tipo, llevada a sus últimas consecuencias significa pura y simplemente la desaparición del Derecho del Trabajo como rama del ordenamiento que nace y perdura con la voluntad explícita de introducir mecanismos de corrección a la lógica descarnada de la ley de la oferta y la demanda cuando ésta se aplica al mercado de trabajo (Alarcón Caracuel, 2004)."

Ante un panorama de este tipo, resulta forzoso reconocer que la flexibilidad en el empleo de la mano de obra no es una demanda caprichosa ni una mera táctica patronal, sino una exigencia insoslayable de las nuevas relaciones

técnicas de producción, exigencia que convendría controlar y dominar para evitar que se traduzca en un empeoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de muchas personas.

Sin embargo, una vez dicho esto, hay que realizar tres precisiones:

- a) en primer lugar, que seguirán existiendo formas productivas clásicas coexistentes con las típicas de la sociedad terciarizada;
- b) en segundo lugar, que la flexibilidad es un concepto "macro" que encubre una gran diversidad de manifestaciones, cada una de las cuales requiere a su vez una diferente fórmula jurídica;
- c) y en tercer lugar, la flexibilidad es un sustantivo que necesita ser determinado, y la adopción de la estrategia flexibilizadora plantea dos grandes retos: el primero es el establecimiento de un sistema de reparto de empleo disponible, que deberá ser considerado no ya sólo como un medio de ganarse la vida, sino como un bien tutelable en sí mismo dada la marginación social a la que conduce la carencia de empleo; y el segundo es la cobertura suficiente e ilimitada de los lapsos temporales de desempleo forzoso.

No puede concluirse este análisis de las políticas flexibles sin hacer una breve mención a cómo han afectado las políticas flexibilizadoras a la articulación de las fuentes del derecho y, concretamente, a la potenciación de la negociación colectiva como instrumento de flexibilidad, así como a la revalorización del papel de la autonomía individual en las relaciones de trabajo.

El Derecho del Trabajo de la crisis se ha caracterizado por la potenciación de la negociación colectiva, en detrimento del papel intervencionista y protector de la ley, lo que ha comportado una reordenación en las relaciones entre ley y convenio colectivo. Se ha afirmado que dada la dificultad de la normativa estatal para adaptarse a unas relaciones laborales más diversas y cambiantes, la regulación convencional ofrece un mayor dinamismo a las situaciones que se plantean, ya no sólo por su carácter temporal, que permite una mejor adecuación a los cambios que puedan producirse durante la vigencia del convenio, sino por la posibilidad de adaptarse a las necesidades de una rama específica de la actividad. Se produce, por lo tanto, una reducción de la intervención reguladora del Estado, bien suprimiéndose mínimos legales, bien otorgando carácter dispositivo a determinados contenidos legales, configurando a la norma legal como subsidiaria del convenio colectivo o derogando determinados desarrollos reglamentarios.

La configuración de la negociación colectiva como principal instrumento de regulación de las relaciones de trabajo, en detrimento del poder normativo estatal, resulta hasta cierto punto criticable. En primer lugar, porque supone "construir un Derecho del Trabajo sobre presupuestos, fundamentos y estructuras distintas". En segundo lugar, porque la cesión de los espacios normativos estatales en favor de la autonomía colectiva no necesariamente supone una potenciación de la posición de las partes en la negociación. Y en tercer lugar,

porque la nueva articulación entre negociación colectiva y regulación estatal pone en tela de juicio el valor de la norma estatal como mínimo de derecho necesario que el convenio ha de mejorar, argumento que ha estado en la base de la evolución histórica del Derecho del Trabajo.

Únicamente con una correcta combinación de los principios de heterotutela estatal y autotutela colectiva se podrá avanzar algo en este sentido. Sin embargo, los dos principios deben estar conectados entre sí, puesto que no hay que olvidar de que, pese a todo, el Estado tiene mucho que decir en las relaciones laborales y que el Derecho del Trabajo está sustentado precisamente en el principio "pro operario". La intervención estatal en las relaciones laborales es necesaria también en cuanto portadora del "interés público", y no sólo como presunta defensora del "contratante más débil".

Por otra parte, en el Derecho del Trabajo de la crisis se asiste a una progresiva "individualización de las relaciones de trabajo", esto es, a una progresiva inclinación a revalorizar el papel de la autonomía individual en detrimento del papel de las previsiones legales y convencionales y su función reguladora de las condiciones de trabajo en la empresa. Se trataría de atribuir un papel más dinámico al contrato de trabajo, debido a las transformaciones en la organización y prestación del trabajo, que relativizan el tradicional conflicto de intereses entre capital y trabajo.

Naturalmente, la individualización exclusiva de las relaciones laborales no puede analizarse sino desde la más severa crítica, pues a la larga la imposición de la voluntad de los contratantes sobre la autonomía colectiva y la heteronomía estatal no sólo supone la propia desregulación del mercado de trabajo, sino que deja sin maniobrabilidad al sindicato y suprime los logros sociales históricamente conseguidos. Una regulación estrictamente individual de las relaciones de trabajo no es sino una concepción neoliberal de las mismas, que sólo conduce a la propia desaparición del Derecho del Trabajo, al no poder ejercer éste sus funciones básicas de intervencionismo tutelar y de reequilibrio interno en las relaciones laborales.

### **5.3. La flexibilización de las relaciones laborales en España**

El Estatuto de los trabajadores de 10 de marzo de 1980 nace en un contexto político y económico particular. Por un lado, era la primera norma laboral que desarrollaba la Constitución Española, la cual proclamaba el Estado social y democrático de derecho. Sin embargo, por otro lado, el ET nace en plena crisis económica y, por lo tanto, en una etapa en la que no faltaba quienes opinaban que parte de la culpa de la crisis la tenía la normativa laboral, y que para salir de la misma era necesario fortalecer el poder del empresario y recortar los derechos de los trabajadores (Alarcón Caracuel, 2004).

Desde el punto de vista de su ámbito de aplicación, el Estatuto de los trabajadores se aplicaba a un colectivo de ciudadanos que eran los trabajadores por cuenta ajena, definidos en función de unos determinados criterios jurídicos como son la ajenidad y la dependencia.

Por este motivo, quedaban excluidos del ámbito de aplicación del ET aquellos que no reunían las notas definitorias de la relación laboral. Los que presentaban singularidades en estas notas pasaban a tener una regulación jurídica particular de tipo reglamentario, lo cual dio pie a las denominadas *relaciones laborales especiales*.

Desde el punto de vista de las fuentes del derecho, el ET articuló las fuentes de la relación laboral de manera razonable: eliminó el intervencionismo estatal reglamentario en la regulación de las condiciones de trabajo, pasando a ocupar este espacio la negociación colectiva; y permitió una relación razonable entre ley y convenio colectivo.

Y desde el punto de vista del principio de estabilidad en el empleo, éste se consagró plenamente al proclamar el ET que el contrato de trabajo se presumía concertado por tiempo indefinido. Aspecto tremendamente positivo por dos razones: en primer lugar, porque gran parte de los derechos reconocidos en el ET sólo tienen sentido con una relación jurídica estable. Y en segundo lugar, porque todos los derechos reconocidos en este cuerpo legal son difícilmente exigibles para un trabajador cuyo contrato puede verse en peligro de adoptar una posición excesivamente reivindicativa.

Otros elementos de la regulación estatutaria importantes fueron los siguientes: se prohíbe el tráfico de mano de obra y, por lo tanto, las agencias privadas de colocación y la cesión ilegal de trabajadores; se establece un descanso semanal de día y medio; se clarifica la cuestión de salario distinguiendo entre percepciones salariales y extrasalariales; se permite la movilidad funcional con el límite de la categoría profesional; y se permite la movilidad geográfica y la modificación de condiciones de trabajo previo acuerdo individual o, en su defecto, autorización administrativa. Junto con esto, se contemplaba un determinado régimen de causalidad del despido, sin el cual la estabilidad sería ilusoria, ya que de nada sirve un contrato indefinido si el despido es libre.

El ET consiguió ser una norma garantizadora de los derechos del trabajador y suficientemente flexible como para permitir una adecuada gestión de los recursos humanos y de la competitividad de las empresas. Sin embargo, desde entonces el ET ha sido objeto de impugnación a lo largo de sucesivas reformas, dirigidas todas éstas en una misma dirección: reforzar el poder empresarial y disminuir los derechos laborales de los trabajadores.

Básicamente, destacarían cuatro reformas de contenido flexibilizador: la de 1984, la de 1994, la de 1997 y la del 2001, sin olvidar que la reciente reforma laboral efectuada en el año 2006 también incide parcialmente en la flexibilización de las relaciones de trabajo.

- 1984<sup>30</sup>

<sup>(30)</sup>En 1982, dos años después de la victoria del partido socialista, España tenía dos millones y medio de parados. La reforma de 1984 partió de la base de que la única forma de hacer descender el paro era la de utilizar la contratación temporal como medida de fomento de empleo. A partir de entonces, la contratación temporal creció exponencial-

#### Contenido complementario

Por lo tanto, la intervención normativa de los poderes públicos se limitó al poder legislativo y la negociación colectiva permitió una regulación garantizada de las condiciones de trabajo.

mente y la regla general (el contrato indefinido) se convirtió en excepción, y el contrato temporal en la estrella de la contratación. Pues bien, la reforma de 1984 provocó un aumento de la tasa de temporalidad hasta el triple de la media de la Unión Europea, y España pasó de tener una tasa de temporalidad en 1987 del 16% a una del 33% en 1998. Y para colmo, el paro no descendió porque si en 1984 había dos millones y medio de parados, en 1998 ascendían a casi tres millones.

- 1994<sup>31</sup>

<sup>(31)</sup>La siguiente reforma de 1994 partía de esta idea: si se refuerza de manera decidida el poder empresarial en la gestión de los recursos humanos, ya no será necesaria la contratación temporal porque el empresario adaptará la plantilla a las necesidades productivas, no aumentándola o disminuyéndola, sino manipulando sobre la jornada, utilizando la movilidad funcional, etc. A grandes rasgos, el contenido de la reforma de 1994 consistió en lo siguiente:

En primer lugar, se dejó fuera del ámbito regulador del Derecho del Trabajo a un sector de trabajadores que cumplían los requisitos de laboralidad, como fueron los transportistas con vehículo propio. En segundo lugar, se hace disponible por la negociación colectiva la regulación de determinadas materias que anteriormente tenían el carácter de norma mínima (como por ejemplo, con el salario o con la duración del periodo de prueba) y a la vez se introducen modificaciones en el régimen jurídico de la negociación colectiva en un sentido liberalizador, como son la admisión de las cláusulas de descuelgue salarial. Y en tercer lugar, la reforma de 1994 aumentó la flexibilidad de entrada, de permanencia, y de salida.

En lo que respecta a la flexibilidad de entrada, se suprime la presunción general del carácter indefinido del contrato de trabajo; se crean figuras contractuales precarias como es el contrato de aprendizaje; y sobre todo, se autorizan las empresas de trabajo temporal, lo que supuso legalizar el prestamismo laboral bajo la argumentación de que las mismas ya funcionaban en otros países europeos.

En lo que respecta a la flexibilidad de permanencia, se aumentan las facultades empresariales en la determinación de la prestación de trabajo y en el uso de los recursos humanos en la empresa. De esta manera, en materia de jornada se deroga el recargo salarial de las horas extraordinarias, que pasan a ser retribuidas en la práctica como si se tratase de horas ordinarias y siempre que no se compensen con descanso. En materia de salario, se produce un retroceso en su configuración legal y se desregulariza la estructura salarial. En materia de clasificación profesional, se permite que ésta se realice sobre la base de grupos profesionales y no de categorías profesionales, lo que repercute de manera significativa en la expansión de la movilidad funcional que el empresario puede adoptar sin apenas ningún control. Y por último, se suprime la autorización administrativa para los traslados y para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

En lo que respecta a la flexibilidad de salida, se producen modificaciones significativas en el régimen de los despidos: en primer lugar, se suprime la necesidad de autorización administrativa para una parte de los despidos colectivos; y en segundo lugar, en el ámbito de los despidos disciplinarios individuales se suprime el despido nulo por falta de forma, que pasa a ser calificado como improcedente. Es decir, se legitima el despido verbal indemnizado.

- 1997<sup>32</sup>

<sup>(32)</sup>La reforma de 1997 tenía dos objetivos: reducir el paro y la tasa de temporalidad, y es que pese a la coyuntura económica favorable, las empresas seguían sin contratar con carácter indefinido, de modo que la tasa de temporalidad no sólo no disminuyó, sino que incluso aumentó. Para conseguir reducir la tasa de temporalidad, quedaba sólo una tecla por tocar: el precio del despido.

En esta fecha, las centrales sindicales mayoritarias y las patronales firmaron tres importantes acuerdos, entre los que se encontraba el Acuerdo para la estabilidad en el empleo, que posteriormente pasaría a convertirse en un Real Decreto-Ley de 1997. Por lo tanto, se trató de una reforma pactada en la que se acuerda fomentar los contratos indefinidos a cambio de facilitar y abaratar los despidos, pero con una consecuencia perversa que es que la reforma de 1997 no hizo más que certificar la metabolización por parte del movimiento sindical de una reforma (la de 1994) a la que se había opuesto mediante una huelga general y de la que ya no se habla.

La reforma de 1997 consistió básicamente en incentivar la contratación indefinida mediante tres vías: la primera era la creación de una figura contractual "experimental" denominada contrato para el fomento de la contratación indefinida, cuya característica con-

sistía en el hecho de que los despidos individuales y plurales por causas objetivas de los trabajadores contratados bajo esta modalidad, si eran declarados improcedentes, daban lugar a indemnizaciones sustancialmente menores que la máxima legal. La segunda vía era incentivar la utilización de esta nueva forma contractual con una variada gama de incentivos económicos consistentes en significativas rebajas de las cuotas patronales a la Seguridad Social, además de ciertos incentivos fiscales. Y en tercer lugar, se hace menos difícil la calificación como procedente del despido por circunstancias económicas, técnicas organizativas o de producción.

En definitiva, la reforma de 1997 consistió en una rebaja del coste del despido a cambio de que el empresario utilizase la contratación indefinida apoyada con incentivos económicos. El legislador dio un plazo de cuatro años, que se renovó en el año 2001.

Los resultados de esta reforma no han sido tampoco los esperados, y pese a que la tasa de desempleo se redujo hasta índices del 9%, y la tasa de temporalidad también decreció, España sigue siendo un país con una alta tasa de temporalidad, principalmente en el empleo femenino, si se compara con la media europea. Y por otra parte, el mantenimiento de los incentivos económicos por la vía de las bonificaciones de Seguridad Social no parece que sea una receta de política económica excesivamente correcta. Además, no es que las recientes reformas laborales hayan tenido que ver mucho con el descenso del paro, pues éste ha coincidido, casi simultáneamente, con una fase expansiva del ciclo económico.

- 2001<sup>33</sup>

<sup>(33)</sup>La reforma del 2001, realizada mediante la Ley 12/2001, de 9 de Julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y la Mejora de su Calidad, va dirigida hacia dos fines fundamentales (exposición de motivos): uno de orden cuantitativo, que es el "incremento del empleo", y otro de orden cualitativo, que es "la mejora de su calidad", objetivo éste que no consiste sino en aumentar el empleo estable o, si se prefiere, reducir nuestra altísima tasa de temporalidad en la contratación laboral (objetivos perseguidos desde hace años).

El contenido esencial de la reforma del 2001 pivota sobre una continuidad en los fines: incrementar el empleo estable y los contratos a tiempo parcial. Y también una continuidad en el instrumento clave para alcanzar estos fines: incentivar a las empresas en esta dirección. Sin embargo, esto supone una estricta prolongación de las recetas ya conocidas: permanentizar la rebaja del coste del despido y seguir reduciendo las cotizaciones sociales en la contratación indefinida. Junto con estos dos pilares, aparece un conjunto extrasistemático de medidas de índole muy diferente que afectan a bastantes artículos del ET en materias distintas (Alarcón Caracuel, 2001).

Hay que valorar positivamente la aparición tímida de algunas líneas novedosas de intervención, basadas en la penalización de la contratación temporal. Tal es el caso de la limitación de la duración máxima de ciertos contratos temporales por convenio colectivo; la prohibición de contratar a trabajadores temporales mediante una ETT para sustituir a otros fijos de plantilla, previamente despedidos; aquellas medidas dirigidas a limitar los abusos en la contratación temporal (sobre todo, la indebida contratación en cadena); el intento de garantizar el principio de igualdad entre los trabajadores fijos y los temporales y facilitar la conversión de los temporales en fijos, etc.

La reforma del 2001 es, por lo tanto, una reforma continuista de las anteriores desde 1994, en cuanto a sus fines: hay que aligerar las cargas que soportan las empresas si se quiere que éstas contraten y, aún más, si se quiere que lo hagan de manera indefinida. Se trata de una reforma impuesta, no pactada, lo cual aparece como una novedad respecto a la reforma de 1997, si bien lo raro fue más bien el pacto de 1997. Además, es una reforma heterogénea, porque aprovecha la ocasión para introducir modificaciones variadas.

En los últimos años, se han seguido introduciendo medidas flexibilizadoras. Así sucedió con la pretendida supresión de los salarios de tramitación, que son aquellos salarios a los que el trabajador tiene derecho desde que es despedido hasta la fecha en que recae la sentencia declarando la improcedencia del despido, y por lo tanto mientras se tramita el proceso, y que como consecuencia de la contestación sindical mediante una huelga general fue retirada a los pocos meses.

En lo que respecta a la eliminación de los salarios de tramitación, cabe decir lo siguiente: en primer lugar, los salarios de tramitación hacen viable la idea de que el despido injusto o sin causa (cuando así lo declara un juez) no debería producir efectos y, por lo tanto, el trabajador debiera haber continuado cobrando su salario desde la fecha del despido hasta la de la sentencia. Su eliminación tiene, pues, el profundo significado de eliminar toda huella de esta construcción teórica del despido causal y sustituirla definitivamente por la del despido libre indemnizado: la voluntad extintiva del empresario convierte automáticamente al trabajador en parado y, como tal, empezará a cobrar –si tiene derecho– la prestación por desempleo, y sólo quedará por discutir el precio del despido.

Por otra parte, la eliminación de los salarios de tramitación, al margen de su inaceptabilidad conceptual, no es intrascendente para el desempleado: la media de duración de los mismos se sitúa en torno a los cuatro meses, que es también la duración legal de la prestación por desempleo cuando se acredita un año de cotización. Dado que esta prestación es inferior a los citados salarios, está claro que, en términos económicos, su supresión en gran cantidad de casos supondrá un perjuicio mayor al trabajador que si se le hubiera suprimido la prestación por desempleo.

Además, habida cuenta de que existe una obligación de cotizar por los salarios de tramitación, el trabajador perderá estas cotizaciones, lo que repercutirá negativamente en sus futuras prestaciones de Seguridad Social, empezando por la inmediata de desempleo. La reforma del Real Decreto 5/2002 significó, por lo tanto, un abaratamiento indirecto del despido para los empresarios, enmarcado en una política restrictiva de los derechos laborales, que motivó la huelga general de 20 de junio del 2002 y la correspondiente fractura con los sindicatos.

El Real Decreto-Ley 42/2002, con el que el Gobierno quiso rectificar la anterior norma, no ha supuesto más que un maquillaje respecto de Real Decreto 5/2002, pues se sigue otorgando al empresario la posibilidad de paralizar los salarios de tramitación, siempre que reconozca la improcedencia del despido y deposite la indemnización correspondiente ante el decanato de los juzgados de lo social. La actual regulación no puede esconder, por lo tanto, el funcionamiento de un auténtico desistimiento unilateral y sin causa del despido, ya que el empresario puede despedir alegando una causa justa de despido y a renglón seguido, sin solución de continuidad, reconocer la improcedencia del mismo. Se está empezando a caminar por la vía del despido libre pero indemnizado. El único paso que queda ya por dar es el despido libre y sin indemnización.

La llegada al poder del partido socialista en el 2004 ha permitido la introducción de ciertas medidas garantistas, como ha sido el incremento del salario mínimo interprofesional para compensar su devaluación en los últimos años, al no haberse incrementado de acuerdo con el índice de precios al consumo.



Sin embargo, se trata de una medida de impacto relativo si se tiene en cuenta entre otras cosas que este incremento no afectará a aquellas normas de Seguridad Social que utilicen este salario como punto de referencia para su cálculo.

La última reforma legislativa de contenido laboral se ha producido mediante el Real Decreto-Ley 5/2006 de 9 de junio, convertido en Ley 43/2006 de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. En la misma, aparecen aspectos de flexibilización del mercado de trabajo y otros aspectos destinados a distintos fines.

La evolución reciente del mercado de trabajo en España se ha caracterizado por un fuerte incremento del empleo, que se sitúa en el primer trimestre del 2006 en el 4,9 % en tasa de variación interanual. El incremento del empleo se ha producido tanto en los contratos indefinidos como en los temporales, aunque más intensamente en estos últimos. El notable aumento del empleo, pese a que ha ido acompañado de una aceleración de la población activa, ha determinado un descenso de la tasa de paro, desde el 11,5% en el 2002 y el 2003 hasta el 9,2% en el 2005 y el 9,1% en el primer trimestre de 2006, lo que significa que esta tasa se encuentra, por primera vez desde 1979, por debajo del 10%.

Pese a esto, todavía persisten problemas en el mercado de trabajo español que deben superarse, con la finalidad de cumplir los compromisos de la Estrategia de Lisboa y, en general, de mejorar la situación de los trabajadores. Entre estos problemas, figuraban la reducida tasa de ocupación y actividad de las mujeres españolas; el hecho de que la tasa de paro todavía supere ligeramente la media de la Unión Europea, y sea especialmente elevada en el caso de los jóvenes, las mujeres y las personas con discapacidad; la persistencia de segmentaciones entre contratos temporales e indefinidos; y, sobre todo, la elevada tasa de temporalidad, la más alta de la Unión Europea, y por encima del doble de la media de ésta.

Desde el año 2005, el Gobierno, las organizaciones empresariales y los sindicatos mantuvieron un proceso de diálogo y negociación sobre el mercado de trabajo que culminó con la firma el 9 de mayo del 2006 de un Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo. Las medidas que incluye el Acuerdo se dirigen, por lo tanto, a afrontar los desequilibrios de nuestro mercado de trabajo, insuficiente volumen de empleo y elevada temporalidad, y se pueden agrupar en tres grandes capítulos.

En primer lugar, el Acuerdo contiene medidas dirigidas a impulsar y apoyar el empleo, la contratación indefinida y la conversión de empleo temporal en fijo, bonificando y estimulando los nuevos contratos indefinidos y reduciendo las cotizaciones empresariales al Fondo de Garantía Salarial y por desempleo, centradas estas últimas en el empleo estable. En segundo lugar, el Acuerdo

incluye medidas para limitar la utilización sucesiva de contratos temporales, así como para introducir mayor transparencia en la subcontratación de obras y servicios entre empresas cuando comparten un mismo centro de trabajo. Se contempla también el refuerzo de los recursos humanos y materiales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y se articula la participación de los interlocutores sociales en la definición de sus objetivos y programas. En tercer lugar, se acuerdan medidas destinadas, por una parte, a potenciar la eficiencia de las políticas activas de empleo y la capacidad de actuación del sistema nacional de empleo y, por otra, a mejorar la protección de los trabajadores ante la falta de empleo, tanto en materia de protección por desempleo como en las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial.

En suma, el Acuerdo supone una apuesta estratégica del Gobierno, las organizaciones empresariales y los sindicatos por la estabilidad del empleo. Y todas estas medidas se han plasmado en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre para la Mejora del Crecimiento y del Empleo.

La Ley se estructura en tres capítulos. El primero de éstos incluye las medidas de impulso de la contratación indefinida y, entre las mismas: el nuevo Programa de fomento del empleo, el estímulo de la conversión de contratos temporales en indefinidos y la reducción de cotizaciones empresariales. El segundo capítulo recoge distintas modificaciones de la legislación laboral para mejorar la utilización de la contratación temporal, la transparencia en la subcontratación de obras y servicios y su delimitación respecto de la cesión ilegal de trabajadores y las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial. Y el tercero, las mejoras de la protección por desempleo de colectivos específicos.

El nuevo Programa de fomento del empleo se dirige fundamentalmente a impulsar la utilización de la contratación indefinida inicial por parte de las empresas. A tal fin se concentran los apoyos públicos en la contratación estable y se favorece la conversión de empleos que hoy son temporales en fijos mediante un Plan extraordinario de carácter excepcional y vigencia limitada. Para alcanzar los objetivos arriba señalados, se modifica el sistema de incentivos a la contratación indefinida, de acuerdo con los siguientes criterios: mejor selección de los colectivos beneficiarios; simplificación de las cuantías de las bonificaciones; ampliación de la duración de los incentivos con el objetivo de favorecer el mantenimiento del empleo; y sustitución de los porcentajes de bonificación actuales por cuantías fijas de bonificación.

Igualmente, para contribuir al objetivo de mantener la creación de empleo y fomentar la utilización de la contratación indefinida, se establece una cotización empresarial por desempleo para los contratos indefinidos menor que la actual, que se concreta en una reducción inicial de 0,25 puntos porcentuales aplicable desde el 1 de julio del 2006 y que irá seguida de otra reducción adicional de 0,25 puntos porcentuales a partir del 1 de julio del 2008, que se establecerá en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Asimismo, se elimina el recargo en la cotización por desempleo en los con-

tratos temporales celebrados por empresas de trabajo temporal y se reduce la cotización empresarial al Fondo de Garantía Salarial, sin por esto afectar al equilibrio financiero de la institución.

En materia de contratación temporal, siendo objetivo prioritario la necesidad de reducir la temporalidad, se incluyen en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores límites temporales para los sucesivos contratos de este carácter que puede suscribir una empresa con un trabajador. Se deroga también la figura del contrato temporal de inserción, que no ha cumplido las expectativas para las que se había creado, y se modifica la regulación de los límites máximos de edad de los trabajadores con los que se pueden suscribir contratos para la formación.

En relación con la subcontratación de obras y servicios, se actualizan algunos elementos de la legislación vigente con el objetivo de asegurar que la organización empresarial de la producción mediante distintas fórmulas de descentralización productiva sea compatible con la protección de los trabajadores, especialmente cuando se trate de empresas principales, contratistas y subcontratistas que comparten de manera continuada un mismo centro de trabajo. Por otra parte, se procede a deslindar la subcontratación de obras y servicios entre empresas de las prácticas que incurren en la figura de la cesión ilegal de trabajadores, teniendo presente que, según nuestra legislación, la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo puede efectuarse legalmente mediante empresas de trabajo temporal. Con esta finalidad, se incorpora al Estatuto de los trabajadores una definición de la cesión ilegal de trabajadores, que traslada a la ley la jurisprudencia sobre esta materia.

Dentro de las modificaciones del Estatuto de los trabajadores, se mejora la protección de los trabajadores dispensada por el Fondo de Garantía Salarial en caso de insolvencia empresarial. Para esto, se modifican los límites y topes de cálculo actualmente aplicados (cuantía del salario mínimo, consideración de las pagas extraordinarias, número de días de salario e indemnización adeudados) y se incluyen entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA algunas que no figuran en la actual redacción del artículo 33 del Estatuto de los trabajadores (indemnizaciones por determinadas extinciones de contratos por causas objetivas o en el marco de un procedimiento concursal, así como las debidas por finalización de contratos temporales).

La protección de los trabajadores ante la falta de empleo se ve completada mediante las modificaciones que se introducen en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Un examen del sistema de protección por desempleo ha permitido identificar determinados colectivos específicos cuya protección conviene reforzar, como son, entre otros, los mayores de 45 años sin responsabilidades familiares y los trabajadores fijos discontinuos. Por todo esto, se incluyen una serie de medidas para mejorar la cobertura y protección de estos colectivos.

Por otro lado, entre los objetivos compartidos por los firmantes del Acuerdo figura el de reforzar el sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para mejorar la eficacia y la eficiencia del mismo. Para esto, se articula en el Real Decreto-Ley la necesaria consulta y participación de los interlocutores sociales en la definición de los objetivos y programas de la Inspección, en los ámbitos estatal y autonómico.

Finalmente, con el objetivo de potenciar la capacidad de actuación del sistema nacional de empleo, se incluye en el Real Decreto-Ley el necesario establecimiento de un Plan global de modernización del servicio público de empleo estatal, que garantice la adecuada coordinación con los servicios públicos de empleo autonómicos.

## **6. Las políticas laborales de conciliación de la vida laboral y familiar**

### **6.1. Delimitación normativa**

En la protección de la mujer trabajadora, confluyen medidas de distinta índole: desde las que tienen un claro matiz laboral, cuya finalidad es acomodar el contrato de trabajo preexistente al proceso biológico para que queden salvaguardados los intereses de la trabajadora, hasta aquellas medidas, generalmente articuladas en normas de seguridad social, que pretenden garantizar no sólo la preservación de la salud de la madre y del hijo, sino el nivel de recursos económicos, esto es, aminorar la pérdida de ingresos que se produzca.

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico interno, la necesidad de conciliar el trabajo y la familia y, por extensión, la protección juridicolaboral de la mujer trabajadora, debe insertarse desde una perspectiva constitucional, en tres preceptos que operan como sustento a la misma y que serían el artículo 14 (derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo), el artículo 39.1 (deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia) y el artículo 9.2 de la CE (deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales, así como de remover los obstáculos que impidan o dificulten la participación de los mismos en la vida política, económica, cultural y social).

No menos cierto es que la maternidad ha sido causa de tratamientos desiguales en el mundo de las relaciones laborales, y se han producido manifestaciones de discriminación en todo el conjunto social. Dado que la igualdad entre el hombre y la mujer ha sido un objetivo prioritario del Derecho del Trabajo, en esta tendencia se han introducido progresivamente modificaciones en el tratamiento de la maternidad de la mujer trabajadora para poder permitir a ésta compatibilizar el trabajo con las necesidades de dar a luz.

En lo que respecta al ámbito internacional, destaca el Convenio núm. 132 de la OIT relativo a la maternidad de la mujer trabajadora, y por lo que respecta al ámbito del derecho comunitario, la maternidad y la paternidad, han venido recogidas básicamente en dos directivas: la Directiva del Consejo 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, relativa a la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia; y la Directiva del Consejo 96/34/CEE de 3 de

junio de 1996 sobre el permiso parental y la ausencia del trabajo para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

La transposición a la legislación española de esta normativa ha llevado a numerosas reformas legislativas internas que han culminado con la Ley 39/99, en la que se abordan cuatro temas cruciales: intenta facilitar la participación de los trabajadores en la vida familiar; intenta promover más profundamente la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres trabajadoras; intenta equilibrar los permisos por maternidad y paternidad para que los mismos no se conviertan en un inconveniente para el acceso de las mujeres a puestos de trabajo; y por último, intenta hacer partícipes a los hombres en el cuidado de los hijos recién nacidos.

Tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley 39/99 de 5 de noviembre, "para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", la incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo, lo cual ha impuesto configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada.

Esta exigencia ha venido impuesta tanto desde el derecho interno como desde el derecho comunitario e internacional. Y es que, si bien la protección por maternidad va destinada a todas las mujeres y concierne a la sociedad misma, reviste además una significación especial para aquellas mujeres que ejercen una actividad profesional, y trata de garantizar que su situación biológica no constituya un obstáculo en su actividad profesional.

Como indica su exposición de motivos, la Ley no sólo completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria (superando en algunos casos los niveles mínimos de protección previstos en las mismas), sino que también introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar. De esta manera, da un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

La Ley de 1999 trata de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad, sin que esto afecte a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad para las mujeres. Y paralelamente, se facilita que los hombres puedan ser copartícipes en el cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia.

## 6.2. La conciliación de la vida laboral y familiar como causa de interrupción del contrato de trabajo: los permisos retribuidos

### a) El permiso para exámenes prenatales<sup>34</sup>

<sup>(34)</sup>En lo que respecta a las denominadas interrupciones de la prestación laboral, cabe señalar que existen ocasiones en las cuales la prestación laboral queda interrumpida por la concurrencia de una determinada causa. Existen dos grandes grupos de interrupciones, aquellas en las que el trabajador no se encuentra dispuesto a realizar su prestación, por lo que voluntariamente la interrumpe, y aquellas en las que el trabajador sí que se encuentra dispuesto para realizar su prestación pero ésta no es posible. En ambos tipos, el trabajador mantiene el derecho a cobrar el salario y aquí radica la diferencia entre la interrupción de la prestación de trabajo, frente a las causas de suspensión previstas en el artículo 45 del ET. Una de las causas de interrupción del contrato es el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.

### b) El permiso por lactancia<sup>35</sup>

<sup>(35)</sup>El artículo 37.4 del ET también regula la interrupción de las trabajadoras por lactancia (natural o artificial) de un hijo menor de nueve meses. En tales casos, las trabajadoras tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que pueden dividir en dos fracciones, y la mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora, con la misma finalidad. Este permiso puede ser disfrutado indistintamente por el padre o la madre en caso de que ambos trabajen. Además, según el artículo 37.6 del ET, la concreción horaria del permiso de lactancia corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. Y en cualquier caso, el trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria en el disfrute del permiso por lactancia se resolverán por la jurisdicción social mediante un proceso judicial preferente y urgente.

La Ley 12/2001 ha introducido un nuevo apartado 4 bis en el artículo 37 del ET según el cual, en los casos de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, podrán reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.

### c) La reducción de jornada por guarda legal de un menor, disminuido o por cuidado de familiares<sup>36</sup>

<sup>(36)</sup>El artículo 37.5 y 6 del ET regula aquella posibilidad de reducir su jornada, que tienen los trabajadores que tengan a su cuidado directo algún menor de seis años o a un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe otra actividad retribuida. En tales casos, los trabajadores tendrán derecho a una reducción de su jornada de al menos un tercio y como máximo de la mitad de la misma. Ahora bien, esta reducción de la jornada determinará una disminución proporcional del salario, con lo que dicha interrupción se aleja del régimen general de las interrupciones.

El mismo derecho tendrá quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida. La reducción de la jornada constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. En cualquier caso, la determinación del periodo de disfrute de la reducción de jornada corresponderá al trabajador.

### 6.3. La conciliación de la vida laboral y familiar como causa de suspensión del contrato de trabajo

#### a) La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo<sup>37</sup>

<sup>(37)</sup>En los supuestos de riesgo durante el embarazo, la trabajadora también tiene derecho a una prestación de Seguridad Social y la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

#### b) La suspensión del contrato de trabajo en los supuestos de parto<sup>38</sup>

<sup>(38)</sup>El artículo 45.1d) del ET se refiere a la "maternidad de la mujer trabajadora" y el artículo 48.4 del ET señala que en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de manera ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El periodo de suspensión se distribuirá a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del periodo de suspensión. El precepto únicamente exige que fallezca la madre, y por lo tanto es indiferente si la madre era o no trabajadora, pues el objeto de este periodo suspensivo es el cuidado del hijo.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por el hecho de que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, de manera simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud. Por lo tanto, el padre puede disfrutar de este periodo cuando la madre ejercite la opción en favor de la suspensión del contrato del padre trabajador. La opción de quién ha de disfrutar dicha suspensión es ejercitada por la madre en el inicio del periodo por maternidad.

Además, en los casos de parto prematuro y en aquellos en los que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre.

Se trata de un derecho irrenunciable, reconocido con independencia del estado civil o filiación del hijo, del tipo de contrato de trabajo, del tiempo que lleven contratados quienes lo ejerciten, del tipo de trabajo que se desarrolle, etc. El fundamento del reconocimiento de esta causa suspensiva se encuentra en la delicada situación fisiológica en la que, con ocasión del parto, se coloca a la mujer trabajadora, así como en facilitar el cuidado del hijo en los primeros momentos. Aun así, en el caso de muerte del hijo, la mujer tiene derecho al descanso obligatorio de seis semanas. Esta previsión proviene del artículo 3.2 del Convenio núm. 103 de la OIT, relativo a la protección de la maternidad. Tras la suspensión, hay un derecho estricto a reanudar el trabajo en el mismo puesto.

#### c) La suspensión del contrato de trabajo en los supuestos de adopción o acogimiento de un menor de seis años<sup>39</sup>

<sup>(39)</sup>En los supuestos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de adopción.

La suspensión será también de dieciséis semanas en los casos de adopción o acogimiento de mayores de seis años, cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales, o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar. En caso de que el padre y la madre trabajen, el periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de manera simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y con los límites señalados.



En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de dieciséis semanas previstas en todos los supuestos antes contemplados, o de las que correspondan en caso de parto múltiple. Además, los periodos de descanso podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Por último, debemos recordar que los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores que tengan suspendido su contrato de trabajo durante los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento tendrán derecho a una bonificación del 100% en las cuotas empresariales de la Seguridad Social.

#### d) La excedencia por cuidado de hijos y de familiares<sup>40</sup>

<sup>(40)</sup>El artículo 46.3 del ET regula un supuesto de excedencia, por un plazo no superior a tres años, reconocida como derecho del trabajador "para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción o, en los casos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa".

Los trabajadores también tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a un año –salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva– para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

Ambas excedencias constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Según el propio artículo, cuando un nuevo sujeto causante (y por lo tanto, los sucesivos hijos) diera derecho a un nuevo periodo de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando. Por lo tanto, el nacimiento o adopción de cada hijo abre un nuevo periodo de excedencia que pone fin al que pudiera estar disfrutando.

Este tipo de excedencia tiene un máximo de tres años, y es total o parcialmente renunciable, ya que no se trata de un derecho necesario, al contrario de lo que sucede con el descanso posparto. Por lo tanto, la renuncia puede producirse tanto retrasando el inicio de la excedencia como anticipando su conclusión. Así pues, y en el caso de nacimiento de hijo, según el tenor legal los tres años comienzan a contar a partir del día del parto. Esto no quiere decir que la excedencia haya de pedirse inmediatamente después de éste (puede suceder que el trabajador o trabajadora desee agotar la suspensión por maternidad). Ahora bien, si no se pide inmediatamente después de éste, a la duración máxima de tres años habrá que descontar el tiempo transcurrido y, por lo tanto, la duración máxima será menor.

Lo normal será que la excedencia por cuidado de hijos se pida al concluir la suspensión por maternidad. Sin embargo, distintas circunstancias de la vida familiar pueden llevar a la petición y disfrute en otro tiempo dentro de los tres años, a contar desde el nacimiento del hijo. En cualquier caso, y dado que la ley impone un periodo obligatorio de descanso posterior al parto de seis semanas, el periodo de excedencia debe iniciarse después de finalizado dicho periodo de descanso obligatorio.

Se sobreentiende que en los casos de adopción o acogimiento el plazo de tres años empieza a contar desde la fecha de la resolución administrativa o de la decisión judicial de acogimiento o adopción, a elección del trabajador, aunque algún autor ha señalado lo contrario, dados los términos taxativos del artículo 46.3 del ET. Además, los hijos pueden ser tanto matrimoniales como extramatrimoniales. Y en el caso de separación o divorcio, el derecho corresponderá a quien ejerza la custodia del hijo.

El trabajador tiene derecho a la reserva de puesto de trabajo "durante el primer año". En este primer periodo, se está en una situación cuyos efectos coinciden exactamente con los de la excedencia forzosa, y por lo tanto el trabajador tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo y computa a efectos de antigüedad. El derecho a la reserva del puesto durante el primer año se cuenta a partir del inicio del periodo de excedencia que, a su vez, comienza una vez solicitada por el trabajador y concedida por la empresa, y no desde la fecha del nacimiento del hijo. El reingreso durante el primer año es automático y no supeditado a la existencia de vacante. Además, ha de ser en la misma categoría,

retribución y condiciones anteriores, sin modificación sustancial alguna, como podría ser un cambio de turno.

Sin embargo, si el periodo de excedencia es superior, "la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente". Ésta es una previsión de reserva un tanto más débil que la que existe durante el primer año, pero a la vez más favorable que la reconocida para la excedencia voluntaria, en la que sólo se garantiza un derecho preferente al reingreso en puestos de igual o similar categoría, y no una verdadera reserva. Sin embargo, lo que no resuelve la ley es determinar cuál es el puesto de trabajo que hay que reservar (si el originario o si otro del mismo grupo profesional o categoría equivalente), en caso de que se solicite una segunda excedencia a partir del segundo año del nacimiento de la primera. La jurisprudencia ha entendido que el trabajador puede renunciar a disfrutar de la duración máxima de tres años, pero no a la específica y privilegiada situación del primer año en el que mantiene la reserva del mismo puesto de trabajo.

Durante todo el periodo de tiempo en el que el trabajador permanece en esta situación de excedencia, "le será computable a efectos de antigüedad". Además, se reconoce al trabajador el derecho "a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación". Aunque nada diga el ET, parece que, por analogía, la reincorporación habrá de producirse dentro del mes siguiente a la terminación de la excedencia (como sucede con las excedencias forzosas). La negativa al reingreso es constitutiva de despido improcedente. Los empresarios pueden sustituir mediante contratos de interinidad a los trabajadores en excedencia, y se establecen unas bonificaciones en las cuotas empresariales correspondientes a la Seguridad Social, tal y como dispone la Disposición Adicional 14 del ET.

#### **6.4. La extinción del contrato de trabajo por conciliar la vida laboral y familiar**

El despido disciplinario será declarado nulo cuando tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Será nulo el despido también en los siguientes supuestos:

- a) El de los trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento del artículo 45. 1d) del ET, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho periodo.
- b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión del contrato, y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos por maternidad del artículo 35.4 y 5 del ET, o si están disfrutando de éstos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el artículo 46.3 del ET.

Naturalmente, todo esto será de aplicación salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados. En caso de que el despido nulo se haya efectuado además sin observar las formas exigidas, no determina la primacía de la improcedencia, sino que prima la calificación de nulidad sobre la de improcedencia.

En caso de declaración de nulidad, el empresario está obligado a la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir en los términos previstos para el despido declarado improcedente y, por lo

tanto, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare la nulidad del despido, en la cual se fijarán dichos salarios. Si durante dicho periodo el trabajador hubiera percibido prestaciones por desempleo, la entidad gestora cesará en su abono y reclamará las cotizaciones a la Seguridad Social efectuadas, y el empresario deberá ingresar en la entidad gestora las cantidades percibidas por el trabajador y deducirlas de los salarios dejados de percibir con el límite de la suma de los mismos (nueva redacción tras el Decreto-Ley 5/2002 de 24 de mayo).

Además, si el trabajador hubiera encontrado otro empleo con anterioridad a la sentencia y el empresario probara lo percibido, éste lo podrá descontar de los salarios dejados de percibir. Y durante todo este tiempo, el empresario deberá mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social, con efectos desde la fecha del despido cotizando por este periodo, que se considerará de ocupación cotizada a todos los efectos. Si se opta por la readmisión, la relación laboral se restablece, pues se consideraba extinguida.

El despido objetivo será nulo también en los siguientes supuestos:

- a) El de los trabajadores, durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento del artículo 45. 1d) del ET, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de este periodo.
- b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión del contrato, y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos por maternidad del artículo 35.4 y 5 del ET, o si están disfrutando de éstos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el artículo 46.3 del ET. Naturalmente, todo esto será de aplicación, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados.

## **6.5. La conciliación de la vida laboral y familiar como contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social**

- a) La prestación económica de Seguridad Social por maternidad<sup>41</sup>

<sup>(41)</sup>Inicialmente, la maternidad estaba incluida en el régimen de la antigua incapacidad laboral transitoria, pero ha sido separada acertadamente, al ser una contingencia distinta que merece superior protección. Se trata de una figura dirigida a la protección de la maternidad, adopción o acogimiento del hijo, de manera que se permite que la madre, y en circunstancias determinadas el padre, puedan suspender la actividad laboral y dedicarse exclusivamente y durante un cierto tiempo a la atención de un nuevo hijo. Por lo tanto, se trata también de una institución de apoyo a la familia como bien constitucionalmente protegido (artículo 39 de la CE).

La prestación por maternidad protege tanto el hecho de la maternidad en sentido propio como las situaciones de adopción y acogimiento (preadoptivo y permanente), de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del ET (artículo 113 bis del TRLGSS). En lo que respecta a la duración del derecho, cuando sea por nacimiento de un hijo, o bien cuando se trate

de una adopción o acogimiento de un menor de seis años, la suspensión tiene una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. En caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, el plazo de suspensión se ampliará dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. En caso de acogimiento o adopción de menores con una edad superior a seis años, se tiene derecho al descanso si las circunstancias del menor (discapacidad, origen extranjero, etc.) lo aconsejan.

Beneficiario de la prestación es el trabajador o trabajadora que disfrute del correspondiente periodo de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del ET, en los términos desarrollados por un RD del 2001. El hecho de que el trabajador esté en situación de alta o asimilada es condición necesaria, y haber cubierto un periodo de cotización de al menos ciento ochenta días en los cinco años inmediatamente anteriores al parto o a las resoluciones de acogimiento o adopción es requisito adicional para tener derecho al subsidio por maternidad.

La prestación económica por maternidad consiste en un subsidio del 100% de la base reguladora (que se calcula de manera idéntica a la de incapacidad temporal por contingencias comunes). El parto múltiple y la adopción o acogimiento de más de un menor genera un subsidio especial a partir del segundo hijo.

La prestación nace a partir del inicio del descanso, y se debe formalizar comunicación mediante los partes de pronóstico de parto y de notificación del parto, según el caso, en el supuesto de maternidad, y de la resolución judicial o administrativa de adopción o acogimiento en tal caso. El derecho al subsidio se pierde o suspende cuando el beneficiario actúa fraudulentamente, así como cuando trabaja durante el periodo de descanso por cuenta propia o ajena (artículo 133. quinquies del TRLGSS). Naturalmente, también finaliza la prestación cuando se agotan los periodos fijados legalmente.

#### b) La prestación económica por riesgo durante el embarazo.<sup>42</sup>

<sup>(42)</sup>Esta prestación aparece en un capítulo específico del TRLGSS y es consecuencia de la suspensión contractual por riesgo durante el embarazo estipulada en el artículo 26.3 de la LPRL. Esta situación da derecho a la trabajadora afectada a una prestación económica consistente en el 75% de la base reguladora aplicada para determinar el subsidio por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

#### c) Las prestaciones familiares por hijo a cargo<sup>43</sup>

<sup>(43)</sup>La contingencia cubierta por el régimen de protección a la familia (protección garantizada en general por el artículo 39 de la CE) es la necesidad económica producida en el sujeto protegido como consecuencia de la existencia de responsabilidades familiares. El presupuesto de la cobertura de la Seguridad Social de estas situaciones de necesidad o exceso de gastos es la existencia de personas vinculadas por lazos de parentesco y de dependencia económica del sujeto protegido.

Las prestaciones familiares se configuran hoy en nuestro derecho como no contributivas, y su concesión, de hecho, no depende de haber cotizado, sino del concurso de la contingencia familiar y no superar ciertos niveles módicos de ingresos. Las prestaciones por hijo a cargo están reguladas en los artículos 180 a 190 del TRLGSS, los cuales conocen una modalidad contributiva y una no contributiva.

La denominada modalidad contributiva de la prestación por hijo a cargo no se trata de una prestación familiar financiada con cuotas (que es lo que en sentido propio significa la contributividad), sino algo distinto: que el primer año de excedencia con reserva de puesto de trabajo por cuidado de hijo u otros familiares se considera como periodo de cotización a efectos de devengar ciertas prestaciones (jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad), tal y como dispone el artículo 180 del TRLGSS.

Por lo que respecta a la modalidad no contributiva, las prestaciones familiares consistirán en: a) una asignación económica para cada hijo menor de 18 años o mayor de edad pero minusválido; b) una prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos, y c) una prestación económica de pago único por parte o adopción múltiples.

Por lo que respecta a la primera de ellas (la asignación económica), la situación protegida es el gasto familiar que se deriva del mantenimiento de los hijos menores o minusválidos. Por lo tanto, el hijo que da lugar al nacimiento de la prestación debe cumplir tal condición: ser menor de dieciocho años o mayor, pero minusválido, con una minusvalía de grado superior al 65%.

Puede tratarse de hijos acogidos en régimen de tutela o acogimiento familiar, preadoptivo o permanente, que convivan con el beneficiario y a sus expensas. Éste no pierde la condición de hijo o menor acogido a cargo por el mero hecho de realizar un trabajo lucrativo, por cuenta propia o ajena, siempre que continúe conviviendo con el beneficiario y que sus ingresos salariales anuales no superen el 75% del SMI.

La minusvalía deberá ser apreciada por los equipos de valoración de orientación, dependientes del IMSERSO, o en su caso, por los órganos correspondientes de las comunidades autónomas a las que se hubiera transferido estas funciones y servicios (en Cataluña, el ICASS).

En principio, sólo uno de los progenitores tiene derecho a la prestación, la cual se devenga mensualmente y es abonada por la TGSS de manera semestral salvo en ciertos casos (minusválidos mayores de dieciocho años en los que la periodicidad es mensual).

Respecto de las prestaciones por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivos hijos, la situación protegida es la existencia de una familia numerosa como consecuencia del nacimiento de un nuevo hijo, así como el incremento posterior de la misma. Por este motivo, la prestación se vincula al nacimiento de un nuevo hijo, a partir del tercero. Son beneficiarios de la prestación tanto el padre como la madre, así como quien legalmente haya de hacerse cargo de los hijos cuando éstos hayan sido abandonados o sean huérfanos de padre y madre.

Los beneficiarios deberán reunir los siguientes requisitos: en el ámbito contributivo, basta la afiliación y el alta o percepción de prestación periódica contributiva; y en el ámbito no contributivo, se precisa la residencia en territorio español. El importe de la prestación es único para todos los beneficiarios y consiste en una cantidad de pago único por cada hijo natural o adoptado a partir del tercero. Sólo uno de los progenitores, elegido de común acuerdo, podrá ser beneficiario de la prestación, y prevalecerá la condición de quien se integre en un régimen de Seguridad Social.

## **7. Políticas laborales para la protección de la trabajadora víctima de la violencia de género**

### **7.1. Delimitación normativa**

La Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, enfoca la violencia de género desde un punto de vista integral y multidisciplinar. Como indica su exposición de motivos, la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

Nuestra Constitución incorpora en su artículo 15 el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Además, continúa nuestra Carta Magna, estos derechos vinculan a todos los poderes públicos y sólo por ley puede regularse su ejercicio.

La Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 reconoció ya que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además, la define ampliamente como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Existe ya incluso una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada, que consiste en "las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral".

En la realidad española, las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia, y existe hoy una mayor conciencia que en épocas anteriores sobre ésta, gracias, en buena medida, al esfuerzo realizado por las organizaciones de mujeres en su lucha contra todas las formas de violencia de género. Ya no es un "delito invisible", sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social.

Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Estos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución,

la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos estos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.

La Ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres. El ámbito de la Ley abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las administraciones públicas. Igualmente, se aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula.

La violencia de género es enfocada por la Ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación. La conquista de la igualdad y el respeto a la dignidad humana y la libertad de las personas tienen que ser un objetivo prioritario en todos los niveles de socialización.

La Ley establece medidas de sensibilización e intervención en el ámbito educativo. Se refuerza, con referencia concreta al ámbito de la publicidad, una imagen que respete la igualdad y la dignidad de las mujeres. Se apoya a las víctimas mediante el reconocimiento de derechos como el de la información, la asistencia jurídica gratuita y otros de protección social y apoyo económico. Proporciona, por lo tanto, una respuesta legal integral que abarca tanto las normas procesales, creando nuevas instancias, como normas sustantivas penales y civiles, incluyendo la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley. Se establecen igualmente medidas de sensibilización e intervención en el ámbito sanitario para optimizar la detección precoz y la atención física y psicológica de las víctimas, en coordinación con otras medidas de apoyo.

Las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de manera efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer.

La Ley se estructura en un título preliminar, cinco títulos, veinte disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales. Por lo que aquí interesa, dicha ley establece medidas de protección en el ámbito social y modifica el Estatuto de los trabajadores para justificar las ausencias del puesto de trabajo de las víctimas de la violencia de género, posibilitar su movilidad geográfica, la suspensión con reserva del puesto de trabajo y la extinción del contrato.

En idéntico sentido se prevén medidas de apoyo a las funcionarias públicas que sufran formas de violencia de las que combate esta Ley, y se modifican los preceptos correspondientes de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Igualmente, se regulan medidas de apoyo económico y se modifica la Ley General de la Seguridad Social, para que las víctimas de la violencia de género generen derecho a la situación legal de desempleo cuando resuelvan o suspendan voluntariamente su contrato de trabajo.

Para garantizar a las víctimas de violencia de género que carezcan de recursos económicos unas ayudas sociales en aquellos supuestos en los que se estime que la víctima, debido a su edad, falta de preparación general especializada y circunstancias sociales no va a mejorar de manera sustancial su empleabilidad, se prevé su incorporación al programa de acción específico creado al efecto para su inserción profesional. Estas ayudas, que se modularán en relación con la edad y responsabilidades familiares de la víctima, tienen como objetivo fundamental facilitarle unos recursos mínimos de subsistencia que le permitan independizarse del agresor. Estas ayudas serán compatibles con las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

Existe en esta Ley un ánimo de transversalidad, en el cual se abordan distintos aspectos vinculados a la violencia doméstica: el penal, el civil, el publicitario, el administrativo y el social, entre otros. Prueba de esto es que el artículo 2 de la Ley, entre sus principios rectores, cita expresamente el de garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de la violencia de género.

La Ley diseña un programa integral, transversal y multidisciplinar, y con esto se pretende dispensar a las víctimas de este tipo de violencia una protección que abarque en su total dimensión todas sus necesidades, que repare todos los perjuicios y posibilite la recuperación psíquica y social y, lo que es aún más importante, que prepare a toda la sociedad en la sensibilización y prevención frente a estas agresiones.

Su ámbito de aplicación abarca a todas las mujeres víctimas de violencia, con independencia de sus señas de identidad personales o de cualquier otra circunstancia personal o social. De hecho, la Ley señala expresamente que los derechos que se reconocen a las víctimas lo son con independencia de su origen, por lo que incluye en su ámbito protector a un importante subcolectivo constituido por las mujeres inmigrantes.

En realidad, el destinatario de la ley son las mujeres víctimas de violencia, que precisan para su protección y recuperación psicosocial toda una serie de especiales atenciones y recursos que con carácter general ninguna ley garantiza a favor del conjunto de la población.

El título II de la Ley desarrolla el contenido de los derechos reconocidos a las mujeres víctimas de violencia, mediante tres bloques:

- a) los derechos de información, asistencia social integral y asistencia jurídica gratuita;
- b) los derechos laborales y de Seguridad Social, tanto para las trabajadoras por cuenta ajena como para funcionarias;
- c) los derechos económicos.

Ante el mercado de trabajo, la mujer víctima puede encontrarse en una de estas situaciones:

- a) en activo, prestando servicios para un empresario privado mediante un contrato de trabajo;
- b) en activo, vinculada funcionalmente a una Administración pública;
- c) en activo, como trabajadora por cuenta propia;



d) fuera del mercado, como desempleada o por razones de edad o invalidez.

Y para todas estas situaciones, la Ley diseña un conjunto de derechos para hacer efectivos los fines previstos en la misma. Con carácter introductoria, se puede afirmar que existen los derechos siguientes:

a) Derechos laborales de la trabajadora víctima de la violencia de género.<sup>44</sup>

<sup>(44)</sup>Derecho a reducir su tiempo de trabajo, derecho a reordenar su tiempo de trabajo, derecho a cambio de centro de trabajo, derecho a suspender el contrato de trabajo, derecho a extinguir el contrato de trabajo, derecho a ausencias injustificadas al trabajo.

b) Derechos en materia de Seguridad Social de la trabajadora víctima de la violencia de género<sup>45</sup>

<sup>(45)</sup>Derecho a acceder a las prestaciones por desempleo tras el ejercicio de sus derechos a suspender o extinguir el contrato de trabajo; derecho como demandante de empleo a su inclusión en programas específicos de empleo.

Para lograr este fin, la Ley 1/2004 introduce varias modificaciones legislativas: en la disposición adicional 7.<sup>a</sup> se altera el Estatuto de los trabajadores; en la 8.<sup>a</sup>, la Ley General de la Seguridad Social; y en la 9.<sup>a</sup>, se afecta a la Ley de Reforma de la Función Pública.

## **7.2. Políticas protectoras en materia de reducción de jornada y reordenación del tiempo de trabajo**

Se introduce un nuevo apartado 7 en el artículo 37 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, con el siguiente contenido:

"La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa."

Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora, y son de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias. Por lo tanto, la trabajadora puede bien reducir su jornada con disminución proporcional del salario, bien reordenar el tiempo de trabajo por medio de la adaptación del horario a sus intereses personales, o bien las dos cosas. Sin embargo, al respecto cabe hacer las precisiones siguientes:

- En primer lugar, que a los derechos citados se les acompaña una precisión, puesto que se señala que se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o

conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada. Sólo en su defecto, se dispone que la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora.

- En segundo lugar, en caso de que existan discrepancias a la hora de delimitar la concreción horaria y el periodo de disfrute de los derechos previstos, los convenios colectivos podrán arbitrar fórmulas de solución de las discrepancias, si bien en última instancia la solución de las mismas será ante los tribunales de justicia, por medio de un proceso en el que se discute la concreción horaria.

Con esto se puede dificultar el ejercicio de un derecho, por lo que no parece correcta en este caso la remisión a la negociación colectiva. Se emplea la negociación colectiva como mecanismo de limitación del ejercicio del derecho por parte de la trabajadora. Quizá hubiera sido más correcto que la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de la reducción de jornada correspondiera exclusivamente a la trabajadora. Además, la norma no contempla el derecho de retorno a trabajar a jornada completa o, simplemente, a trabajar más horas.

### 7.3. Políticas protectoras en materia de movilidad geográfica

En el artículo 40 del ET, la Ley 1/2004 introduce un nuevo apartado 3 bis, que prescribe lo siguiente:

La trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo. En tales supuestos, la empresa estará obligada a comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro.

El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrán una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora. Terminado este periodo, la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva.

Sea como fuere, la previsión normativa puede ser objeto de diferentes críticas:

- En primer lugar se habla de un derecho preferente, condicionado a la existencia de vacantes correspondientes a igual grupo profesional o categoría equivalente, lo que implica que no siempre se producirá un cambio de localidad.
- En segundo lugar, resulta esencial que el empresario cumpla el deber de informar sobre las vacantes existentes, pues en caso contrario la trabaja-

#### Contenido complementario

Interesa recordar que la trabajadora puede cambiar de centro de trabajo, sin que esto suponga cambio de residencia, y también hacerlo si implica un cambio de residencia

dora deberá realizar una tarea investigadora que puede ser complicada. Por este motivo, hubiera sido conveniente establecer mecanismos coercitivos (sanciones en la LISOS), por si el empresario incumple tal obligación.

#### **7.4. Políticas protectoras en materia de suspensión del contrato de trabajo**

La Ley 1/2004 introduce una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo en el artículo 45.1.n) del ET, que reconoce que el contrato se podrá suspender por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

Sin embargo, su ejercicio se materializa al introducirse un nuevo apartado 6.º en el artículo 48 del ET, donde se establece que el tiempo de suspensión será de hasta seis meses, si bien este plazo podrá prorrogarlo el juez y por periodos de tres meses adicionales y hasta los dieciocho, si de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección requiriese la continuidad de la protección.

Los problemas surgen si la víctima decide una prórroga de la suspensión de su contrato más allá de los seis meses. En tales casos se exige una resolución judicial, pero la Ley no hace expresa mención a qué juez será el encargado de esto (si el juez del orden social o el de violencia de género), aunque parece que debería ser el juez social.

En cualquier caso, para el ejercicio de estos derechos se exige contar con una orden de protección expedida por el juez de violencia o, en su caso, con un informe del Ministerio Fiscal.

#### **7.5. Políticas protectoras en materia de extinción del contrato de trabajo**

##### **a) En materia de extinción voluntaria de contrato de trabajo<sup>46</sup>**

<sup>(46)</sup>La primera gran incidencia es que la Ley introduce una nueva causa de extinción del contrato de trabajo en el artículo 49 1m) del ET "por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género". Al respecto, cabe hacer varias precisiones:

En primer lugar, parece que no será exigible que medie el preaviso que se exige legalmente para la dimisión del trabajador, ya que dada la gravedad que acompaña la situación personal de la trabajadora no debe ser exigible el preaviso habitual.

En segundo lugar, la Ley introduce una nueva causa de extinción en el ET, pero no realiza ninguna referencia a una posible indemnización o compensación que derive de la misma. Pues bien, cuando la mujer se vea compelida a abandonar su puesto de trabajo por ser víctima de violencia, en realidad está rescindiendo el vínculo por razón de una causa de fuerza mayor que incide en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, por lo que cabe entender que queda eximida de tener que indemnizar al empresario por los daños y perjuicios que hubiera podido causar.

## b) En materia de despidos por causas objetivas<sup>47</sup>

<sup>(47)</sup>La segunda gran incidencia es que se ha dado una nueva redacción al artículo 52.d) del ET, que establece que no se considerarán como faltas de asistencia, a efectos de computar las faltas al trabajo que justifican la adopción de un despido objetivo, "las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda". Al respecto cabe hacer algunas precisiones:

La primera es que, como se acaba de indicar, con la nueva redacción dada al artículo 52.d) del ET, tales ausencias no se consideran para el cómputo del absentismo que justifica un despido objetivo. Por lo tanto, si bien el absentismo es una causa de despido objetivo, para el cómputo del mismo se excluyen las ausencias derivadas de violencia de género.

Otra precisión es que la Ley 1/2004 insiste en que las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o los servicios de salud –según proceda–, sin perjuicio de que estas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad.

Por lo tanto, como consecuencia de reconocer el derecho a tales ausencias e impuntualidades, las mismas no podrán considerarse injustificadas para despedir disciplinariamente a la mujer víctima de la violencia de género. Será en estos casos la necesidad de la atención social la causa que justifique las ausencias o impuntualidades al trabajo. Sin embargo, para esto serán relevantes los posibles justificantes de ausencia que expidan los servicios sociales de atención a la víctima.

## c) En materia de calificación de los despidos<sup>48</sup>

<sup>(48)</sup>La tercera gran incidencia es que la Ley de protección contra la violencia doméstica también ha introducido una modificación en el artículo 55.b) del ET, al señalar que será nulo el despido "de las trabajadoras víctimas de la violencia de género, por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos por esta Ley". Al respecto, cabe hacer ciertas precisiones: La Ley protege a la trabajadora víctima de la violencia por el ejercicio de los derechos laborales reconocidos en la Ley 1/2004, de modo que si es despedida por este motivo, al ejercitar estos derechos, tal despido debe calificarse de nulo. Quedaría entonces por resolver el despido de la trabajadora víctima de violencia de género que no ejercitase alguno de estos derechos. Aunque nada se diga en la Ley, este despido sería discriminatorio por razón de sexo.

## 7.6. Políticas protectoras en materia de Seguridad Social

En materia de Seguridad Social, las medidas adoptadas por la Ley 1/2004 afectan básicamente a las siguientes situaciones:

- En primer lugar, considerar como periodo de cotización efectiva el tiempo en que la trabajadora tiene suspendido su contrato de trabajo como consecuencia de ser víctima de la violencia de género.
- En segundo lugar, el derecho de las trabajadoras víctimas de la violencia doméstica a acceder a las prestaciones por desempleo tras el ejercicio de sus derechos a suspender o extinguir el contrato de trabajo.

En materia de suspensión del contrato de trabajo, la norma introduce un tiempo inicial de suspensión, y la víctima se sitúa desde este momento en situación de desempleo, al que tendría acceso según el artículo 208.1.e) de la LGSS conforme a la nueva versión dada a esta norma por la Ley 1/2004.

En materia de extinción del contrato de trabajo, la trabajadora que extinga voluntariamente su contrato de trabajo sí tendrá derecho a acceder a la prestación por desempleo, tal y como se prevé en la nueva redacción del artículo 208.1.e) de la LGSS.

En tercer lugar, la trabajadora tendrá derecho, como demandante de empleo, a su inclusión en programas específicos de empleo. En la actualidad, este derecho se materializa en un Reglamento que regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con dificultades para encontrar empleo.

## Resumen

El sistema capitalista surgido con la Revolución Industrial se caracterizó por las paupérrimas condiciones de vida y trabajo de los trabajadores industriales. El Derecho del Trabajo reaccionó, en un primer momento, protegiendo a los colectivos más necesitados de tutela, y creando, poco a poco, un entramado jurídico en el que el contrato de trabajo desempeña un papel crucial. Del mismo modo que el Derecho del Trabajo apareció originalmente con una función tuitiva y compensadora de desigualdades, las normas internacionales laborales pueden cumplir esta misma función tuitiva en la actualidad, ante fenómenos como la inmigración.

Sin embargo, el ordenamiento laboral español, en las últimas reformas, ha adoptado un modelo que, en líneas generales, los laboristas han calificado como regresivo en tanto que está dejando de tutelar a la parte contratante más débil. Son buenos ejemplos los fenómenos de huida del Derecho del Trabajo, que se han producido a raíz de las últimas reformas laborales. Esto contrasta con lo que se calificó en los años ochenta como la fuerza expansiva del Derecho del Trabajo, y que se había producido básicamente por vía jurisprudencial, al incluir, dentro del ámbito del ordenamiento laboral, a algunos colectivos que reclamaban su protección.

En lo que respecta al ingreso al trabajo, desde el año 1994 vienen produciéndose importantes cambios. La ruptura del monopolio público del antiguo INEM (ahora Servicio Público de Empleo estatal) y la legalización de las agencias de colocación sin ánimo de lucro ha supuesto la entrada de la iniciativa privada en la mediación en el mercado laboral. Sin embargo, diferente de la actividad de mediación es la actividad de cesión de trabajadores, propia de las empresas de trabajo temporal, cuya finalidad es poner a disposición las empresas usuarias a trabajadores contratados por éstas. De ahí que disten bastante de poderse considerar un mecanismo de política de empleo.

En lo que respecta a la flexibilidad, se juega con una contradicción de intereses entre trabajadores y empresarios que tiene un carácter estructural y, por lo tanto, permanente. Por este motivo, la flexibilidad en las relaciones laborales no puede ser entendida como un mecanismo de respuesta a determinadas circunstancias coyunturales tales como la crisis económica.

El empresario estará siempre interesado en obtener un máximo de flexibilidad en la gestión de los recursos humanos, pues ésta es un instrumento útil para dar cumplimiento a la optimización de los beneficios. Por el contrario, el trabajador, que depende de su salario como medio de subsistencia, estará siempre interesado en un máximo de continuidad y de seguridad jurídica en su rela-

ción laboral: le interesará que ésta tenga una duración indefinida, una jornada de trabajo estable y a tiempo completo, una remuneración garantizada o con elementos de incertidumbre limitados, etc.

Por lo tanto, la flexibilidad es algo que interesa a los empresarios y no a los trabajadores. Sin embargo, además, el recurso a una flexibilidad extrema puede resultar contraproducente para los propios empresarios por producir efectos inducidos perversos tales como la descualificación del trabajador, su desidentificación en la empresa, etc.

Frente a esta contradicción de intereses, que tiene un carácter permanente, los poderes públicos han de elaborar un punto de equilibrio y deben actuar bajo dos parámetros: el primero de éstos es la competitividad del sistema económico en el mercado internacional, pero el segundo es la necesidad de que toda medida flexibilizadora sea compatible con los principios constitucionales y con el Estado social de derecho. Por lo tanto, los poderes públicos no deberán adoptar estas medidas cuando contribuyan a convertir el Derecho del Trabajo en un ordenamiento acentuador de las desigualdades, en lugar de compensador de las mismas.

Actualmente, la llegada de la informática, la globalización de los mercados, la acentuada descentralización productiva y la tendencia a la externalización se configuran como los principales factores de transformación del mundo de la producción que han contribuido tanto a la pérdida de centralismo de las grandes empresas, como a la progresiva terciarización de la actividad empresarial. Es decir, se ha asistido al paso de un sistema de producción preferentemente industrial a otro de servicios, empeñado en trabajadores destinados a actividades de creación, elaboración y distribución de información.

Ahora bien, debería relativizarse el impacto social que tiene el desarrollo de la sociedad de la información sobre el Derecho del Trabajo en lo que respecta al nacimiento de un nuevo tipo de trabajador que desplace al tradicional homo faber. Basta, en un día cotidiano, la mera observación de los trabajadores con los que cualquiera de nosotros puede entrar en contacto, desde que sale de su casa hasta que vuelve, para comprobar cuántos se parecen al trabajador clásico que hemos conocido hasta nuestros días y cuántos responden al nuevo prototipo de trabajador.

Respecto a las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar, cabe criticar la escasa aportación que ha supuesto en el necesario cambio de roles de hombre y mujer en el tema del trabajo. Las mejoras que introduce la Ley 39/99 son puntuales y están muy centradas en los aspectos de interrupción o reducción de la jornada laboral, pero a pesar de esto, ninguna de las novedades modifica la óptica de la mujer trabajadora, con medidas de acción positiva que mejoren las perspectivas profesionales de la mujer trabajadora después de una

interrupción de su vida laboral, debido a sus responsabilidades familiares y profesionales, o mediante una potenciación real de la asunción de las tareas domésticas por parte de los hombres.

Por otro lado, la norma analizada carece de nuevos apoyos económicos a las tareas de la mujer, salvo la nueva prestación de Seguridad Social por riesgo durante el embarazo. La bonificación de las cuotas empresariales a los empresarios que celebren contratos de interinidad por razón de maternidad no es una ayuda económica directa a la mujer, sino al empresario, mediante la cual se pretende reducir el coste que implica la suspensión del contrato causada.

Aunque, quizá, la crítica de mayor calado que se puede hacer a esta ley radica no en lo que pudo haber hecho y no hizo, sino en lo que hace, pues pese a que la mayor parte de las normas tiene como destinatarios a hombre y mujer, y abandona criterios sexistas, el legislador enfoca a fondo el tema de la conciliación de la vida familiar como un tema que atañe exclusivamente a la mujer más que como un tema de corresponsabilidad en el que hombres y mujeres asumen por igual los roles familiares domésticos.

La Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, enfoca la violencia de género desde un punto de vista integral y multidisciplinar. Existe en esta Ley un ánimo de transversalidad, en el cual se abordan distintos aspectos vinculados a la violencia doméstica: el penal, el civil, el publicitario, el administrativo y el social, entre otros.

La Ley diseña un programa integral, transversal y multidisciplinar, con lo que pretende dispensar a las víctimas de este tipo de violencia una protección que abarque en su total dimensión todas sus necesidades, que repare todos los perjuicios y posibilite la recuperación psíquica y social y, lo que es aún más importante, que prepare a toda la sociedad en la sensibilización y prevención frente a estas agresiones.



## Actividades

1. Poned en relación los orígenes históricos del Derecho del Trabajo con el contexto actual de globalización económica.
2. ¿Cuál es la diferencia entre el modelo anglosajón y el modelo nórdico de intervención del Estado en el mercado de trabajo?
3. ¿En qué pasajes de la Ley 4/2000 puede detectarse un modelo de regulación del fenómeno de la inmigración basado en el control de los flujos migratorios?
4. ¿Dónde pueden detectarse las carencias más relevantes en la regulación del teletrabajo?
5. ¿En qué se diferencia una empresa de trabajo temporal de una agencia de colocación? ¿Cuál de estas empresas creéis que desempeña un papel activo en el incremento de los índices de empleo?
6. Relacionad el fomento de la contratación temporal con la disminución del índice de desempleo.
7. Explicad la función que posee la reducción del tiempo de trabajo en las políticas activas de empleo. Vinculadla con el trabajo a tiempo parcial y explicad las diferencias con el punto anterior. ¿Cuál de estas dos medidas opináis que es la más adecuada para incentivar la integración de la mujer en el mercado de trabajo?
8. Explicad si existe alguna conexión entre la flexibilización del despido y el incremento de la tasa de empleo.

## Autoevaluación

1. El Estatuto de los trabajadores no prevé ningún permiso para asuntos propios. Si un convenio colectivo contemplase dos días por esta razón, la relación entre ley y convenio sería de...
  - a) exclusión.
  - b) suplementariedad
  - c) complementariedad.
  - d) upletoriedad.
2. El modelo continental de intervención del Estado en el mercado de trabajo se caracteriza por...
  - a) la desregulación normativa.
  - b) la individualización de las relaciones laborales.
  - c) un intervencionismo estatal alto.
  - d) el abstencionismo estatal.
3. ¿En qué año nace la Organización Internacional del Trabajo?
  - a) En 1929.
  - b) En 1958.
  - c) En 1938.
  - d) En 1919.
4. El Acuerdo Europeo sobre Teletrabajo del año 2002 prevé para el teletrabajador...
  - a) derechos en materia de salud laboral.
  - b) derecho a jubilarse anticipadamente.
  - c) derecho a un trabajo a tiempo parcial.
  - d) derecho a un ordenador proporcionado por la empresa.
5. La primera etapa de construcción europea, desde el Tratado de Roma de 1957 hasta los años ochenta aproximadamente, se caracteriza por...
  - a) la preocupación de la Unión Europea por la política de empleo.
  - b) la intervención europea en todas las cuestiones sociales.
  - c) el no intervencionismo de la Unión Europea en materia social.
  - d) la promulgación de directivas que prohíben la discriminación en el empleo por motivos de raza, etnia, sexo, religión, ideología y orientación sexual.
6. La exclusión de los transportistas –art. 1.3.g ET– que llevó a cabo la reforma del año 1994 se ha considerado...
  - a) un fenómeno de fuerza expansiva del Derecho del Trabajo.
  - b) un fenómeno de huida del Derecho del Trabajo.
  - c) un supuesto de *vis attractiva* del Derecho del Trabajo.
  - d) una relación laboral de carácter especial.
7. ¿Cuándo tienen los extranjeros, según la Ley 8/2000, derecho a la huelga y la manifestación?
  - a) Siempre.
  - b) Nunca.

- c) Cuando se nacionalicen ciudadanos comunitarios.  
d) Cuando residan legalmente en España.
8. Las funciones de mediación en el mercado de trabajo son desempeñadas por...  
a) el Servicio Público de Empleo.  
b) el Servicio Público de Empleo y las empresas de trabajo temporal.  
c) las agencias de colocación y el Servicio Público de Empleo.  
d) las agencias de colocación y las empresas de trabajo temporal.
9. Las agencias de colocación...  
a) pueden ser públicas o privadas.  
b) pueden tener ánimo de lucro.  
c) pueden funcionar sin autorización administrativa previa.  
d) Ninguna de las opciones anteriores es correcta.
10. Las empresas de trabajo temporal...  
a) dirigen y controlan la actividad del trabajador puesto a disposición.  
b) pagan el salario y la Seguridad Social del trabajador puesto a disposición.  
c) son responsables del recargo de prestaciones cuando se produzca un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.  
d) no tienen ningún vínculo contractual con el trabajador puesto a disposición.
11. En el supuesto de parto, el periodo de suspensión se distribuirá...  
a) a opción de la interesada.  
b) diez semanas antes del parto y seis semanas después.  
c) La a) es cierta, siempre que las seis semanas sean inmediatamente anteriores al parto.  
d) La a) es cierta, siempre que las seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto.
12. La reducción de jornada de trabajo y salario por guarda legal será...  
a) mínimo de  $\frac{1}{4}$ , máximo de  $\frac{1}{2}$ .  
b) mínimo de  $\frac{1}{3}$ , máximo de  $\frac{1}{2}$ .  
c) mínimo de  $\frac{1}{6}$ , máximo de  $\frac{1}{2}$ .  
d) No está establecido legalmente límite máximo ni mínimo.
13. La excedencia por cuidado de familiares hasta el segundo grado, por razones de edad, tendrá una duración...  
a) de 3 años.  
b) de 2 años.  
c) de 1 año.  
d) En todo caso, dependerá del convenio colectivo aplicable.
14. Por el nacimiento de un hijo, la madre podrá cederle al padre al iniciarse el periodo de descanso por maternidad...  
a) un máximo de diez semanas.  
b) un máximo de cuatro semanas.  
c) un mínimo de diez semanas.  
d) un máximo de dieciséis semanas.
15. La excedencia por cuidado de hijos acogidos o adoptados tiene una duración no superior a...  
a) tres años, a contar desde el nacimiento del hijo, en todo caso.  
b) tres años, a contar desde la fecha de la resolución administrativa o judicial.  
c) un año, a contar desde el nacimiento del hijo, en todo caso.  
d) un año, a contar desde la fecha de la resolución administrativa o judicial.
16. Cuando se despida a una trabajadora embarazada de seis meses, el despido será...  
a) irregular.  
b) improcedente.  
c) nulo.  
d) nulo, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo.

## **Solucionario**

### **Autoevaluación**

1. b)
2. c)
3. d)
4. a)
5. c)
6. b)
7. d)
8. c)
9. a)
10. b)
11. b)
12. b)
13. c)
14. a)
15. b)
16. d)

## Abreviaturas

**Ar.** *m* Referencia del Repertorio Jurídico Aranzadi.

**art.** *m* Artículo

**BOE** *m* *Boletín Oficial del Estado*.

**CC.OO.** *fpl* Comisiones Obreras.

**CE** *f* Constitución Española.

**CEE** *f* Comunidad Económica Europea.

**CEEP** *f* Centro Europeo de la Empresa Pública.

**CEOE** *f* Confederación Española de Organizaciones Empresariales.

**CEPYME** *f* Confederación Española de Pequeñas y Medianas Empresas.

**CES** *f* Confederación Europea de Sindicatos.

**DOCE** *m* *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

**ET** *m* Estatuto de los trabajadores.

**ETT** *f* Empresa de trabajo temporal.

**INEM** *m* Instituto Nacional de Empleo.

**LO** *f* Ley Orgánica.

**OIT** *f* Organización Internacional del Trabajo.

**RD** *m* Real Decreto.

**STC** *f* Sentencia del Tribunal Constitucional.

**STS** *f* Sentencia del Tribunal Supremo.

**TA** *m* Tratado de Ámsterdam.

**TR** *m* Tratado de Roma.

**UE** *f* Unión Europea.

**UEAPME** *f* Unión Europea del Artesanado y de las Pequeñas y Medianas Empresas.

**UGT** *f* Unión General de Trabajadores.

**UNICE** *f* Unión de Industrias de la Comunidad Europea.

## Glosario

**contrato de trabajo** *m* Negocio jurídico por el que un trabajador pasa a prestar servicios para un empresario, sujetándose a su poder de dirección y a cambio de una retribución. Las condiciones de trabajo más significativas son la jornada y el salario, aunque existen otras importantes (régimen disciplinario, vacaciones, etc.). El contrato puede ser objeto de modificaciones y de extinción.

**convenio colectivo** *m* Acuerdo alcanzado entre los representantes de los trabajadores o los sindicatos, por un lado, y los representantes de los empresarios o patronales, por otro, con el que se pretende regular las condiciones de trabajo en un determinado ámbito. Es el resultado de la negociación colectiva, que es, a su vez, un derecho constitucional.

**despido** *m* Decisión unilateral adoptada por el empresario, en virtud de la cual da por extinguido un contrato de trabajo. En nuestro derecho debe ser siempre causal; es decir, no es válido el despido libre. Las categorías más comunes son las de despido disciplinario y despido económico.

**directiva** *f* Norma comunitaria de derecho derivado que obliga a los Estados miembros a conseguir unos objetivos, y que les permite libertad en cuanto a los medios e instrumentos para acceder a los mismos.

**empresa de trabajo temporal** *f* Empresa cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa (denominada usuaria), con carácter temporal, a trabajadores por la misma contratados.  
sigla: ETT

**Estatuto de los trabajadores** *m* Ley reguladora de los derechos y obligaciones de una categoría de ciudadanos, que son los trabajadores que prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona denominada empresario.

**mediación en el mercado** *f* Fenómeno que tiene lugar cuando los sujetos legalmente autorizados (INEM y agencias de colocación sin ánimo de lucro) ponen en contacto la oferta con la demanda de trabajo.

**reglamento** *m* Norma comunitaria de derecho derivado, que tiene eficacia directa y es de obligatorio cumplimiento para los Estados miembros de la Unión Europea una vez se ha publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE).

**trabajador** *m* Persona que voluntariamente presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

## Bibliografía

**Alarcón Caracuel, M. R.** (1975). *El derecho de asociación obrera en España, 1839-1900*. Madrid: Revista de Trabajo.

**Alarcón Caracuel, M. R.** (2000). "Cuatro lustros de Derecho del Trabajo en España: entre la consagración del Estado social y el efecto de las crisis económicas". A: Diversos autores. *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinario*. Madrid: Marcial Pons.

**Alarcón Caracuel, M. R.** (1994). "Duración del contrato, jornadas y salario". A: Diversos autores. *La reforma laboral de 1994*. Madrid: Marcial Pons.

**Alarcón Caracuel, M. R.** (2001, setembre). "Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001". *Revista de Derecho Social* (núm. 15, pàg. 38 i següents).

**Alarcón Caracuel, M. R.** (2003). "L'amenaça del discurs futurista sobre el mercat de treball". A: Diversos autores. *El futur del sindicalisme*. Barcelona: UGT.

**Ballester Pastor, M. A.** (1997). *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*. València: Tirant lo Blanch.

**Baylos Grau, A.** (2000). "La huida del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaborización". A: M. R. Alarcón Caracuel; M. M. Mirón Hernández (coord.). *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*. Madrid: Marcial Pons.

**Baylos Grau, A.** (2003). "La Constitución del Trabajo". A: J. R. Capella (coord.). *Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid: Trotta.

**Caruso, B.** (1995). "La retribuzione e l'orario di lavoro alla corte della fessibilità". *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali* (núm. 17).

**Casas Baamonde, M. E.; Palomeque López, M. C.** (1994). "La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo". *Relaciones Laborales* (núm. 5-6).

**Chacartegui Jávega, C.** (1999). "La contratación a través de empresas de trabajo temporal por parte de la Administración Pública". *Revista de Derecho Social* (núm. 6).

**Colàs Neila, E.** (1999). "Poderes empresariales y derechos fundamentales del trabajador. Sobre la licitud de la consulta del correo electrónico por parte del empresario". *Revista CEF-Gestión* (núm. 12-13).

**Cruz Villalón** (1992). "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontrata". *Relaciones Laborales* (T. I/1992).

**Fernández López, M. F.** (1999). "El contrato de agencia y la representación de comercio. A vueltas con la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo". A: Cruz Villalón (coord.). *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.

**Fernández López, M. F.** (2005). *La dimensión laboral de la violencia de género*. Albacete: Bomarzo.

**García-Perrote Escartín, I.** (1987). *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

**Gayardo Mora, R.** (1998). *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*. Madrid: Trotta.

**López Gandía, J.** (1999). *Contrato de trabajo y figuras afines*. València: Tirant lo Blanch.

**López López, J.; Chacartegui Jávega, C.** (2000). "Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo". *Revista Española de Derecho del Trabajo* (núm. 99, pàg. 5-26).

**Menéndez Sebastián, P.; Velasco Portero, T.** (2006). *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*. Madrid: Cinca.

**Nilles, J.** (1998). *Managing Telework: Strategies for Managing the Virtual Workforce*. John Wiley & Sons Inc.

**Pérez Amorós, F.; Almendros Morcillo, F.; Rojo Torrecilla, E.** (1980). *Régimen Sindical, Participación y Regulación legal del Despido en el Derecho Europeo*. Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona.

**Rojo Torrecilla, E.** (2001). "Trabajo y emigración". A: J. López López (coord.). *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona* (pàg. 259-299). Madrid: Marcial Pons.

**Rodríguez-Piñero; Bravo-Ferrer, M.** (1996). "La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo". *Relaciones Laborales* (núm. 18, pàg. 3 i següents).

**Rodríguez-Piñero Royo, M.** (2000). "La legalización de las empresas de trabajo temporal en España: crónica de un fracaso legislativo". *Temas Laborales* (núm. 56, pàg. 117-220).

**Romagnoli, U.** (1999). "Globalización y Derecho del Trabajo". *Revista de Derecho Social* (núm. 5).

**Sciarra, S.** (2001). "Derechos sociales. Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales". *Temas Laborales* (núm. 62).

**Supiot, A.** (1999). "Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa". *Revista Internacional del Trabajo* (vol. 118, núm. 1, pàg. 35-50).

**Thibault Aranda, J.** (2000). *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*. Madrid: CES.

**Thuy, P.; Hansen, E.; Price, D.** (2001). "El Servicio Público de Empleo en un mercado de trabajo cambiante". ILO-MTAS.

**Truyol Serra, A.** (2000). *Los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos.

**Valle Muñoz, F. A.** (1999). *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*. Madrid: Colex.

**VV.AA** (2006). *La reforma laboral de 2006*. Valladolid: Lex Nova.

**VV.AA** (2006). *Aspectos puntuales de la reforma laboral de 2006*. Sevilla: Laborum.