

Aspectes jurídics de les polítiques sociolaborals

Consuelo Chacartegui Jávega
Francisco Andrés Valle Muñoz

P06/13005/01831

Índex

Introducció	5
Objectius	7
1. Els models europeus d'intervenció de l'Estat en les relacions laborals	9
1.1. La conformació històrica del dret del treball	9
1.2. La intervenció de l'Estat en les relacions laborals: els models europeus	14
2. La resposta del dret del treball a la internacionalització de l'economia	21
2.1. La globalització econòmica i el paper de la normativa laboral internacional	21
2.2. La normativa de la Unió Europea i els objectius de cohesió social i econòmica	26
2.3. Dret del treball i immigració	28
3. Polítiques sociolaborals i evolució del concepte de treballador	37
3.1. Tendència expansiva i protecció de la normativa laboral	37
3.2. Els fenòmens de fugida del dret del treball	39
3.3. Noves tecnologies i teletreball	42
4. Polítiques sociolaborals en l'ingrés al treball	46
4.1. Iniciativa pública i mediació en el mercat de treball	46
4.2. Les empreses de treball temporal: mediació en el mercat de treball o cessió de treballadors?	53
5. L'impacte de les polítiques flexibilitzadores en el dret del treball	60
5.1. La incidència de la crisi econòmica en el dret del treball	60
5.2. La flexibilització de les relacions laborals com a resposta a la crisi	63
5.3. La flexibilització de les relacions laborals a Espanya	66
6. Les polítiques laborals de conciliació de la vida laboral i familiar	74
6.1. Delimitació normativa	74
6.2. La conciliació de la vida laboral i familiar com a causa d'interrupció del contracte de treball: els permisos retribuïts ...	75

6.3. La conciliació de la vida laboral i familiar com a causa de suspensió del contracte de treball	76
6.4. L'extinció del contracte de treball per a conciliar la vida laboral i familiar	79
6.5. La conciliació de la vida laboral i familiar com a contingència protegida pel sistema de la Seguretat Social	80
7. Polítiques laborals per a la protecció de la treballadora víctima de la violència de gènere	83
7.1. Delimitació normativa	83
7.2. Polítiques protectores en matèria de reducció de jornada i reordenament del temps de treball	86
7.3. Polítiques protectores en matèria de mobilitat geogràfica	87
7.4. Polítiques protectores en matèria de suspensió del contracte de treball	88
7.5. Polítiques protectores en matèria d'extinció del contracte de treball	88
7.6. Polítiques protectores en matèria de Seguretat Social	89
Resum	91
Activitats	94
Autoavaluació	94
Solucionari	96
Glossari	99
Bibliografia	100
Abreviatures	97

Introducció

El dret del treball és un ordenament en evolució constant. El conjunt de normes jurídiques que l'integren ha intentat, des dels orígens històrics, adaptar-se a la realitat social. Per això, les reformes normatives constants se succeeixen any rere any. Tanmateix, a les últimes dècades el legislador s'ha enfrontat a nous fenòmens sociolaborals que necessiten una regulació jurídica perquè pugui continuar tenint aquesta funció tuïtiva i protectora que l'ha caracteritzat des dels orígens.

En aquest mòdul s'analitzaran els diferents models europeus d'intervenció de l'Estat en les relacions laborals, partint de la conformació històrica que caracteritza l'ordenament laboral. Des d'aquesta perspectiva històrica es comprèn millor el paper que unes polítiques sociolaborals determinades tenen en el context actual (especialment davant de la internacionalització de l'economia), i quin és el model que s'adopta davant el fenomen de la immigració. Aquí s'estudiarà també quin és el paper de la normativa europea, sense perdre de vista els principis consagrats en el Tractat constitutiu de la Unió Europea, que tendeixen a la cohesió social.

Així mateix, hi estudiarem com ha evolucionat el concepte de treballador davant dels canvis econòmics i tecnològics. És per això que hi prestarem una atenció especial al fenomen del teletreball. També hi analitzarem quina és la política legislativa en matèria de col·locació i mediació entre l'oferta i la demanda, i si les empreses de treball temporal aconsegueixen un paper actiu a l'hora de crear ocupació i col·locar els treballadors o, si més aviat, es limiten estrictament a cedir-los.

La flexibilització del mercat de treball, entesa com la reducció contínua dels drets laborals, ha estat el denominador comú de totes les reformes laborals dels últims anys, amb la pretesa justificació que era l'única manera d'augmentar la competitivitat de les empreses i que, consegüentment, aquestes creessin ocupació (i amb sort ocupació estable). Malgrat que sempre hi ha qui opina que una part de la culpa de les crisis econòmiques la té la normativa laboral i que, per a sortir de la crisi, cal enfortir el poder empresarial i retallar els drets dels treballadors, al llarg d'aquestes línies es comprovarà que l'evolució de l'ocupació corre paral·lela als cicles econòmics, mentre que roman pràcticament insensible a les polítiques de reformes legislatives adoptades successivament.

La incorporació de la dona al món del treball ha motivat un dels canvis socials més profunds d'aquest segle, cosa que ha imposat que es configuri un sistema que tingui en compte les noves relacions socials sorgides i una nova manera de cooperació i compromís entre dones i homes que permeti un repartiment equilibrat de responsabilitats en la vida professional i en la privada.

Les polítiques contra la violència domèstica s'han plasmat en una llei que dissenya un programa integral, transversal i multidisciplinari, que pretén donar a les víctimes d'aquest tipus de violència una protecció que inclogui totalment totes les necessitats de la víctima, en repari tots els perjudicis i en possibiliti la recuperació psíquica i social, i el que és més important encara: prepari tota la societat quant a la sensibilització i la prevenció davant d'aquestes agressions.

Objectius

Amb aquest mòdul, es pretén que l'estudiant assoleixi els objectius següents:

- 1.** Identificar els diferents models europeus d'intervenció de l'Estat en el mercat de treball i detectar els paral·lelismes entre la configuració històrica de l'ordenament laboral i els nous escenaris del dret del treball.
- 2.** Saber quin és el paper de les instàncies supranacionals davant de la globalització econòmica, tant per part de l'Organització Internacional del Treball com de la Unió Europea.
- 3.** Identificar quin model és el que el legislador espanyol adopta davant del fenomen de la immigració econòmica.
- 4.** Estudiar l'evolució recent del concepte de treballador i en què consisteixen els fenòmens d'evasió del dret del treball, caracteritzar el teletreball i saber quina n'és la regulació normativa, i també els problemes que planteja jurídicament.
- 5.** Diferenciar entre els fenòmens de mediació en el mercat de treball i els de cessió de treballadors.
- 6.** Amb aquesta part es pretén que l'alumne comprovi la incidència que tenen les polítiques legislatives en tres àmbits fonamentals: en matèria de flexibilització de les condicions de treball, quant a la conciliació de la vida laboral i familiar, i en matèria de protecció de la treballadora víctima de la violència domèstica.
- 7.** Pel que fa a les polítiques flexibilitzadores, han anat dirigides a fomentar la creació d'ocupació i a reduir la taxa d'atur, si bé s'han retallat conquestes socials importants per als treballadors; el resultat d'aquestes polítiques ha estat, a més, bastant discutible, ja que l'evolució econòmica del mercat és la que sembla que ha marcat la pauta en tots aquests temes.
- 8.** Quant a les polítiques de conciliació de la vida laboral i familiar, s'hi analitza la repercussió que han tingut en cinc institucions, com són els permisos retribuïts, les excedències, les causes d'acomiadament i les prestacions de la Seguretat Social.
- 9.** Pel que fa a les polítiques de protecció de la treballadora víctima de la violència domèstica, s'hi analitza igualment la repercussió que han tingut

en institucions com ara els permisos retribuïts, la mobilitat geogràfica, la suspensió del contracte, l'acomiadament i l'àmbit de la Seguretat Social.

1. Els models europeus d'intervenció de l'Estat en les relacions laborals

Tal com manifesta Alain Supiot, una funció essencial del dret del treball ha consistit a proporcionar una base a la cohesió social. Ara bé, perquè continuï acomplint aquesta comesa, s'ha d'analitzar des de l'evolució que ha experimentat des del model fordista en què es va originar.

Segons aquest 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". (Supiot, 1999)

1.1. La conformació històrica del dret del treball

La història del dret del treball està vinculada inseparablement a la història del moviment obrer. Hi ha dos fets històrics fonamentals que provoquen el naixement del dret del treball: l'arribada del sistema econòmic capitalista i la reacció que contra aquest sistema impliquen els moviments d'associació obrera. Actualment, cal tornar a recuperar la funció tuitiva del dret del treball i partir de la conquesta social que aquest naixement va implicar per a poder afrontar els nous canvis que, sens dubte, es produeixen en l'anomenada *societat de la informació, de la comunicació i de la globalització econòmica*. En aquest aspecte, la història constitueix, una vegada més, una ajuda valuosa que ens serveix per a comprendre aquests canvis i afrontar-los.

Si retrocedim als orígens de l'ordenament laboral, al moment de la transició del sistema gremial a la manera de producció capitalista, aquesta no neix espontàniament. El dret del treball es va configurant, a poc a poc, per a regular el nou marc de les relacions de treball sorgides a partir d'aquest període.

Les primeres lleis protectores afecten particularment la feina de les dones, el treball infantil i els accidents de treball, i apareixen en ple segle XIX.

En aquest primer moment, el dret del treball té per objecte regular una sèrie de límits a l'autonomia dels subjectes, que contenen les maneres més intenses d'explotació. Els límits que imposen aquestes primeres normes es manifesten amb restriccions a l'hora de contractar menors i dones, a la durada màxima de l'horari de treball, al descans setmanal, etc. Aquestes normes es coneixen com a legislació social protectora.

Bibliografia

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

Exemple

La primera *Factory Act* anglesa data del 1833; la primera llei francesa sobre el treball infantil, del 1847. Totes dos fets són exemples del que van ser les primeres normes laborals protectores.

S'assigna la pertinença d'aquesta esfera al dret públic, ja que les diferents prohibicions eren sancionades penalment i, en general, perquè es complissin, l'Administració de l'Estat hi preveia mecanismes (*factory inspectors* a la Gran Bretanya, inspectors de treball a França, a Itàlia i a Espanya). L'arribada posterior de la legislació social a la resta dels països europeus està vinculada a diversos factors, d'una manera especial al desenvolupament del sistema productiu industrial (a Itàlia i a Espanya, aquest desenvolupament serà més tardà).

A Espanya, les primeres lleis de fàbrica comporten una legislació obrera incipient de caràcter tuitiu, si bé en aquell moment encara no hi ha un conjunt normatiu amb una certa coherència interna que permeti qualificar-lo com un ordenament jurídic laboral amb autonomia pròpia. Aquestes primeres normes laborals protectores van ser anomenades **legislació d'emergència**.

El punt de partida de la legislació laboral es pot situar en la Llei, de 24 de juliol de 1873, sobre la feina als tallers i la instrucció a les escoles dels nens obrers d'ambdós sexes, coneguda com a Llei Benot, nom del ministre de Foment del Govern republicà del moment.

Aquesta llei –que pren com a referent les experiències anglesa i francesa quant a la regulació de la feina dels menors– parteix de la base que el desenvolupament físic i intel·lectual dels nens és una de les qüestions socials més importants i que, per tant, correspon a l'Estat establir les bases per a corregir les penoses circumstàncies en les quals es desenvolupava la feina de les dones i els nens a les fàbriques, per a evitar la situació de sobreexplotació que patien aquests col·lectius (Alarcón Caracuel, 1975).

Un altre exemple de les lleis de fàbrica és la Llei, de 26 de juliol de 1878, sobre feines perilloses dels nens. Aquesta llei amplia l'àmbit d'aplicació de la protecció, i l'estén a altres llocs diferents del medi fabril. La legislació protectora a Espanya continua obrint-se pas amb la Llei, de 13 de març de 1900, sobre condicions de treball de les dones i els menors, la novetat fonamental de la qual és que hi preveu una protecció específica, d'acord amb la condició biològica de la dona quant a la maternitat i quant a la seva relació amb el fill.

Tanmateix, a l'última etapa del segle XIX, les normes civils i mercantils comencen a esdevenir insuficients a l'hora de donar una resposta jurídica apropiada a la realitat sociolaboral espanyola, igual que a la resta dels països europeus. És per això que el Reial decret de 5 de desembre de 1873 crea la Comissió de Reformes Socials, mitjançant la qual es pretén fer les reformes legislatives encaminades a crear un ordenament jurídic estable i harmònic, amb vocació universalista quant a la regulació de les relacions de treball per compte d'altri.

Comissió de Reformes Socials

Aquesta Comissió es va crear a instàncies dels sectors més progressistes de la burgesia espanyola, que, influïts per idees reformistes i krausistes de l'època, eren conscients de la

Lectura complementària

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

necessitat social de crear un cos normatiu consolidat que permetés esmorteir els efectes que el liberalisme econòmic i el sistema de producció capitalista havien provocat en els treballadors.

La legislació obrera del començament del segle comença amb la Llei de 30 de gener de 1900, sobre accidents de treball.

Amb aquesta norma es pretén dotar el treballador del mecanisme indemnitzatori corresponent a causa dels accidents de treball i les malalties professionals, i introdueix la noció de risc professional, el concepte d'accident de treball i la regulació de les incapacitats. També deixa enrere la responsabilitat civil per danys i instaura la responsabilitat objectiva de l'empresari en cas d'accident de treball.

En el camí cap a la conformació d'una legislació laboral, es crea –amb el Reial decret de 23 d'abril de 1903– l'Institut de Reformes Socials, amb un encàrrec específic: "preparar la legislación del trabajo en su más amplio sentido, cuidar de su ejecución organizando para ello 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" (article 1). Els objectius principals de la llei són desenvolupar gradualment i sistemàticament la legislació social i tutelar-ne el compliment efectiu.

Dins d'aquesta fase de gestació normativa del dret del treball, el període entre el 1917 i el 1926 va configurant el concepte de treballador i avança en la sistematització de la regulació unitària del contracte de treball, que, en aquest sentit, no és una mera forma amb què es materialitza la relació laboral, sinó una figura que aconsegueix un paper genuí a l'hora de crear un ordenament laboral compacte i sistematitzat. Aquesta tasca d'ordenament es posa en pràctica amb el Codi de treball del 1926. A partir d'aquest moment, el treballador es configura com un dels subjectes d'una relació jurídica separada dels esquemes civils, en convertir-se en subjecte contractual del contracte de treball, fet que és, precisament, una de les novetats del Codi: la regulació del contracte de treball de manera unitària.

Així doncs, el contracte de treball té un paper nuclear en la conformació històrica del dret del treball, principalment per dues raons. En primer lloc, perquè el contracte de treball sorgeix, precisament, perquè no hi ha contractants iguals, raó per la qual es pretén, justament, compensar la situació del contractant feble: el treballador. En segon lloc, perquè el contracte de treball fonamenta el poder d'organització i de control de l'empresari, però, alhora, implica poder limitar els poders empresarials. L'empresari no pot excedir allò que inicialment no ha estat pactat en el contracte de treball.

Amb l'arribada de la Segona República, es reforça el paper del contracte de treball. La Constitució del 1931, que constitueix la base sobre la qual s'aferma l'ordenament laboral republicà, estableix les bases d'un dret del treball inspirat en valors d'igualtat i pluralisme social. L'article 1 de la Constitució republicana de 1931 proclamava que "España es una República Democrática de Trabajadores de toda clase" i l'article 46 establia que "el trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes".

La Llei de contracte de treball del 1931, norma laboral bàsica a la Segona República, té un caràcter contractualista marcat: el contracte és el centre de gravetat entorn del qual gira tota la legislació laboral.

Després de l'alçament militar que inicia la Guerra Civil el 1936, l'època franquista assesta un cop dur als drets laborals, d'una manera especial als drets col·lectius (llibertat sindical, vaga), però la regulació del contracte de treball també pateix un retrocés considerable, propi d'un règim dictatorial, l'exponent màxim del qual són el Fur del treball de 1938 i la Llei de contracte de treball de 1944. En l'etapa franquista, el paper del contracte es relega a un segon pla. En canvi, l'organització empresarial adquireix protagonisme. El contracte ja no constitueix el fonament i el límit dels poders empresarials, sinó que el fonament sobre el qual se sosté el poder de l'empresari passa a ser l'organització empresarial, la comunitat d'interessos que constitueix l'empresa.

I per això, en contraposició amb l'actitud essencialment contractualista que informa la Llei de contracte de treball del 1931, la legislació franquista es fonamenta en les posicions comunitaristes o institucionalistes dels poders empresarials, la manifestació principal de les quals és la prioritat absoluta que s'atorga a l'interès general de l'empresa i el deure de fidelitat que hi té el treballador. Així doncs, el deure de fidelitat constitueix la manifestació característica de la concepció comunitarista del poder de direcció de l'empresari, de tal manera que la relació laboral s'incorpora a la vida privada del treballador com un element més. Durant l'època franquista, se suprimeixen les disposicions republicanes que havien permès als treballadors separar l'esfera privada de les obligacions que tenien com a treballadors.

Posteriorment, el nou ordenament laboral que sorgeix després de promulgar-se la Constitució espanyola del 1978 queda emmarcada en un nou context polític, social i econòmic, que influirà de manera decisiva en el nou model de relacions laborals. Té una importància fonamental el fet que es passi a un nou sistema polític democràtic, consagrat en l'article 1 del text constitucional quan prescriu que Espanya es constitueix en un estat social i democràtic de dret que propugna com a valors superiors la llibertat, la justícia, la igualtat i el pluralisme polític, davant la dictadura que havia assolat Espanya durant els quaranta anys anteriors. En aquest context, s'ha assenyalat la importància dels drets fonamentals, ja que van implicar, en el nostre nou ordre constitucional, "una verdadera penetración en nuestro orden de convivencia cívica" (Alarcón Caracuel).

La Constitució de 1978 va procedir a invertir les notes caracteritzadores del franquisme, basat en la proscripció del conflicte social com a complement d'un autoritarisme empresarial orientat a la col·laboració i la integració en el projecte organitzatiu empresarial, i sota la tutela de l'Estat convergent en aquest interès d'empresa. La Constitució canvia aquesta situació, i substitueix els principis franquistes per altres de basats en la dimensió col·lectiva del treball i la democratització de l'empresa (Baylos, 2003).

A l'hora de configurar el model d'estat, i de qualificar-lo com a social, hi té un paper bàsic l'article 9.2 CE. El fet que s'hagi inserit en el text constitucional implica que s'accepten i es reconeixen aquells obstacles que els poders públics han de remoure en el camí cap a la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en què s'integra, perquè siguin "reals i efectives", manament sense el qual no es pot assolir de manera efectiva que s'hi implanti realment un estat social i democràtic de dret.

El pluralisme que la Constitució instaura es reflecteix tant en l'àmbit polític (article 6 CE) com en el social amb el reconeixement dels sindicats de treballadors i les associacions empresarials, per a defensar i promocionar els interessos econòmics i socials propis (article 7 CE). Així doncs, al costat dels drets individuals, s'hi reconeixen els drets col·lectius: la llibertat sindical (articles 7 i 28 CE), el dret de vaga (article 28.2 CE) i la negociació col·lectiva (article 37.2 CE). Aquests drets es tutel·len mitjançant el mecanisme previst per l'article 53 CE, que no pot constituir una operació mecànica, sinó que ha de servir per a salvaguardar-los de manera efectiva d'acord amb el nivell de protecció corresponent. En l'esquema de protecció dispensat en l'article 53, els drets fonamentals i les llibertats públiques de la secció I, capítol II, títol I (a més de l'article 14 CE) tenen el nivell més alt de tutela.

La Cort Federal de Treball alemanya ha anat perfilant un concepte de drets fonamentals segons el qual aquests drets no garanteixen tan sols la llibertat de l'individu davant el poder públic, sinó que contenen principis ordenadors de la vida social que també tenen una rellevància immediata per a les relacions juridicoprivades (Pérez Luño, 1994, pàg. 92 i següents).

És el que s'ha pretès aconseguir mitjançant la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* o eficàcia davant tercers dels drets fonamentals, segons la qual aquests drets no garanteixen únicament la llibertat de l'individu davant el poder públic, sinó que contenen principis ordenadors de la vida social que també tenen una rellevància immediata per a les relacions juridicoprivades.

Actualment, es pot dir que el Tribunal Constitucional espanyol també ha aconseguit consolidar l'eficàcia directa dels drets fonamentals entre particulars. La recepció d'aquesta doctrina és especialment important en l'àmbit laboral, com ho demostren precisament les primeres sentències en matèria de vaga (STC 11/1981, de 8 d'abril) i de llibertat de reunió i manifestació (STC 2/1982, de 29 de gener), que, encara que amb un plantejament molt més general, introdueixen la doctrina sobre l'eficàcia dels drets fonamentals davant els particulars. Aquests drets no solament han de servir de base al sistema polític, sinó també a l'estructuració i el contingut de les institucions juridicoprivades, que han de ser modelitzades i condicionades per la mateixa Constitució per a assegurar que el desenvolupament en plenitud d'una societat democràtica no topi amb cap barrera infranquejable en l'àmbit del contracte i de l'empresa (Rodríguez-Piñero i Bravo-Ferrer, 1996a, pàg. 13).

Així doncs, el fet que el treballador se sotmeti a les ordres i les instruccions quan entra a formar part de l'organització productiva no pot implicar que renunciï al desenvolupament lliure que, com a ésser humà, també s'ha de projectar en aquest context social. Tal com el Tribunal Constitucional ja va tenir oportunitat d'assenyalar en l'STC 88/1985, de 19 de juliol, un poder il·limitat de l'empresari podria derivar en formes de "feudalisme industrial" que repugnen a l'estat social i democràtic de dret i als valors superiors de llibertat, justícia i igualtat per mitjà dels quals aquest Estat pren forma i es realitza.

1.2. La intervenció de l'Estat en les relacions laborals: els models europeus

S'ha assenyalat que a Europa cada Estat concep, de manera diferent, el paper que ha de fer com a garant dels drets laborals (Supiot, 1999). No obstant això, es pot dir que hi ha tres grans models d'intervenció de l'Estat a l'hora de regular les relacions laborals.

1) El model continental

És el model en què l'Estat té un paper clarament intervencionista, s'hi configura com a garant de la part contractant més feble, el treballador. Així, la intervenció de l'Estat als països que s'emmarquen en el model continental té un paper compensador de la desigualtat de les parts en el contracte de treball, fet que confereix als treballadors drets mínims, a partir de les normes legals i reglamentàries, sobre les quals els convenis col·lectius i els contractes de treball únicament poden millorar, però no reduir-ne els estàndards de protecció. La limitació de la jornada setmanal màxima, el reconeixement d'un període mínim de descans setmanal i de vacances anuals retribuïdes no substituïbles per compensació econòmica, la necessitat de causalitat per a poder contractar temporalment (acumulació de tasques, necessitat de cobrir un lloc de treball durant un procés de selecció, etc.), les exigències formals en cas d'acomiadament i l'obligació d'indemnitzar o de readmetre el treballador quant als acomiadaments en què no hi ha cap causa per acomiadar, són alguns exemples d'aquesta intervenció normativa (Pérez Amorós, Almendros Morcillo i Rojo Torrecilla, 1980).

Dins d'aquest model hi ha països com França¹, Itàlia², Espanya³, Alemanya⁴ i els Països Baixos.

⁽¹⁾A França, com que hi ha un context de negociació col·lectiva feble, l'Estat actua per fixar els límits de l'autonomia de la voluntat de les parts en el contracte de treball. Per exemple, un dels aspectes en què més es veu l'intervencionisme estatal és a l'hora d'exigir unes formalitats que cal complir per a poder procedir a acomiadar algú. Així, la llei francesa de 2 de gener de 1973 modifica, entre d'altres, l'article L 122-14 del *Code du travail* francès per a poder establir la necessitat de convocar l'afectat a una entrevista, per mitjà d'una carta certificada i amb una antelació mínima de cinc dies hàbils, en la qual ha de constar la data, el lloc, l'hora, i els motius de l'entrevista, destinada a aconseguir la conciliació entre empresari i treballador. El treballador hi pot anar acompanyat d'un representant dels treballadors. Si, una vegada feta l'entrevista, l'empresari manté la seva posició d'acomiadar el treballador, ha d'esperar almenys dos dies hàbils per poder enviar-li la carta certificada d'acomiadament, en què han de figurar els motius precisos de l'acomiadament, allò que l'article L-12214-4 anomena una "causa real i seriosa". En el cas de l'acomiadament ordinari, el preavis és obligatori, excepte durant el període de proves, i la durada del preavis depèn de l'antiguitat del treballador, si és més gran o menys –un mes, si els treballadors tenen una antiguitat entre sis mesos i dos anys, i dos mesos, quan l'antiguitat superi els dos anys. En el cas d'acomiadament dels representants dels treballadors, l'empresari ha d'obtenir una autorització de la inspecció de treball per a poder acomiadar-lo.

També és habitual que, als països que s'insereixen en el model continental de relacions laborals, s'hi puguin preveure indemnitzacions per als acomiadaments, tant disciplinaris com per motius econòmics. Així, en l'article L- 122 del *Code du travail* francès, la indemnització prevista per a l'acomiadament disciplinari depèn de l'antiguitat del treballador a l'empresa: si oscil·la entre dos i deu anys, d'1/10 part del salari mensual per cada any de serveis, que s'incrementa fins a les 2/10 parts quan es tracta d'un acomiadament per motius econòmics. Per als treballadors que superin els deu anys d'antiguitat, els correspon 1/10 part de salari per cada any de serveis, fins als 10 anys, i d'1/15 part del salari mensual a partir dels deu anys d'antiguitat. En la indemnització dels acomiadaments econòmics, també es preveu augmentar el doble de les quanties esmentades.

⁽²⁾En el cas italià, l'*Statuto dei Lavoratori* preveu, si hi ha un acomiadament injustificat, diverses solucions, segons les dimensions de l'empresa: als patrons amb més de 15 treballadors a càrrec seu (o cinc, en el sector agrícola) se'ls exigeix que tornin a contractar el treballador acomiadat i que li paguin per danys i perjudicis una quantitat no inferior al salari de cinc mesos. En aquest cas, el treballador també té l'opció de negar-se a tornar al seu lloc de treball i demanar una compensació per danys i perjudicis equivalent al salari de 15 mesos. Si l'empresari ofereix al treballador que es reincorpori al lloc de treball i el treballador no ho accepta en un termini màxim de 30 dies, el contracte queda automàticament extingit. Si hi ha menys de 15 treballadors, el treballador acomiadat injustificadament no té dret a reincorporar-se al seu lloc de treball, però ha de percebre una compensació que oscil·la entre 2,5 i 6 vegades el seu salari mensual. La Llei 223/1991, sobre

acomiadaments col·lectius, preveu procediments especials sobre informació i consulta amb els sindicats, i també indemnitzacions especials per als treballadors que està previst acomiadar, fet que compleix les ordres contingudes en les directives comunitàries que fan referència a aquesta matèria.

A més, una vegada rescindit el contracte de treball, sigui quina sigui la causa, fins i tot per acomiadament per causa justa o dimissió del treballador, aquest té dret a percebre una indemnització per acomiadament (*trattamento di fine rapporto*) que es considera com si fos una part del salari, que l'empresari en separa cada any i que guarda fins que s'acaba el contracte (fet que constitueix per a ell una font d'autofinançament important). Aquesta quantitat està basada en la fórmula del 7,5% del salari anual més la revalorització corresponent, segons un índex compost pel 75% de l'augment de l'índex de preus de consum + l'1,5% (Llei 297 del 1982).

⁽³⁾ A Espanya, el sistema de fonts normatives s'estructura de manera que hi predominen les relacions de suplementarietat i d'exclusió entre la llei i el conveni col·lectiu (García-Perrote Escartín, 1987). En virtut de la relació de suplementarietat, la llei fixa un mínim inderogable per conveni col·lectiu, i només es permet la millora d'aquests mínims, que constitueixen, per tant, una garantia no disponible per a les parts negociadores del conveni. En el nostre Estatut dels treballadors en tenim un exemple en la durada de trenta dies de les vacances (article 38.1 ET), que és un mínim de dret necessari relatiu, millorable per conveni col·lectiu, o la durada màxima de la jornada de quaranta hores setmanals de mitjana en còmput anual (article 34.1 ET), que es pot millorar per conveni (establint-hi una durada inferior, per exemple, de 37,5 hores).

En el cas de la relació d'exclusió, la llei es reserva el poder de regular una determinada matèria, de manera que la normativa estatal resulta immodificable per conveni col·lectiu. Són les normes d'ordre públic laboral o dret necessari absolut. En el cas espanyol, per exemple, l'edat mínima per a accedir a la feina, 16 anys (article 6 ET), no és susceptible de poder-se alterar per conveni col·lectiu, ni tampoc les normes referents als requisits processals per a demandar, o les normes per a accedir a les prestacions de la Seguretat Social.

⁽⁴⁾ A Alemanya, s'hi estableix una distinció entre acomiadament amb preavís (acomiadament ordinari) i acomiadament sense preavís (acomiadament extraordinari). En el cas d'acomiadament ordinari, l'article 622 del Codi civil alemany estableix diferents períodes de preavís. El període mínim és de quatre setmanes i, segons la durada del servei prestat al mateix empresari, es pot ampliar fins a set mesos. Els períodes de preavís es poden reduir o ampliar en els convenis col·lectius. Tot empleat que s'aculli a la protecció general contra l'acomiadament ordinari que preveu la Llei de protecció contra l'acomiadament ha de complir dues condicions: ha de fer, almenys, sis mesos que treballi en un establiment i que l'establiment ocupi regularment més de cinc empleats amb dedicació plena, sense comptar els que estiguin en formació professional ni els treballadors marginals a temps parcial. En l'article 626 del Codi civil es garanteix la protecció general contra l'acomiadament extraordinari, però ha d'obeir a raons absolutament excepcionals. En tots els casos d'acomiadament, ja sigui ordinari o extraordinari, s'ha donar el preavís per escrit, i és obligatori consultar prèviament el comitè d'empresa. Un acomiadament sense aquesta consulta prèvia no esdevé efectiu. Les objeccions del comitè d'empresa no impedeixen que es dugui a terme l'acomiadament, però reforcen la posició legal del treballador.

2) El model britànic

Contràriament a l'anterior, el model assumit pel Regne Unit es caracteritza perquè a penes hi intervé, raó per la qual s'ha denominat "sistema abstencionista i voluntarista". Així, l'Estat tan sols hi intervé per a excloure les relacions laborals del camp d'aplicació del dret *common law*, fet que garanteix la possibilitat de realitzar una organització autònoma d'aquestes relacions, principalment basant-se en els convenis col·lectius (*collective bargaining*) (Supiot, 1999). D'aquesta manera, a països com la Gran Bretanya o Irlanda es dona un protagonisme especial a la negociació col·lectiva en l'àmbit d'empresa.

Així doncs, aquest model abstencionista es tradueix en una desregulació del mercat de treball, que intervé la norma només de manera puntual pel que fa a determinats aspectes, com ara les normes que impedeixen la discriminació o les normes de salari mínim (*The Nacional Minimum Wage Regulations*, 1999), especialment impulsades pels governs laboristes i per la transposició de l'activitat normativa (directives i reglaments) de la Unió Europea.

Aquest no-intervencionisme en les relacions laborals contrasta amb una protecció social relativament generosa que ha anat consolidant-se a partir de 1941, coincidint amb el moment en què el Govern britànic va encarregar a William Beveridge⁵ que redactés l'informe que havia de contenir les línies bàsiques per a dissenyar el sistema de protecció social del país.

⁽⁵⁾El treball de Beveridge va donar lloc a l'informe social *Insurance and Allied Services* (1942), però a més va redactar un segon informe per iniciativa pròpia, titulat *Free Employment in a Free Society* (1944), en què completava les seves idees sobre l'estat del benestar (Alarcón Caracuel, 2000). En l'actualitat, el model britànic de Seguretat Social gestionat per l'Estat cobreix tota la població per mitjà de prestacions contributives, no contributives i rendes mínimes de subsistència per a persones que no arriben a uns ingressos mínims per a viure. El National Insurance Fund, que es finança amb les cotitzacions obligatòries que han de pagar la major part de treballadors i empresaris, gestiona i abona les prestacions contributives. Es cobreixen les contingències de jubilació, mort i supervivència, assistència sanitària, maternitat i desocupació. Pel que fa a les prestacions no contributives, es financen per mitjà del sistema impositiu general i depenen de les circumstàncies individuals (discapacitat, fills a càrrec, etc.). Quant a les rendes mínimes de subsistència, per a les persones en situació d'exclusió social, consisteixen en una sèrie d'ajuts per a l'habitatge (*housing benefit*) o rendes mínimes (*income support*). L'assistència sanitària s'ofereix amb caràcter universal a tots els ciutadans, per mitjà del National Health Service, i es finança amb els impostos i el National Insurance Fund, i no depèn de les cotitzacions prèviament fetes.

Es poden aprofundir les característiques d'aquest sistema en la base de dades de MISSOC, a Internet: ec.europa.eu/employment_social/social_protection/missoc_tables_en.htm

3) El model nòrdic

Coincideix amb el model continental quant al fet que estableix un marc general d'organització de les relacions laborals, de manera especial pel que fa a la regulació d'un marc jurídic bàsic per a la negociació col·lectiva entre les parts socials. No obstant això, igual que el model britànic, tendeix a deixar les relacions individuals de treball a l'autonomia de les parts. La filosofia nòrdica defensa que l'Estat ha d'intervenir en el terreny de l'ocupació, però que el que passi en els llocs de treball és una qüestió que han de determinar empresaris i treballadors (Supiot, 1999).

Així mateix, aquest model es caracteritza per l'alta participació de la dona⁶ en el mercat de treball.

⁽⁶⁾Així, si agafem com a referència els resultats de l'enquesta de la Unió Europea de 2005 sobre el mercat de treball, a països com Finlàndia, Suècia o Dinamarca més del 60 % de les dones entre 15 i 64 anys tenen feina, davant d'una taxa mitjana d'ocupació femenina del 56,3 % a la EU-25 (Font: Eurostat, *Statistics on Focus*, núm. 13/2006).

Exemple

Com a exemple, podem esmentar les normes següents sobre discriminació a la feina: *Disability Discrimination Act* (1996), *Employment Equality Sexual Orientation Regulations* (2003), *Employment Equality Sex Discrimination Regulations* (2005).

Aquest model es caracteritza perquè ofereix una protecció social elevada, que garanteix a tots els ciutadans la cobertura pública de les prestacions corresponents en situacions de necessitat.

Exemple

Finlàndia, per exemple, ha passat en poc temps de ser una societat rural a una societat que està al dia quant als avenços tecnològics, en què el model nòrdic d'estat del benestar ha aportat una estabilitat important en garantir a tots els ciutadans les prestacions bàsiques de Seguretat Social, atenció sanitària i educació.

En aquest model destaca, així mateix, el nivell d'atenció a les persones dependents, ja que es cobreixen de manera satisfactòria les necessitats socials generades per una taxa alta d'envelliment de la població. El model nòrdic d'atenció a les persones dependents és de caràcter universal i prestat prioritàriament des del sector públic, i finançat amb impostos. Els serveis són gestionats majoritàriament per les administracions locals.

Exemple

A Dinamarca, per exemple, es té dret a la pensió de jubilació a 65 anys –o a 67 per als nascuts abans de l'1 de juliol de 1939–, i també a la pensió d'invalidesa, calculades sobre la base dels anys de residència al país esmentat. Les administracions locals hi gestionen les pensions, si bé el Ministeri d'Afers Socials i d'Igualtat de Dret (*Social-og ligestillingsministeriet*) controla que la legislació s'hi apliqui, encara que no pot intervenir en els casos concrets. L'anomenat règim de pensió complementària o *arbejdsmarkedets tillægspension* (ATP) atorga als treballadors que treballen un mínim de 9 hores setmanals un suplement a la pensió. La cotització a la desocupació és voluntària. Les entitats que gestionen la prestació estan distribuïdes als diversos sectors d'activitat, i n'hi ha dues de reservades per als treballadors per compte propi. L'assistència sanitària és universal, vinculada al requisit de la residència legal a Dinamarca i finançada pels impostos de la població.

En l'actualitat, podríem dir que els diferents models tendeixen a aproximar-se, i a absorbir característiques pròpies dels altres, fet que està donant lloc a sistemes mixtos.

Per exemple, al Regne Unit, com ja hem avançat anteriorment, hi ha hagut una intervenció normativa més intensa, sobretot marcada per les directives comunitàries, que obliguen a determinades normes de transposició. És el cas de la normativa sobre salari mínim, protecció contra la discriminació per raó de gènere, edat, discapacitat, orientació sexual, etc., i també les normes de limitació de la jornada i el temps de treball.

El model continental també ha assumit trets de desregulació del mercat que semblen més propis d'un model abstencionista com el britànic. Així, la majoria dels països de tradició continental estan immersos en processos d'individualització de les relacions laborals, en què es produeix una retirada de les normes legals de mínims i es fa el pas a un protagonisme més gran de la negociació col·lectiva hi tingui, per mitjà d'allò que la doctrina espanyola ha anomenat relacions de suplementarietat i complementarietat del conveni col·lectiu respecte de la llei (García-Perrote Escartín, 1987). En virtut de la re-

lació de complementarietat, la llei delimita les línies bàsiques d'una determinada matèria que el conveni col·lectiu ha de respectar, i en remet la regulació més detallada a l'àmbit de la negociació col·lectiva.

És la tècnica de remissió a la negociació col·lectiva, en preceptes com ara el de l'article 12 ET, quan remet al conveni el desenvolupament d'uns aspectes determinats del treball a temps parcial (com ara, establir mesures per a facilitar que s'accedeixi a la formació professional o per a convertir-los en contractes a temps complet).

En virtut de la supletorietat, la regulació que conté la llei només s'hi podrà aplicar quan no hi hagi una previsió convencional sobre la matèria; hi ha, doncs, una norma estatal dispositiva derogable per mitjà de la normativa pactada en conveni col·lectiu. Les previsions establertes en l'Estatut dels treballadors només es podran aplicar en el cas que el conveni col·lectiu no entri a regular aquesta matèria; per exemple, establir períodes diferents en l'article 39.4 ET per a cobrir vacants de funcions de categoria superior.

D'aquesta manera, conceptes econòmics com la "flexibilitat" intenten obrir-se pas per mitjà de les normes, desplaçant el centre de gravetat de la llei a la negociació col·lectiva, i deixant a les parts que assumeixin més protagonisme quant a l'autoregulació de les condicions de treball corresponents. La conseqüència immediata n'és el descens dels estàndards mínims de protecció que la llei garantia anteriorment.

A Espanya, la reforma laboral de l'any 1994 va introduir canvis importants en les relacions tradicionals entre llei i conveni col·lectiu. La Llei 11/1994, de 19 de maig, per la qual es van modificar institucions clau de l'ordenament laboral, va concedir una importància notable a la negociació col·lectiva, augmentant el paper del conveni a l'hora de regular matèries que tradicionalment havien estat reservades a la llei, com a garantia d'un estàndard mínim de drets dels treballadors.

Els canvis duts a terme en la Llei 11/1994 van actuar en una doble direcció. La primera, relativa a la reforma del títol III de l'Estatut dels treballadors –negociació col·lectiva–, la principal finalitat de la qual va ser resoldre els problemes que se suscitaven a partir de la regulació anterior i que dificultaven que la negociació col·lectiva es desenvolupés correctament.

L'increment del rol del conveni col·lectiu com a instrument al servei de la flexibilitat de l'empresa, es va fer palès en la Llei 11/1994, en l'apartat que assenyalava (en l'exposició de motius) 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 segon bloc de modificacions que va fer la Llei 11/1994 està constituït per les mesures que van disminuir la imperativitat de les normes legals, i van deixar que la negociació col·lectiva, els acords d'empresa i el contracte individual reguessin determinats aspectes que fins que es va promulgar la Llei 11/1994 eren regulats per les normes estatals amb rang legal. La importància d'aquests canvis, que van omplir el text de l'Estatut dels treballadors, va ser notable, ja que hi batejava una voluntat ferma del legislador de reduir el paper de la norma legal en benefici de la voluntat col·lectiva i fins i tot individual (i augmentar la possibilitat de negociar alguns aspectes per mitjà del contracte de treball).

D'aquesta manera, les relacions de complementarietat i supletorieta es van intensificar, i en van disminuir les de suplementarietat (que, tradicionalment, havien estat les més abundants en l'Estatut dels treballadors).

Així doncs, **potenciar la negociació col·lectiva** i l'autonomia individual va ser l'instrument de què es va servir el legislador per aconseguir més flexibilitat de les relacions laborals com a objectiu prioritari de la reforma del 1994, en benefici de les empreses, però en detriment dels drets dels treballadors.

2. La resposta del dret del treball a la internacionalització de l'economia

La globalització econòmica presenta una realitat complexa, sovint relacionada amb l'eliminació de barreres de tipus econòmic, amb tendència a unificar els mercats. La globalització és un concepte típicament econòmic, i així ho han posat en relleu els autors que han estudiat aquest fenomen, que destaquen la capacitat de funcionar de manera unitària en temps real o en un temps establert, a escala planetària, tal com es veurà a continuació.

2.1. La globalització econòmica i el paper de la normativa laboral internacional

Encara que el capitalisme s'ha caracteritzat des dels orígens per una expansió incessant, fins a la fi del segle XX l'economia mundial no s'ha convertit en una economia autènticament global basada en la nova infraestructura que les tecnologies de la informació i la comunicació hi han proporcionat, i amb l'ajut decisiu de les polítiques de desregulació i liberalització aplicat tant pels governs com per les institucions internacionals. Per això s'ha definit l'economia global com a "l'economia els components nuclears de la qual tenen la capacitat institucional, organitzativa i tecnològica de funcionar com una unitat en temps real, o en un temps establert, a escala planetària" (Castells, 1997).

Les claus d'aquesta globalització econòmica són, d'una banda, els mercats financers globals i, d'una altra, la revolució tecnològica que es materialitza en l'anomenada *societat de la informació* o *societat xarxa*.

Pel que fa a la globalització dels mercats financers, en l'actualitat, el capital es gestiona, durant les vint-i-quatre hores del dia, en mercats financers integrats globalment, que funcionen en temps real per primera vegada en la història, de tal manera que en els circuits econòmics de tot el món tenen lloc, en qüestió de segons, transaccions per valor de milers de milions de dòlars. D'aquesta manera, els nous sistemes d'informació i les tecnologies de la comunicació permeten enviar i reexpedir els capitals entre economies en espais de temps molt breus, pràcticament amb una automaticitat immediata, de manera que el capital –i, per tant, els estalvis i les inversions– està connectat a escala mundial, des dels bancs fins als mercats borsaris i l'intercanvi de divises.

Com a segon element de la internacionalització, es pot assenyalar el desenvolupament d'una infraestructura tecnològica que inclou una xarxa de telecomunicacions avançades, sistemes interactius d'informació i poderosos ordinadors capaços de processar dades a alta velocitat, dissenyats especialment per a gestionar la complexitat de les transaccions mundials.

Tanmateix, cal tenir en compte que les noves tecnologies de la informació i de la comunicació produeixen, en les societats de la informació modernes, efectes preocupants, sobretot pel que fa als drets i les llibertats dels ciutadans. Per això, el dret del treball s'ha d'adaptar a les noves realitats socials per a preveure-hi fenòmens com la comunicació per mitjà del correu electrònic a l'empresa (Colás Neila, 1999, pàg. 55).

Quant a l'avenç de les noves tecnologies, un dels primers afectats són els drets laborals, als quals se'ls culpabilitza constantment d'entorpir l'eficiència econòmica. Tanmateix, aquest discurs amaga altres realitats.

Mentre es parla de sectors i subjectes "sobrepotejats", els emigrants fan –als països més desenvolupats– feines que, sovint, són rebutjades pels altres ciutadans, i accepten condicions notablement inferiors i, moltes vegades, infrahumanes. El resultat de tot això és que, inexorablement, aquests subjectes també s'organitzen, busquen que se'ls reconeguin els drets de ciutadania i, tard o d'hora, també reivindicaran els drets socials corresponents i els drets derivats del contracte de treball.

Com va passar amb el concepte de flexibilitat, la noció de globalització és bàsicament una noció econòmica difícil de traslladar a l'àmbit jurídic. Tanmateix, els efectes de la globalització són molt semblants als que va provocar la flexibilitat, en una línia de tendència permanent que pretén desregular les condicions dels treballadors i eliminar les normes protectores que, tradicionalment, han caracteritzat el dret del treball; tot això amb l'aparença d'un context mundial en el qual els límits es dilueixen i les diferències s'hi atenuen, com si es tractés d'un procés incontrolable i irreversible.

En un context de globalització econòmica com el que s'ha descrit anteriorment, en què els escenaris han passat a ser internacionals, el paper de les normes laborals a escala internacional té una nova dimensió. La globalització fa evident que les finalitats protectores del dret del treball no són realitzables si no és en una dimensió que ultrapassi la sobirania estatal, a escala transnacional.

La globalització econòmica en la qual estan immerses les relacions laborals no pot fugir del fet que s'articulin mecanismes d'universalitat pel que fa a la protecció dels treballadors, fet que ens porta a redimensionar el paper que els drets humans poden tenir en aquest camp. Això ha de partir del fet de reconèixer els valors i els drets que conté la Declaració universal dels drets humans de 10 de desembre de 1948, en què es reafirmen els drets fonamentals de l'home, la dignitat i la igualtat de drets d'homes i dones.

El preàmbul parteix de la idea que els drets humans fonamentals tenen l'arrel en la dignitat i el valor de la persona (apartats 1r. i 5è., confirmats per l'article 1). Per això, a totes les persones els corresponen drets iguals i inalienables (apartat 1r., confirmat per l'article 2). D'aquesta manera, els estàndards que conté la Declaració universal pressuposen que hi ha drets fonamentals predicables de qualsevol persona, independentment de la cultura i la societat en què s'integrin, de manera que la idea d'universalisme dóna als individus un conjunt de drets fonamentals bàsics pel simple fet de ser éssers humans. Els articles 1 i 2 il·lustren la noció de drets humans que informa tota la Declaració, basada en la idea de dignitat i d'igualtat de la persona.

Tanmateix, la qüestió més debatuda amb relació a la Declaració universal dels drets humans és la vinculació jurídica que té. La Declaració és vinculant jurídicament? Quins són els mecanismes perquè els Estats acompleixin el que hi ha previst?

En aquest punt es poden distingir dues posicions diferenciades (Truyol Serra, 2000).

1) Per a alguns autors, la Declaració universal dels drets humans no concedeix als individus un dret d'acció o petició davant dels òrgans de l'ONU per a assegurar la realització efectiva dels drets en qüestió. Per això, quant a l'efectivitat dels drets, un dels problemes més importants és el fet de saber quina és l'obligatorietat juridicointernacional positiva de la Declaració.

Comunament, s'accepta la vinculació moral de la Declaració universal, però jurídicament significa que és una pauta superior d'inspiració i un criteri d'interpretació per als òrgans cridats a configurar-lo, desenvolupant-lo convencionalment o consuetudinàriament i, si de cas, aplicant-lo per via judicial o arbitral. La Declaració és, en aquest sentit, l'expressió de la consciència jurídica de la humanitat, representada per l'ONU i, per tant, font d'una llei suprema (dret superior o *higher law*), els principis de la qual no poden desconèixer-ne els membres.

2) Segons una segona interpretació, la Declaració té un valor jurídic vinculant que la fa directament aplicable, ja que constituïria el desenvolupament del que va estipular prèviament la Carta de l'Organització de les Nacions Unides de 26 de juny de 1945.

Així doncs, la Carta es limita a formular el principi d'una promoció internacional dels drets humans i les llibertats fonamentals, però sense desenvolupar-lo amb normes concretes, cosa que farà la Declaració universal dels drets humans. Aquest principi figura en l'apartat 2n. del preàmbul, en què es proclama que els pobles de les Nacions Unides estan decidits a "refermar la fe en els drets fonamentals de l'home, en la dignitat i el valor de l'espècie humana, en la igualtat de drets d'homes i dones". I per això una de les finalitats de l'organització és fer que es cooperi internacionalment en el desenvolupament i l'estímul del respecte dels drets humans i de les llibertats fonamentals de tothom, sense cap distinció per motius de raça, sexe, idioma o religió (article 1, apartat 3).

És important assenyalar que, sigui quina sigui la interpretació que s'adopti pel que fa a aquest tema, la Declaració universal té un valor hermenèutic per a determinar l'abast dels drets fonamentals i les llibertats públiques, per manament exprés de l'article 10.2 CE.

Ara bé, és en l'article 56 de la Carta de les Nacions Unides, en l'apartat que diu que "tots els membres es comprometen a prendre mesures conjuntament o separadament, en cooperació amb l'Organització, per a portar a terme els propòsits consignats en l'article 55," on es pot veure en major grau la vinculació jurídica dels drets humans que preveu la Carta i la Declaració universal amb el paper actiu que han d'exercir els diferents Estats a l'hora d'aplicar-la de manera efectiva.

D'altra banda, amb la finalitat de reforçar la Declaració universal dels drets humans i aconseguir que contingui una força vinculant jurídicament per als drets, l'Assemblea General de Nacions Unides va encetar la discussió de dos projectes, el resultat final dels quals van ser dos convenis: el Pacte internacional de drets econòmics, socials i culturals i el Pacte internacional de drets civils i polítics, adoptats el 16 de desembre de 1966. A diferència de la Declaració universal dels drets humans, ambdós estableixen **mecanismes**⁷ que tendeixen a assegurar la realització pràctica dels drets que preveuen.

⁽⁷⁾Entre els mecanismes esmentats, hi destaca el que preveu el Protocol facultatiu del Pacte internacional de drets civils i polítics de 16 de desembre de 1966, en què es reconeix al Comitè Europeu de Drets Humans –previst en la part IV del Pacte– la facultat de rebre i considerar comunicacions d'individus que es considerin víctimes de vulneracions. Tot i així, no s'ha arribat a un control supranacional autèntic, de manera que la decisió i les mesures correctores eventuals depenen de l'Estat que ha acceptat el Protocol.

Així, en l'article 2.2 del Pacte internacional de drets civils i polítics s'estableix que "cada estat membre es compromet a adoptar, d'acord amb els seus procediments constitucionals i les disposicions d'aquest pacte, les mesures oportunes per a dictar les disposicions legislatives o d'una altra mena que calguessin per a fer efectius els drets reconeguts en aquest pacte", i es compromet a garantir que l'autoritat competent, judicial, administrativa o legislativa decideixi sobre els drets d'una persona que interposi un recurs com a conseqüència de la violació d'algun dels drets previstos en el pacte.

En l'agenda social de l'ONU, hi destaca la Conferència de Viena sobre els drets humans de juny de 1993. S'hi reafirma el compromís solemne de tots els Estats de complir les seves obligacions a l'hora de promoure el respecte universal i l'observança de tots els drets humans i les llibertats fonamentals per a totes les persones, d'acord amb la Carta de les Nacions Unides, altres instruments relatius als drets humans i la llei internacional. L'article 38 de la Conferència de Viena reconeix el rol important de les organitzacions no governamentals (ONG) a l'hora de promocionar els drets humans, recomana que els governs i aquestes ONG continuïn dialogant i col·laborant, i declara que han de ser lliures per a dur a terme les activitats relatives al desenvolupament dels drets humans, i en el marc de les lleis nacionals i de la Declaració universal dels drets humans.

Al costat de la Declaració universal dels drets humans, ha estat fonamental el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals de 4 de novembre de 1950.

El Conveni no es va limitar a imposar obligacions als Estats, ni tampoc a establir un tribunal davant del qual poguessin presentar les seves demandes, sinó que va conferir drets als individus com a tals davant dels seus propis Estats, i va crear institucions de decisió supranacionals l'ús de les quals ja no monopolitzen els Estats.

En aquest punt, és important recordar el paper que tenen en l'actualitat l'acció de l'OIT (Organització Internacional del Treball) i, de manera especial, els convenis internacionals promulgats per aquesta organització. Aquests convenis han de servir de marc per a lluitar contra les conseqüències sociolaborals que la globalització produeix en els treballadors.

L'OIT ja va ser creada l'any 1919 amb el propòsit primordial d'adoptar normes internacionals que abordessin el problema de les condicions de treball que implicaven "injustícia, misèria i privacions". El 1944, en incloure-s'hi la Declaració de Filadèlfia, es va ampliar el mandat normatiu de l'organització per donar-hi cabuda a afers de caràcter general relacionats amb la política social i els drets humans i civils.

Les normes de l'OIT tenen la forma de convenis i recomanacions. Els primers són tractats internacionals subjectes a la ratificació dels Estats membres de l'organització. Les recomanacions no són instruments vinculants, habitualment, versen sobre els mateixos temes que els convenis, i recullen directrius que poden orientar la política i l'acció nacionals. Tant els convenis com les recomanacions incideixen concretament en les condicions i les pràctiques de treball de tots els països del món.

Des dels orígens, l'OIT ha tractat de tutelar els col·lectius més necessitats de protecció. En l'actualitat, la protecció d'aquests col·lectius torna a ser objecte d'atenció per part de l'OIT, de manera especial pel que fa al treball infantil. L'OIT va emprendre, dins de l'anomenat Programa Infocus sobre el treball infantil (IPEC, creat el 1992), una campanya mundial contra el treball infantil, l'objectiu prioritari de la qual és promoure que s'elabori i s'apliqui una legislació protectora contra el treball infantil. Aquesta acció s'ha anat intensificant en aprovar-se, l'any 1999, el Conveni número 182, sobre les pitjors formes de treball infantil, amb les finalitats següents:

- a) impedir l'ocupació de nens en les pitjors formes de treball infantil;
- b) prestar l'assistència directa necessària i adequada per a deslliurar els nens de les pitjors formes de treball infantil i assegurar-ne la rehabilitació i la inserció social;

- c) assegurar a tots els nens que hagin estat deslliurats de les pitjors formes de treball infantil que accedeixin a l'ensenyament bàsic gratuït i, quan sigui possible i adequat, a la formació professional;
- d) identificar els nens que estan particularment exposats a riscos i a entrar-hi en contacte directe, i
- e) tenir en compte la situació particular de les nenes.

Així doncs, per a l'OIT, certs grups (com les dones, les minories ètniques o racials, els immigrants, els nens i, sobretot, els pobres) són particularment vulnerables a aquestes formes contemporànies de treball forçat.

Segons l'informe global "Alto al Trabajo Forzoso 2001", d'acord amb el seguiment de la Declaració de l'OIT relativa als principis i drets fonamentals en el treball, emès en la 89a reunió de la Conferència Internacional del Treball del 2001, el treball forçat no és, en l'actualitat, un vestigi de temps ja superats. Desgraciadament, encara que hagi estat condemnat arreu del món, el treball forçat està revelant nous aspectes inquietants juntament amb els antics. Noves formes d'esclavitud i servitud encara perduren en algunes zones del món, i les pràctiques d'aquest tipus continuen perseguint-se fins avui.

2.2. La normativa de la Unió Europea i els objectius de cohesió social i econòmica

El Tractat de Roma, en la seva versió originària de 1957, consagrava un **model de no-intervencionisme en allò social** del qual l'art. 117 era un exemple clar. No oblidem que la Unió sorgeix amb l'objectiu de crear un mercat comú (CEE), i deixa en un segon pla les polítiques socials. L'art. 117 del TR partia de la idea que la millora en la qualitat de vida i de treball dels treballadors s'aconseguiria amb el funcionament del mercat únic, que provocaria, a més, una harmonització dels sistemes socials dels Estats membres.

Així, en aquesta primera època es percep una influència clarament econòmica, en la mesura que la política econòmica marca el ritme de la política d'ocupació i de la política laboral. Les poques normes que apareixen en aquest període tracten únicament de coordinar les diferents polítiques nacionals, la qual cosa evidencia una clara preponderància d'allò econòmic sobre allò social. La política d'ocupació no es planteja com una política integral, sinó com un braç articulat de la política econòmica i a remolc d'aquesta, i implica la falta de tractament d'aspectes tan importants com la incidència directa en la creació d'ocupació, el control del tipus d'ocupació que es cregui i, sobretot, les mesures d'acció positiva per a inserir col·lectius amb dificultats.

Tanmateix, aquest primer model de no-intervencionisme en allò social va mostrant les seves deficiències amb l'aparició de la crisi econòmica. Els Estats membres comencen a fer front a la situació econòmica, i la Unió Europea, amb l'objectiu de no perjudicar els seus objectius pel que fa al mercat únic (a causa de les mesures que els països posen en marxa i que poden produir distorsions competencials no desitjades), comença a intervenir a través de les directives.

Exemple

Pot servir d'exemple el cas de les reconversions industrials dels anys setanta i vuitanta, que donen lloc a la Directiva 75/129/CEE sobre acomiadaments col·lectius, la qual constitueix una mostra de les intervencions comunitàries en aquesta línia.

El Tractat d'Amsterdam, firmat el 2 d'octubre de 1997, marca un pas crucial en la configuració de les actuals polítiques comunitàries d'ocupació i d'acostament de la Unió Europea a allò social.

El Tractat d'Amsterdam continua mantenint que el compliment dels objectius socials resultarà tant del bon funcionament del mercat comú, que afavorirà l'organització dels sistemes socials, com dels procediments del mateix Tractat i de l'aproximació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives (art. 2 i 3). Tanmateix, el Tractat d'Amsterdam, encara que continua confiant en els efectes positius que el mercat té respecte a la millora de la qualitat de vida i el treball dels treballadors, introdueix la referència als drets socials. En aquest sentit, en Tractat es preveuen drets el marc jurídic anterior dels quals era el dret derivat (directives o reglaments).

És el cas de l'art. 141.1 TUE (antic art. 119 del Tractat de Roma): "Cada estat membre garantirà l'aplicació del principi d'igualtat de retribució entre treballadors i treballadores per a una mateixa feina o per a una feina del mateix valor".

Un altre pas important va ser la nova reformulació de l'actual art. 13 del Text consolidat del Tractat de la Unió Europea (d'ara endavant, TUE), que estableix les bases per a que el Consell –per unanimitat, a proposta de la Comissió i prèvia consulta al Parlament Europeu– pugui adoptar accions adequades per a lluitar contra la discriminació per motius de "sexe, origen racial o ètnic, religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual".

En l'art. 13 TUE es dona entrada, per primera vegada, a col·lectius que també han de ser objecte de la tutela en la lluita contra les discriminacions, com és el cas dels homosexuals, en el context de l'eliminació de la discriminació per motius d'orientació sexual.

L'art. 13 TUE ha permès un avenç substancial en aquest àmbit de la lluita contra les discriminacions, en haver-se aprovat la Directiva 2000/43/CE, de 29 de juny de 2000, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones, independentment del seu origen racial o ètnic, o la Directiva 2000/78/CE del Consell de 27 de novembre de 2000, relativa a l'establiment d'un marc general per a la igualtat de tracte en la feina i l'ocupació, que considera l'eliminació de discriminacions per a la resta dels motius.

Dins d'aquest context, el Tractat de la Unió Europea marca uns objectius que passen pel foment de l'ocupació, la consecució d'un nivell adequat i durador d'ocupació, la lluita contra les exclusions i la millora de les condicions de vida i de treball. Fixats aquests objectius, el propi Tractat fixa els mitjans per aconseguir-los: el diàleg social, el desenvolupament dels recursos humans i la intervenció de la Unió Europea, amb la finalitat de mantenir la competitivitat de l'economia. Els mitjans que el Tractat ha adoptat per a assolir els seus objectius inclouen la intervenció tant de la Unió Europea com dels Estats membres, en una coresponsabilitat⁸ que trenca la tendència –d'una manera cada vegada més acusada– de la no-intervenció en matèria social.

⁽⁸⁾En aquest sentit, els art. 137 i 150 TUE marquen les relacions de complementaritat entre la Unió Europea i els Estats membres, en mantenir que la primera complementarà l'acció dels països comunitaris en una sèrie de matèries. Aquestes matèries són la millora de l'entorn de treball, la protecció de la seguretat i la salut dels treballadors, les condicions de treball, la Seguretat Social i la protecció social, la protecció dels treballadors en cas

de rescissió del contracte, informació i consulta dels treballadors, representació i defensa col·lectiva dels seus interessos, les condicions d'ocupació dels nascuts a tercers països, la integració de persones excloses del mercat laboral, igualtat de tracte i d'oportunitats entre homes i dones, la lluita contra l'exclusió social i la modernització dels sistemes de protecció social (López López, 1996).

Així mateix, l'art. 140 TUE estableix que la Comissió facilitarà la coordinació de les seves accions en els àmbits de la política social relacionats amb l'ocupació, amb el dret del treball i les condicions de treball, amb el dret de sindicació i negociació col·lectiva i amb la Seguretat Social. Per la seva banda, l'art. 144 del TA assenyala que el Consell, prèvia consulta al Parlament Europeu, crearà un Comitè de Protecció Social, de caràcter consultiu, per fomentar la cooperació entre els Estats membres.

En l'àmbit comunitari va ser de gran importància la promulgació solemne de la Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea el 7 de desembre de 2000, que inclou un capítol IV sota la rúbrica de "Solidaritat".

Aquesta carta s'ha considerat un primer pas o primera via d'accés cap a una constitucionalització dels drets socials fonamentals al si de la futura Constitució europea (Sciarra, 2001). No obstant això, l'efectivitat dels drets continguts a la Carta és un tema controvertit, ja que aquesta tindria més aviat un valor de norma programàtica que no de norma vinculant (Rojo Torrecilla, 2001).

Sobre la naturalesa jurídica de la Carta, la Comissió s'ha pronunciat en una Comunicació d'11 d'octubre de 2000. Per a la Comissió, "la Carta produirà els seus efectes, també en el pla jurídic, sigui quina sigui la naturalesa que se li atribueixi. Com que la Comissió el va defensar en el debat en el Parlament Europeu del 3 d'octubre de 2000, és evident el Consell i la Comissió, que estan cridats a proclamar-la solemnement, difícilment no podran ignorar en el futur, quan actuïn com a legisladors, un text que ha estat preparat a petició del Consell Europeu per totes les fonts de legitimitat nacionals i europees reunides en un mateix fòrum. De la mateixa manera, sembla lògic que, al seu torn, el Tribunal de Justícia s'inspiri en la Carta, com ja ho havia fet amb un altre text sobre drets fonamentals. Es pot lògicament esperar que la Carta, en qualsevol hipòtesi, resulti vinculant a través de la seva interpretació pel Tribunal de Justícia com principis generals del dret comunitari".

En qualsevol cas, l'aprovació d'un text d'aquestes característiques té per si repercussions positives. D'una banda, per l'assumpció pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea dels principis continguts en aquesta com a principis fonamentals de la Unió Europea, i, d'altra banda, per la recepció dels seus continguts per part dels Estats membres.

2.3. Dret del treball i immigració

La societat espanyola del final del segle XX s'ha trobat amb una situació de convivència nova a què no estava acostumada, la multiculturalitat dels seus ciutadans.

Espanya ha passat en cas de ser un punt de partida dels fluxos migratoris a convertir-se en una destinació a aconseguir per milers de persones, la qual cosa ha augmentat la necessitat de regular jurídicament aquesta situació.

Ara bé, Espanya no és l'únic país receptor de la immigració, sinó que s'emmarca dins del context mundial, ja que es calcula que, entre els anys 1995 i 2000, els països desenvolupats van rebre un total net de 12 milions d'immigrants, segons un informe del Comitè Econòmic i Social de l'ONU de 27 de desembre de 2005. Aquest fenomen social requereix que les lleis sobre immigració i estrangeria regulin adequadament les normes i les conductes d'una societat multiracial, plurireligiosa i multicultural.

En aquest tema, el punt de partida el pot donar l'art. 13 de la Declaració universal dels drets humans, que estableix que

"Tothom té dret a circular lliurement i a elegir la seva residència al territori d'un estat."

En aquest sentit, el document *Globalization and interdependence: migration and development*, elaborat per la presidència de l'Assemblea General de les Nacions Unides amb la intervenció dels representants de les organitzacions no governamentals, de la societat civil i del sector privat, insta que els Estats membres de l'ONU ratifiquin els seus instruments normatius de drets humans i, en especial, la Convenció de 1990 sobre la Protecció dels drets dels treballadors migrants i dels seus familiars. Així mateix, es posa l'accent en el respecte pels drets humans dels immigrants, independentment del seu estatus jurídic, que és la clau de tota la política relativa al moviment internacional de la població.

En el moment en el que el legislador es planteja una llei reguladora dels drets i garanties dels estrangers en l'actualitat, l'esmentada llei necessitaria grans dosis de dimensió multiètnica i multicultural, en la línia del Conveni núm. 47 de l'OIT, que reconeix, en el dret al treball, un dret social universal, no limitat exclusivament als ciutadans d'un país determinat. Es tracta d'una perspectiva netament multicultural necessitada d'una reconsideració del cosmopolitisme, de la consideració dels drets humans fonamentals i de l'allunyament d'una visió merament econòmica, per a propiciar un acostament a altres metes socials, polítiques i culturals de l'anomenada globalització. L'objecte i la finalitat d'una llei d'aquestes característiques (de reconeixement dels drets i deures dels estrangers a Espanya) hauria de consistir a garantir als estrangers que els seus drets siguin no només reconeguts, sinó respectats per la societat en conjunt, i evitar que apareguin o es continuïn produint actes individuals o col·lectius de xenofòbia i racisme.

Per això, assenyala 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

Vegeu també

Per a ampliar aquest tema, pot consultar-se la web de la Càtedra d'Immigració, Drets i Ciutadania de la Universitat de Girona. A Internet, web.udg.es/cidc.

gran parte de dicha ciudadanía", tenint en compte 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, pàg. 265).

Una premissa de partida és que en la normativa espanyola es fa referència als estrangers no comunitaris, ja que els comunitaris gaudeixen del principi de llibertat de moviments reconegut en l'art. 18 del Tractat de la Unió Europea, segons el qual "tot ciutadà de la Unió tindrà dret a circular i residir lliurement en el territori dels Estats membres, amb subjecció a les limitacions i condicions previstes en el present Tractat i en les disposicions adoptades per a aplicar-lo". Aquesta diferenciació entre treballadors comunitaris i no comunitaris ha accentuat la situació de segregació a Espanya del treballador immigrant de tercers països, que ara és l'immigrant en sentit propi i l'afectat pels problemes específics actuals de la immigració (Ballester Pastor, 1997, pàg. 16).

La Llei 4/2000, d'11 de gener –inicialment consensuada per tots els partits polítics–, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, regulava el fenomen migratori a través d'un tractament que podia entendre's bastant concorde amb la Constitució i els tractats internacionals.

Aquesta Llei havia estat objecte de tota mena d'elogis per part de la doctrina, i s'assenyalava, entre altres virtuts, que havia suposat un avenç decisiu en la posició jurídica de l'estranger a Espanya, i particularment en la dels immigrants, atès que el legislador havia ampliat i millorat el nivell dels drets reconeguts als immigrants, i, encara que continués acceptant els principis tradicionals de la nostra legislació d'estrangeria (com, per exemple, entrada amb visat com a element de control, permanència mitjançant autorització, treball subordinat al permís), havia tractat de facilitar la immigració regularitzada. Un dels èxits és que havia moderat les exigències i els requisits per a l'obtenció de visat, de l'autorització de residència i de permís de treball.

Tanmateix, la Llei 4/2000 va estar estigmatitzada des del primer moment, ja que, immediatament després de promulgar-se, el Govern va declarar, com a prioritat de la seva política d'estrangeria i programa electoral, modificar la Llei 4/2000 de nou aprovada, amb un procés de regularització en marxa que afectava més de dos-cents mil estrangers en situació irregular. El nou Projecte de llei de reforma de la llei presentat pel Govern va quedar aprovat definitivament al mes de desembre del 2000 amb els vots en contra de diferents grups parlamentaris, i no va ser consensuat, per tant. Així, el 23 de gener de 2001, va entrar en vigor la nova Llei d'estrangeria, en la redacció donada per la Llei orgànica 8/2000, de 22 de desembre.

A l'hora de procedir a l'anàlisi de la normativa sobre estrangeria, és d'importància vital tenir present que l'art. 10 CE estableix que "la dignitat de la persona, els drets que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte a la llei i als drets dels altres són fonament de l'ordre polític i de la pau social". L'art. 10 CE no distingeix entre espanyols i estrangers en

tot allò que afecti la dignitat de la persona, ja que la mateixa Constitució no en duu a terme cap distinció. Aquesta premissa ha estat tinguda en compte pel Tribunal Constitucional, que ha establert les bases per a un reconeixement ampli dels estrangers a Espanya, al marge de la seva situació administrativa concreta, seguint un plantejament expansiu que eviti interpretacions reduccionistes.

Aquesta és l'opció per la qual es decanta l'STC 107/1984, segons la qual determinats drets pertanyen als estrangers, per tal com són garantia de la dignitat humana⁹, d'acord amb l'art. 10.1 la CE.

⁹En concret, la sentència assenyala drets com ara el dret a la vida, a la integritat física i moral, a la intimitat, a la llibertat ideològica, que han de ser atribuïts als estrangers en virtut del respecte a la dignitat humana. Així doncs, la referència a la dignitat opera en el reconeixement de certs drets socials, com la protecció de la família, de la religió i cultura pròpies, la protecció contra la discriminació, o en l'àmbit de la salut.

Seguint aquesta tendència inicial, el Tribunal Constitucional, en l'STC 95/2000, de 10 d'abril, assenyala 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)". Tanmateix, alhora, el Tribunal Constitucional permet l'existència d'un segon bloc de drets a què no poden accedir els estrangers, quan afirma que, al contrari, "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)", integrat per aquells drets dels quals podran ser titulars els estrangers "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".

D'aquesta manera, el Tribunal Constitucional obre la via perquè sigui el legislador el que faci la classificació entre els diferents drets, amb el límit que suposa el dret a la dignitat de les persones (art. 10 CE), però, al seu torn, amb tota la problemàtica de determinació que aquest concepte genèric comporta. La dificultat resideix, doncs, a arribar a una conclusió sobre quins són els drets que afecten el nucli dur de la dignitat de la persona.

Seguint la pauta oberta pel Tribunal Constitucional, el legislador, en la LO 8/2000, ha previst dos grans blocs de drets depenent dels criteris següents. En primer lloc, un bloc de drets que es regulen en la Llei 8/2000, que es concedeixen a l'estranger amb independència que aquest hagi obtingut o no el permís de residència, drets que quedarien emparats en el dret a la dignitat, consagrada en l'art. 10 CE, i predicables, per tant, de tots els estrangers que siguin a Espanya. En segon lloc, un conjunt de drets condicionats a la situació d'estada o residència legal.

1) El primer bloc de drets s'integra dins d'aquells que serien emparats en el concepte de dignitat de l'art. 10 CE, i són predicables, per tant, a tots els estrangers. Dins d'aquest bloc poden considerar-se inclosos els següents:

a) El principi d'igualtat i no-discriminació que es reconeix en l'art. 23 de la LO 8/2000¹⁰.

⁽¹⁰⁾La llei ha optat per una redacció genèrica, segons la qual representa discriminació qualsevol acte que directament o indirecta comporti una distinció, exclusió, restricció o preferència contra un estranger basant-se en la raça, el color, l'ascendència o l'origen racial o ètnic. D'aquesta manera, la llei incorpora tant el concepte de discriminació directa, com indirecta. En l'aspecte més concret de la discriminació en el treball, la LO 8/2000 ha incorporat un apartat (e) a l'art. 23, que no distingeix entre treballadors amb permís de residència o sense, per la qual cosa s'ha de considerar aplicable a tots. És el relatiu al concepte de discriminació indirecta, que es qualifica com "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) Dret a la tutela judicial efectiva (art. 20 LO 8/2000).¹¹

⁽¹¹⁾Cal entendre'l estès a tots els estrangers, atenent la redacció de l'apartat 1 de l'art. 20 –"los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva". Tanmateix, la Llei 8/2000 posa en dubte aquest dret en altres preceptes de la norma, i contravé així, clarament, la Declaració universal dels drets humans i el Pacte internacional de drets civils i polítics, que reconeix àmpliament el dret a la tutela judicial efectiva "sense atenció a la nacionalitat".

c) Dret a l'assistència sanitària urgent.¹²

⁽¹²⁾

Segons l'art. 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". Així doncs, únicament es concedeix el dret a l'assistència sanitària en els casos d'urgència, sense que aquesta sigui extensible a la resta de les situacions, ja que el dret a l'assistència sanitària en les mateixes condicions que els espanyols se subjecta al requisit que els estrangers estiguin a Espanya inscrits en el padró del municipi en què resideixin habitualment (art. 12.1 LO 8/2000).

2) Un segon bloc de drets està subjecte a l'acreditació de la residència legal a Espanya. Entre aquests, i també per les seves implicacions en l'àmbit laboral, poden destacar-se els següents:

a) Dret de reunió i manifestació.¹³

⁽¹³⁾És un dret que ha empitjorat substancialment després de la redacció donada per la Llei 8/2000, segons la qual els estrangers únicament podran gaudir del dret de reunió "cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España" (art. 7.1 LO 8/2000), malgrat la conveniència de reconèixer els drets col·lectius d'aquests treballadors, ja que la necessitat s'incrementa en el cas dels immigrants no legalitzats, la situació irregular dels quals els fa especialment febles i indefensos. D'aquesta manera, la Llei 8/2000 s'ha apartat ostensiblement de la doctrina del Tribunal Constitucional.

És significativa l'STC 115/1987, de 7 de juliol, que reconeixia el dret de reunió i manifestació a tots els estrangers –fossin o no residents–, ja que, respecte al dret de reunió i manifestació, l'art. 21.1 CE afirma genèricament que "es reconeix el dret de reunió pacífica i sense armes", sense cap referència a la nacionalitat de qui exerceix aquest dret. Quant al dret d'associació, segons aquesta mateixa sentència, l'art. 22 CE, en contrast amb altres constitucions comparades, reconeix també directament els estrangers el dret d'associació.

b) Dret de sindicació i vaga.¹⁴

(14)

L'art. 11 també ha experimentat una regulació per part de la LO 8/2000, molt més restrictiva que l'originària, en subjectar (de la mateixa manera que ocorre amb els drets de reunió i manifestació) aquests drets a "la autorización de estancia o residencia en España". Aquestes exigències són contràries als tractats i convenis internacionals ratificats per Espanya, per tal com menyscaben les garanties de què han de gaudir tots els estrangers, independentment de la seva situació administrativa a Espanya.

Entre les normes internacionals que poden entendre's vulnerades, podrien destacar-se, en primer lloc, l'art. 23.4 de la Declaració universal dels drets humans, segons el qual "qualsevol persona té dret a fundar sindicats i a sindicar-se per a la defensa dels seus interessos" i, en segon lloc, el Conveni núm. 87 de l'OIT, sobre llibertat sindical i protecció del dret de sindicació, que reconeix el dret dels treballadors a constituir organitzacions sindicals i a afiliar-s'hi "sense cap distinció", de la mateixa manera que ho fa també el Conveni núm. 98 de l'OIT, sobre aplicació dels principis de dret de sindicació i negociació col·lectiva. La norma espanyola també contravé l'art. 11.1 del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats públiques del Consell d'Europa del 1950.

c) Dret al treball i a la Seguretat Social.¹⁵

(15)

Un altre dels drets que queda supeditat als requisits previstos en la LO 8/2000 és el dret al treball i a la Seguretat Social. De la redacció originària de la Llei 4/2000 (que establia un àmbit subjectiu genèric per al "estrangers") s'ha passat a una nova redacció de l'art. 10 duta a terme per la LO 8/2000, segons la qual, els qui podran tenir dret a una activitat remunerada per compte propi o aliè, així com a l'accés al sistema de la Seguretat Social, seran "los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica". D'altra banda, la LO 8/2000 ha determinat de manera expressa la necessitat, a més del permís de residència o autorització d'estada, del permís de treball (art. 36.1 en la redacció donada per la LO 8/2000). Això estava ja implícit en la Llei 4/2000, però ara "se clarifica la diferencia entre dicho permiso y la mera situación de residencia legal" (exposició de motius de la Llei 8/2000).

Així doncs, la filosofia de la Llei 8/2000 és molt diferent de la que va inspirar la Llei 4/2000, ja que la Llei 8/2000 està destinada a restringir notablement els drets i les llibertats dels estrangers no comunitaris. Les novetats introduïdes per la LO 8/2000 impliquen un enfocament bastant diferent de l'originari de la LO 4/2000. Ara, emfatitza més el control dels fluxos migratoris que les garanties dels drets, més la repressió de les situacions irregulars que la seva regularització, i s'adopta més fermesa davant els estrangers en situació irregular en comptes d'intentar-ne la integració.

Una altra de les reformes dutes a terme en la Llei 4/2000 va ser donada per la Llei Orgànica 14/2003, de 20 de novembre. Pot veure's com la preocupació del legislador va intensificant-se cap al control dels fluxos migratoris, i així s'expressa en l'exposició de motius de la norma quan assenyala 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".

Aquesta preocupació per la manera de controlar, a través de la legislació, l'entrada al país es tradueix en la intensificació de les mesures de control de l'entrada a Espanya, en la línia d'un nou retall de drets, segons l'iniciat per la Llei 8/2000. Alguns exemples en serien els següents:

a) El visat per a cerca d'ocupació.¹⁶

⁽¹⁶⁾La Llei 13/2004 dona una nova redacció a l'art. 39 de la Llei 4/2000, i hi introdueix aquest nou tipus de visat que autoritzarà a desplaçar-se al territori espanyol amb la finalitat de buscar feina durant el període d'estada de tres mesos, en els quals l'estranger podrà inscriure's en els serveis públics d'ocupació corresponents.

Si transcorregut el termini esmentat no hagués obtingut una ocupació, l'estranger estarà obligat a sortir del territori espanyol, i incorrerà, en cas contrari, en la infracció prevista en l'art. 53.a de la Llei, sense que pugui obtenir una nova autorització per a treballar en el termini de dos anys.

b) Limitació del dret de reagrupació familiar.¹⁷

⁽¹⁷⁾Les restriccions imposades per la Llei 14/2003 es justifica en la mateixa exposició de motius de la norma, per a evitar frau en les anomenades "reagrupacions en cadena". Per a assolir aquest objectiu, s'ha incorporat a la Llei 4/2000, com a pressupost per a l'exercici de l'esmentat dret per part d'un resident que ho fos en virtut d'una reagrupació prèvia, el fet que aquest sigui titular d'una autorització de residència independent, així com determinats requisits concrets per a l'exercici de la reagrupació familiar en el cas d'ascendents prèviament reagrupats. Així, es modifica l'art. 17.2 de la norma, que assenyala 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", i s'afegeix un apartat 3 segons el qual "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) Transmissió de dades entre administracions públiques.¹⁸

⁽¹⁸⁾L'ampliació de la possibilitat de transmetre dades es duu a terme per diverses vies. En primer lloc, s'introdueix una nova disposició addicional cinquena, segons la qual "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".

D'altra banda, per a la finalitat exclusiva d'acomplir les actuacions que els òrgans de l'Administració general de l'Estat competents en els procediments regulats en aquesta llei orgànica i les seves normes de desenvolupament tenen encomanades, l'Agència Estatal d'Administració Tributària, la Tresoreria General de la Seguretat Social i l'Institut Nacional d'Estadística –aquest últim pel que fa al padró municipal d'habitants–, els facilitaràn l'accés directe als fitxers en què hi hagi dades que hagin de constar en els expedients esmentats, i sense que hi calgui el consentiment dels interessats, d'acord amb la legislació sobre protecció de dades.

Així mateix, es modifica la Llei 7/1985 de bases de règim local, i es permet l'accés a les dades contingudes en el padró municipal –que fins llavors eren de caràcter confidencial–, i fins i tot autoritza que se cedeixin a altres administracions públiques que ho sol·licitin sense consentiment previ de l'afectat només quan calguin per a l'exercici de les competències respectives, i exclusivament per a assumptes en què la residència o el domicili siguin dades rellevants. També poden servir per a elaborar estadístiques oficials sotmeses al secret estadístic, en els termes previstos en la Llei 12/1989, de 9 de maig, de la funció estadística pública i en les lleis d'estadística de les comunitats autònomes amb competència en la matèria.

Cal destacar que s'hi introdueix una disposició addicional setena en la qual hi ha una habilitació genèrica d'accés al padró municipal a favor de la Direcció General de la Po-

licia. Aquesta habilitació es preveu per a incrementar l'exercici de les competències legalment establertes sobre el control i la permanència dels estrangers a Espanya. Aquesta habilitació es formula en termes de reciprocitat amb l'Institut Nacional d'Estadística, en establir l'obligació de la Direcció General de la Policia de comunicar a l'Institut Nacional d'Estadística, a fi de mantenir actualitzat el contingut del padró, les dades dels estrangers que tingui constància que poguessin haver experimentat variació en relació amb els consignats en aquell. A fi d'assegurar el compliment estricte de la legislació de protecció de dades de caràcter personal, els accessos es faran amb les màximes mesures de seguretat. A aquests efectes, quedarà constància en la Direcció General de la Policia de cada accés, la identificació d'usuari, la data i l'hora a què es va fer, així com de les dades consultades.

d) Obligacions imposades als transportistes.¹⁹

(19)

L'art. 66 s'ha reformulat de manera que s'atribueixen obligacions de control a les empreses de transport. Quan ho determinin així les autoritats espanyoles, tota companyia, empresa de transport o transportista estarà obligada, en el moment d'acabament de l'embarcament i abans de la sortida del mitjà de transport, a remetre a les autoritats espanyoles encarregades del control d'entrada la informació relativa als passatgers que hagin de ser traslladats, ja sigui per via aèria, marítima o terrestre, i amb independència que el transport sigui en trànsit o com a destinació final, al territori espanyol.

Aquesta obligació s'imposa respecte de les rutes procedents de fora de l'Espai Schengen, i es justifica que la intensitat dels fluxos migratoris ho faci necessari, a efectes de combatre la immigració il·legal i garantir la seguretat pública. La informació comprendrà el nom i els cognoms de cada passatger, de la data de naixement, la nacionalitat, el número de passaport o del document de viatge que n'acrediti la identitat.

Tota companyia, empresa de transport o transportista estarà obligat a enviar a les autoritats espanyoles encarregades del control d'entrada la informació comprensiva del nombre de bitllets de tornada no utilitzats pels passatgers que prèviament haguessin transportat a Espanya, sia per via aèria, marítima o terrestre, i amb independència que el transport sigui en trànsit o com a destinació final, de rutes procedents de fora de l'Espai Schengen.

A més, tota companyia, empresa de transport o transportista estarà obligada a:

- Fer la comprovació adient de la validesa i la vigència, tant dels passaports, títols de viatge o documents d'identitat pertinents, com, si s'escau, del visat corresponent del què hauran de ser titulars els estrangers.
- Fer-se càrrec immediatament de l'estranger que hagués traslladat fins a la frontera aèria, marítima o terrestre corresponent del territori espanyol, si se li hagués denegat l'entrada per deficiències en la documentació necessària per a travessar les fronteres.
- Tenir a càrrec seu l'estranger que hagi estat traslladat en trànsit fins a una frontera aèria, marítima o terrestre del territori espanyol, si el transportista que l'hagi de portar al seu país de destinació es negués a embarcar-lo, o si les autoritats d'aquest últim país li haguessin denegat l'entrada i l'haguessin tornat a la frontera espanyola per la qual ha transitat.
- Transportar els estrangers fins a l'Estat a partir del qual l'hagi transportat, o fins a l'Estat que hagi expedit el document de viatge amb què ha viatjat, o a qualsevol altre Estat que garanteixi la seva admissió i un tracte compatible amb els drets humans.

La companyia, empresa de transports o transportista que tingui a càrrec seu un estranger en virtut d'algun dels supòsits previstos en aquest apartat haurà de garantir-li unes condicions de vida adequades mentre romangui al seu càrrec.

e) Obligació de l'estranger d'estar en possessió de la documentació que n'acrediti la identitat.²⁰

(20)

En aquest sentit, es reformula l'art. 4, i s'hi estableix 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".

Hi cal afegir que les modificacions legals així com les previstes en el reglament de desenvolupament (Reial decret 2393/2004, de 30 de desembre) han anat incrementant la discrecionalitat administrativa a l'hora de procedir a la concessió de visats.

Exemple

Un exemple d'aquesta indeterminació normativa el tenim en l'art. 83.1 del RD 2393/2004, que assenyala que el contingent podrà aprovar un nombre de visats de cerca d'ocupació limitats a un àmbit territorial i de sector d'activitat específic "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". També a l'hora de valorar de la documentació requerida per a obtenir els visats d'estada (art. 28 del RD 2394/2004), en la qual falten criteris objectius en punts tan importants com "la disposición de medios de subsistencia suficientes para el período que se solicita".

Totes aquestes mesures constitueixen alguns exemples de la tendència restrictiva i de control que gradualment ha anat calant en la normativa relativa als drets i deures dels estrangers a Espanya.

3. Polítiques sociolaborals i evolució del concepte de treballador

Com ja ha quedat de manifest en el punt relatiu a l'evolució històrica del dret del treball, en el moment que varen aparèixer, les lleis laborals anaven destinades a un tipus de relacions socials notablement uniformades. Es tractava d'actuacions normatives dirigides a una realitat ben determinada socialment: el treball per compte aliè i subordinat efectuat per treballadors manuals en activitats industrials, a temps complet i amb contracte indefinit, corresponents per regla general a empreses amb cert nombre de treballadors i inserides en el medi urbà.

Supiot assenyala que el dret del treball es basa en una concepció alhora jeràrquica i col·lectiva de les relacions de treball. S'hi defineix principalment el contracte de treball pel vincle de subordinació que es dona entre el treballador i l'empresari per al qual presta els seus serveis. Es concep l'empresa com una col·lectivitat que reuneix en una mateixa activitat econòmica i, sota la direcció d'un mateix patró, treballadors de diferents oficis o professions. Aquesta concepció, en la terminologia de les relacions de treball, correspon al nom de *model fordista*, és a dir, el de la gran empresa industrial que duu a terme la producció en massa, basada en una qualificació rigorosa de les tasques i les qualificacions, i en una organització piramidal de la feina, a través de la supervisió jeràrquica del personal.

Com ja hem destacat, la pedra angular d'aquest model era "l'ocupació típica" de durada indefinida, però és obvi que perd terreny ràpidament (Supiot, 1999, pàg. 37 i 38). Aquesta evolució repercuteix en la protecció que ofereix el dret del treball, qüestió de què ens ocuparem en els apartats següents.

3.1. Tendència expansiva i protecció de la normativa laboral

En una primera etapa, la tendència general del dret del treball havia estat la seva força expansiva, ja que aquest ha exercit una *vis attractiva* (força d'atracció) o tendència expansiva, que havia incorporat a l'àmbit de la seva tutela situacions que anteriorment resultaven dubtoses, i que ha anat permetent la inclusió progressiva dins de l'àmbit laboral de diversos col·lectius de treballadors.

En la pràctica, ens trobem amb gran varietat de prestacions de serveis remunerats sobre les quals, a causa de la dificultat per a determinar si es presenten els pressuposts substantius de l'art. 1.1 ET, es dubta si som davant d'una relació laboral o bé davant d'una relació exclosa de l'ordenament laboral (i que

tingui una altra condició jurídica, sigui civil o mercantil): són les anomenades *zones grises*. La jurisprudència ha exercit un paper important en aquest camp, a l'hora d'ampliar les fronteres de l'ordenament laboral a aquests subjectes.

La tendència expansiva que ha caracteritzat el dret del treball té un dels punts àlgids en les sentències del Tribunal Suprem de 26-2-1986 i de 26-6-1986, que assenyalen que –com que es tracta de dos supòsits de missatgers– el fet que el treballador sigui el propietari del vehicle no és prou per a excloure'l de l'ordenament laboral. Aquestes sentències valoren de manera ponderada la importància del vehicle com a mitjà de treball, ja que el fet que sigui propietat del missatger no és un element essencial per a excloure'n la laboralitat. La tendència s'ha anat mantenint posteriorment, ja que la jurisprudència continua atraient al camp d'aplicació de l'ordenament laboral relacions que, fins a aquell moment, se n'havien exclòs i s'inclòia en el camp civil o mercantil.

Aquesta tendència expansiva d'inclusió dins de l'àmbit d'aplicació de l'art. 1.1. ET es posa de manifest en analitzar la jurisprudència del Tribunal Suprem amb relació als següents col·lectius: el personal de registres, els empleats de notaries, els empleats de les cambres de la propietat urbana, els corresponsals no banquers, els enquestadors (en especial, després de l'aparició del seu primer conveni col·lectiu), els becaris (aquells que presten els seus serveis per a empreses privades), els subagents d'assegurances, els guies turístics, els models, el personal de neteja, els reporters gràfics i redactors de premsa, els advocats en determinats supòsits, els professors que imparteixen classes en centres privats, els metges, infermers i ATS i els pintors, paletes i soldadors, entre altres molts (López Gandía, 1999).

Exemple

Per exemple, respecte als guies turístics, l'STS 10-4-1995 (Ar. 3040) declara que s'hi donen els pressupòsits substantius del contracte de treball, i és intrascendent la circumstància que alguns dies de l'any poguessin substituir altres de la mateixa empresa; també respecte al personal de neteja, com és el cas de l'STS 22-4-1997 (Ar. 3184), encara que el netejador o netejadora tingui llibertat d'horari, pugui ser substituït per un familiar i no rebi instruccions concretes; per als reporters gràfics i redactors de premsa, segons l'STS 31-5-1991 (Ar. 3931), es dona una col·laboració continuada i diària, amb horari fix i subjecció al poder organitzatiu; per als advocats, en alguns supòsits, com l'STS 2-12-1986 (Ar. 7253), estableix que l'assessorament jurídic pot ser objecte del contracte de treball, perquè es doni la nota de dependència.

En l'actualitat, i malgrat que la jurisprudència del Tribunal Suprem ha fet una tasca d'inclusió en l'ordenament laboral de subjectes que, anteriorment, estaven fora de la cobertura del dret del treball, continua havent-hi amplis sectors de la realitat social que reclamen la submissió plena a l'ordenament laboral i la seva tutela.

3.2. Els fenòmens de fugida del dret del treball

Alguns autors han fet servir l'expressió "fugida del dret del treball" per a definir aquell fenomen d'expulsió de determinades formes de prestació de serveis fora de l'àmbit de protecció del dret del treball; és a dir, fora de la tutela que l'ordenament laboral atorga als treballadors per compte d'altri (Rodríguez-Piñero i Bravo Ferrer, 1996).

Per a Baylos Grau, el fenomen de "fugida del dret del treball" 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."

Continua l'autor assenyalant que

"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, pàg. 35 i 36)

Els fenòmens de fugida del dret del treball es poden detectar, fins i tot, a través de la normativa legal, fet que agreuja notablement la situació del treballador desposseït de la protecció laboral, ja que és el mateix legislador el qui expulsa de la legislació laboral i, per tant, de la seva tutela, unes prestacions de serveis determinades. Per això és important tenir present que el dret del treball no pot continuar concebent-se com un mitjà per a lluitar contra les disfuncionalitats derivades del funcionament del mercat. La recuperació de la millor tradició del dret del treball en la seva funció de protecció del feble es fonamenta no solament en raons de tipus històric, sinó també pel mateix joc dels valors constitucionals que el nostre ordenament constitucional proclama, entre d'altres, l'art. 9.2 la CE.

Un dels casos més notoris dels fenòmens de fugida del dret del treball és el de la parasubordinació (*parasubordinazione*) italiana. Figures com la parasubordinació en l'ordenament laboral italià suposen que no es dispensa la totalitat de la tutela que l'ordenament laboral atorgaria, sinó tan sols una part. D'aquesta manera, el legislador introdueix criteris per determinar quina és exactament la protecció aplicable. En aquest context, la doctrina italiana ha assenyalat que l'única conclusió que pot extreure's d'aquesta actitud confusa és que, a través d'aquestes figures, el legislador desconeix i viola cada vegada més la regla d'or, històricament heretada, per la qual si es qualifica el treball subordinat d'una relació, s'hi han d'imputar essencialment totes les disciplines protectores.

Contractes de formació i treball

Aquest és el cas dels anomenats *contratti di formazione e lavoro* (contractes de formació i treball), regulats per les lleis 79/1983 i 863/1994. Aquests contractes, de durada determinada, s'utilitzen amb joves menors de 32 anys i ofereixen a l'empresari la possibilitat de pactar salaris i condicions laborals inferiors a les dels contractes dels altres treballadors, fins i tot dins d'una mateixa empresa o fàbrica. O també del cas més recent del *rapporto di subordinazione coordinata e continuativa* (409.3 Codice di Procedura Civile), on només s'estén la tutela d'algunes institucions laborals i algunes prestacions de Seguretat Social.

La figura del treballador parasubordinat, tal com es configura en l'ordenament italià, s'identifica amb tres elements: coordinació, continuïtat, i caràcter prevalentment personal de la relació, amb independència del vincle obligatori que doni origen a una relació d'aquestes característiques, sigui un contracte d'execució d'obra, un arrendament de serveis, un contracte de transport, etc.

Una vegada complerts els caràcters enunciats, la prestació de serveis passa a ser parasubordinada. Tanmateix, la noció de coordinació resulta certament ambigua, propiciada, en bona part, per la terminologia utilitzada per l'ordenament italià a l'hora de definir aquest tipus de prestacions. La conclusió que pot extreure's de tot aquest procés és que, amb la parasubordinació, la llei intervé individualitzant una sèrie de relacions que hom denomina parasubordinades, i atribueix la tutela amb relació únicament a algunes i determinades disposicions laborals i de Seguretat Social.

A Espanya també s'han utilitzat les vies legals per expulsar a alguns col·lectius de l'ordenament jurídic laboral; en alguns supòsits, fins i tot, rebatent algunes incursions fetes per la jurisprudència. En els últims temps, s'ha produït la deslaboralització a través de la normativa mitjançant diverses normes, com ho demostren els supòsits següents:

- 1) La Llei 9/1992, de 30 d'abril, respecte als agents d'assegurances.
- 2) En relació amb els agents comercials, la Llei 12/1992, de 27 de maig, referida al contracte d'agència mercantil, fins i tot quan l'agent no corri amb el risc i ventura de l'operació.

La doctrina ha assenyalat 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) Respecte als transportistes amb vehicle propi, la Llei 11/1994, de 19 de maig, de reforma del mercat de treball va introduir un nou apartat (g) a l'art. 1.3 ET, que exclouia de l'àmbit 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", i cal integrar aquest precepte als art. 62, 63.1 i 90 de la Llei 16/1987, de 30 de juliol, d'ordenament del transport terrestre.

La reforma introduïda per la Llei 11/1994 va pretendre també en aquest punt frenar la tendència expansiva de l'ordenament laboral. La introducció del paràgraf 2n. de l'art. 1.3.g ET va tenir, per tant, la justificació en un desig del legislador de trencar la tendència jurisprudencial, i excloure així de l'àmbit del contracte de treball prestacions de serveis que hi havien estat incloses via judicial, principalment per raons de política econòmica basades en la situació difícil en què estaven algunes empreses de distribució.

Els requisits que determinen l'exclusió són tres, i han d'operar amb caràcter acumulatiu (és a dir, els tres simultàniament):

- a) Ser titular d'una autorització administrativa o targeta de transport. Segons els art. 63.1 i 90.1 de la Llei 16/1987, l'autorització administrativa és la targeta de transport, que pot ser de caràcter general o específic, de caràcter nacional o d'àmbit geogràfic inferior. La targeta ha de figurar a nom del transportista. Cada comunitat autònoma és l'encarregada de determinar a partir de quin mínim de tonatge s'expedeix aquesta targeta, i la Llei 16/1987 és d'aplicació supletòria (art. 2). Segons el reglament de desenvolupament de la llei esmentada, l'autorització administrativa s'exigeix a partir de 2 tones de pes màxim autoritzat.
- b) Ser el titular d'un vehicle propi, amb la matisació important que, *sensu contrari*, l'exclusió no s'aplicarà a aquells treballadors que prestin els seus serveis amb vehicles propietat de l'empresa, és a dir, quan aquesta tingui la seva pròpia "flota de repartiment". La denominació de *flota de repartiment* és utilitzada comunament per la jurisprudència del Tribunal Suprem (a tall d'exemple, STS 7-6-1995, Ar. 4644).
- c) El caràcter de servei públic del vehicle, per la qual cosa l'exclusió no s'hauria d'aplicar al transport privat complementari, encara que, de vegades, la jurisprudència també hagi estès l'exclusió esmentada a l'àmbit del transport complementari, malgrat que l'art. 10 2.3.c del RD 16/1987 assenyalava que els vehicles de transport complementari han de ser conduïts per personal propi de l'empresa amb contracte laboral.

La Llei 16/1987 estableix tres tipus de transport: a) transport privat, que és l'utilitzat pels particulars, i que no exigeix autorització administrativa; b) transport privat complementari, que es fa en una empresa l'activitat principal de la qual no és el transport, però que el necessita per a desenvolupar la seva activitat; c) transport públic, que es desenvolupa a través de la pròpia activitat empresarial, i en constitueix l'objecte principal. Per tant, no som davant d'una activitat complementària, sinó davant d'una autèntica activitat principal de l'empresa. Per a aquest últim supòsit s'exigeix autorització administrativa (art. 54 Llei 16/1987).

4) Així mateix, es produeixen tendències de fugida sobre la base de formes de treball no assalariades o altruistes, que a més han rebut una valoració cultural positiva, pel fet de constituir serveis d'interès social, com és el cas de les activitats de voluntariat, regulades per la Llei 6/1996, de 15 de gener.

5) D'altra banda, també es produeix una fugida cap al dret administratiu. És el cas dels professors de religió en centres d'ensenyament públic o del personal de les cambres de Comerç, o dels contractes administratius per a la realització de treballs específics, concrets i de caràcter extraordinari o d'urgència.

La STC 227/1998, de 26 de novembre, va considerar el paràgraf 2n. de l'art. 1.3.g d'acord amb el text constitucional, al·legant que "desde la perspectiva constitucional puede, por tanto, afirmarse que la delimitación negativa efec-

tuada 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" (fonament jurídic 7è.).

Tanmateix, és important assenyalar que el Tribunal Constitucional, en aquesta mateixa sentència, també ha estat crític amb els fenòmens de desregularització o fugida del dret del treball, i ha advertit que el legislador no pot decidir si una certa figura entra o no entra en l'àmbit de garanties de l'ordenament laboral i, una vegada que ha decidit que hi entra, aplicar-hi garanties tan sols certes. Segons aquesta sentència, "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". Així doncs, el conjunt dels drets laborals (sobre els quals es tradueixen les garanties constitucionals del treball per compte d'altri) ha de trobar la seva aplicació, ja que som davant de la relació socioeconòmica a què la Constitució atribueix aquestes garanties.

3.3. Noves tecnologies i teletreball

Les noves tecnologies permeten una organització del treball fins fa no massa temps desconeguda, en la qual cobren un protagonisme rellevant aquelles activitats professionals, el contingut de les quals consisteix en la manipulació i transmissió de dades informàtiques. Ja no cal la presència física d'un nombre determinat de treballadors al lloc on estigui ubicada l'empresa, ja que el treballador –en estar connectat a través dels nous instruments informàtics de treball– pot desenvolupar part de la seva prestació de serveis, o la totalitat, des de llocs diferents de la mateixa seu de l'empresa. Segons el que s'ha exposat, el teletreball s'executa a través d'un sistema o mitjà informàtic o de telecomunicació, independentment del lloc físic en què el treballador duu a terme la prestació de serveis (v. Gallardo Moya, 1998).

En aquest marc s'enquadra el teletreball, terme que apareix als Estats Units als anys setanta, per a referir-se a la possibilitat de reduir els desplaçaments de les persones fins al centre de treball, fent la prestació de serveis al mateix domicili del treballador gràcies a les telecomunicacions.

Concretament, l'any 1973 Jack Nilles el bateja amb el terme *telecommuting*, mentre que el terme *telework* és posterior (Nilles, 1998). El teletreball és una manera d'organitzar el treball amb ajuda de les noves tecnologies de la informació, de tal manera que es duu a terme en un lloc diferent de les oficines o instal·lacions de l'empresa. Aquesta nova manera de treballar encaixa perfectament en la tendència actual cap a la descentralització de les estructures empresarials i suposa a més una ruptura amb el concepte tradicional en el qual el treball estava vinculat a un lloc i a un horari concret.

Així doncs, el teletreball és una forma flexible d'organització consistent en el desenvolupament de l'activitat professional sense la presència física del treballador en l'empresa, durant una part important o durant tota la jornada laboral, per temps indefinit o amb contracte de durada determinada, que pot fer-se a temps complet o parcial i que inclou qualsevol tipus d'activitat que suposi la utilització d'un mitjà de telecomunicació per a la posada en contacte entre treballador i empresari o per a la transmissió de la feina duta a terme pel treballador.

Una de les característiques que diferencien el teletreball de la manera tradicional de desenvolupar la prestació de serveis és precisament la flexibilitat temporal que comporta. El teletreball pot suposar un estalvi de temps –en especial el que comporta el desplaçament al centre de treball–, així com en els costos que els desplaçaments suposen, i també pot obrir les possibilitats que té el treballador a l'hora d'administrar el seu temps de treball i temps personal de la manera que entengui que resulta més adequada per a l'execució de la prestació i per a satisfacció de les seves necessitats personals i/o familiars (Thibault, 2000). És per això que alguns autors s'han decantat pel teletreball com una manera de desenvolupar la prestació laboral que ajuda a conciliar la vida laboral i familiar.

Tanmateix, cada vegada són més abundants les veus crítiques que consideren el teletreball no té uns efectes tan beneficiosos per a les dones, perquè consideren que contribueix a reforçar el seu rol domèstic a la llar. A més, hi ha estudis en els quals es demostra l'efecte del teletreball en el càlcul i l'ús del temps dels teletreballadors. Els resultats indiquen que els teletreballadors rarament treballen de manera flexible durant les hores normals de feina, i que la feina augmenta a les tardes i als caps de setmana (Steward, 2000).

Per això, l'OIT, en l'Informe sobre treball decent per a les dones (2000) dóna la veu d'alerta en relació amb les noves formes d'organització del temps de treball, i assenyala que, malgrat que poden promoure l'ocupació o d'eleva-ne la qualitat, això no sempre és així, ja que han augmentat en molts casos les hores de feina. L'OIT ja assenyalava, l'any 1990, el concepte de teletreball següent:

"La feina efectuada en un lloc separat de l'oficina central o centre de producció que implica una nova tecnologia, permet la separació i facilita la comunicació."

Posteriorment, l'Informe sobre treball decent de l'OIT, elaborat en la 87a. reunió de la Conferència Internacional del Treball el juny del 1999, destaca l'aparició de nous horaris de treball al compàs de l'evolució de l'economia i la societat i posa l'accent en l'apogeu de noves relacions d'ocupació derivades de la tecnologia de la informació i de la comunicació, així com de les noves necessitats en de formació permanent.

Més recentment, l'Acord marc europeu sobre teletreball, subscrit el 16 de juliol de 2002, es va començar a negociar a l'octubre del 2001, i ha estat el primer a reconèixer l'obligatorietat del seu compliment a tots els països de la Unió Europea, als quals cal agregar Noruega i Islàndia i es convidava els països candidats a ratificar-lo. Les parts signants (CES, UNICE/UEAPME i CEEP) es van comprometre a aplicar-lo.

L'Acord el defineix com "una forma d'organització i/o de realització del treball, amb l'ús de les tecnologies de la informació, en el marc d'un contracte o d'una relació de treball, en la qual una feina, que hauria pogut fer-se igualment als locals del patró, s'efectua fora d'aquests locals de manera regular". Els interlocutors socials consideren el teletreball alhora com a un mitjà de modernitzar l'organització del treball per a les empreses i organitzacions de serveis públics, i per als treballadors conciliar vida professional i vida personal i donar-los una autonomia en la realització de les seves tasques. Segons l'Acord, si Europa vol extreure la millor part de la societat de la informació, ha d'afrontar aquesta nova forma d'organització del treball, de manera que la flexibilitat i la seguretat vagin alhora, que sigui millorada la qualitat de l'ocupació i que les persones amb discapacitats tinguin millor accés al mercat de treball.

El punt 3 de l'Acord Europeu sobre teletreball n'assenyala, així mateix, el caràcter voluntari, ja que pot ser d'adscripció inicial o ser acordat de manera voluntària posteriorment. En ambdós casos l'empresari ha de proporcionar al teletreballador les informacions sobre els elements essencials del contracte (segons el que es preveu en la Directiva 91/533/CEE), així com altres informacions complementàries, com el departament de l'empresa el treballador a què estarà adscrit, el seu immediat superior o les modalitats de lliurament d'informes.

Per al Tribunal Suprem, constitueix una relació laboral el cas d'un treballador que feia una feina informàtica amb mitjans i organització propis, al seu domicili, sense submissió a horari, però sí que feia la feina a través d'un programa informàtic confeccionat per la mateixa empresa (STS 22-4-1996, Ar. 3334). Tanmateix, la singularitat de la prestació de serveis d'aquests nous treballadors reclama una atenció particularitzada, un estatut específic a partir del qual poder afrontar els problemes que se susciten d'aquesta nova realitat laboral. És per això que, la inclusió dins de l'art. 13 ET (feina a domicili), pensat per a fórmules de producció concretes i en especial per a l'empleat de fàbrica, no responen als problemes que se susciten al si del teletreball a domicili. L'art. 13 ET s'ha quedat, doncs, obsolet davant d'una nova realitat que reclama un nou ordenament normatiu.

Els problemes que planteja el teletreball poden resumir-se en els següents:

a) El teletreball augmenta la precarietat en l'ocupació²¹

(21)

El teletreball augmenta la precarietat en l'ocupació, ja que moltes vegades va associat a la contractació a temps parcial que, molt sovint, es fa amb aquesta mena de treballadors.

Tampoc no n'afavoreix l'estabilitat la remuneració a rendiment, que no sempre respecta els mínims exigibles, i provocant, nombroses vegades, situacions d'explotació de dones, nens, discapacitats o membres d'ètnies minoritàries, a través de la realització de feines amb escassa qualificació. Així, és freqüent que l'activitat de teletreball es retribueixi per unitat d'obra (a preu fet), però això ha estat criticat, perquè alguns autors entenen que aquest sistema de remuneració no és compatible amb el modern treball a distància. Així, assenyala Caruso que la revolució telemàtica quedaria en una nimietat si s'hi 'apliquessin vells sistemes retributius com l'assenyalat, en el qual l'empresari reduiria la prestació de teletreball a un nombre de pulsacions a la màquina, oblidant que el teletreball no pot mesurar-se quantitativament amb el paràmetre del nombre d'informacions transmeses (Caruso, 1995).

Sobre aquest aspecte, és fonamental tenir present que el punt 4 de l'Acord europeu sobre teletreball del 2002 estableix que "en pel que fa a les condicions d'ocupació, els teletreballadors es beneficien dels mateixos drets, garantits per la legislació i els convenis col·lectius aplicables que els treballadors comparables que treballen als locals de l'empresa. No obstant això, tenint en compte les peculiaritats del teletreball, poden ser-hi necessaris acords específics complementaris individuals o col·lectius.

b) El teletreball constitueix una manera de treballar que facilita l'incompliment de la normativa laboral per part de les empreses²²

⁽²²⁾El teletreball constitueix una manera de treballar que facilita l'incompliment de la normativa laboral per part de les empreses, com pot veure's a través de les abundants pràctiques que desconeixen obertament els drets individuals. Una de les conseqüències més greus és que el teletreball ignora amb freqüència les mesures de prevenció de riscos laborals i de seguretat i salut, i serveix sovint com a instrument per a l'incompliment de les obligacions de Seguretat Social o vacances, per esmentar-ne alguns exemples.

El punt 8 de l'Acord Marc Europeu sobre teletreball del 2002 assenyala que l'empresari és el responsable de la protecció de la salut i la seguretat del teletreballador, d'acord amb la Directiva 89/391 i a altres directives específiques, la legislació nacional i els convenis col·lectius pertinents (i s'hi posa l'accent sobre les qüestions relatives a les pantalles de visualització). A fi de verificar l'aplicació de les disposicions en matèria de salut, l'empresari, els representants dels treballadors i les autoritats competents tenen accés al lloc de teletreball, si bé si el treballador treballa al domicili, aquest accés està subjecte a notificació prèvia i a l'acord d'aquest.

c) Una dificultat elevada, o pràcticament impossibilitat, de participació dels teletreballadors en els òrgans de representació dels treballadors en les empreses.²³

⁽²³⁾

Això s'incentiva a través d'una atomització de l'empresa, i es fomenta l'aïllament dels teletreballadors, que no solament els aparta de les diverses formes de participació en l'empresa, sinó que també afecta a l'estructura sindical tradicional i els allunya del diàleg social. L'aplicació als teletreballadors dels seus drets col·lectius troba un obstacle insalvable en el fet que les normes que regulen aquests drets s'han creat per a un model de treballador i d'acció sindical que no es correspon amb el del teletreball. Per a aquests treballadors resulta molt difícil trobar vies col·lectives que canalitzin els seus interessos, ja que no van amb regularitat als centres de treball de les empreses.

El punt 11 de l'Acord marc europeu sobre teletreball de 2002 estableix que els teletreballadors tenen els mateixos drets col·lectius que els treballadors que presten els seus serveis als locals de l'empresari, i que estan subjectes a les mateixes condicions de participació i d'elegibilitat en les eleccions per a les instàncies representatives dels treballadors, hi han de ser inclosos en els càlculs per a determinar els límits per als òrgans de representació. A més, els representants dels treballadors han de ser informats i consultats sobre la introducció del teletreball d'acord amb la legislació europea i nacional, així com els convenis col·lectius i les pràctiques nacionals.

4. Polítiques sociolaborals en l'ingrés al treball

La Llei 10/1994, de 19 de maig, de mesures urgents de foment de l'ocupació, va introduir novetats importants en la regulació de les activitats de col·locació i cessió de treballadors, donant una nova redacció als art. 16 ET i 43 ET, i establint les bases perquè poc després aparegués la Llei 14/1994, d'1 de juny, d'empreses de treball temporal. A continuació, veurem les qüestions relatives a la col·locació de treballadors, i deixarem per a un segon bloc el relatiu a la cessió de treballadors i empreses de treball temporal.

Posteriorment, es promulga la Llei 56/2003, de 16 de desembre, d'ocupació, que deroga l'anterior Llei 51/1980 bàsica d'ocupació, i que segons l'exposició de motius té com a objectiu incrementar l'eficiència del funcionament del mercat de treball i millorar les oportunitats d'incorporar-s'hi per a aconseguir l'objectiu de la plena ocupació, en línia amb el que reiteradament els caps d'estat i de govern han acordat en les cimeres de la Unió Europea, des de l'inici del procés de Luxemburg fins a la Cimera de Barcelona. La Llei 56/2003 suprimeix l'Inem i crea el Servei Públic d'Ocupació Estatal, que es configura com l'organisme autònom de l'Administració general de l'Estat a què s'encomana l'ordenament, el desenvolupament i el seguiment dels programes i mesures de la política d'ocupació (art. 10 de la Llei 56/2003).

4.1. Iniciativa pública i mediació en el mercat de treball

Cal començar per definir què s'entén per una activitat de mediació o col·locació, i passar després a veure quins van ser els punts més rellevants introduïts per la reforma de l'any 1994 (Llei 10/1994).

Mediació o col·locació és l'activitat, desenvolupada per subjectes públics o per subjectes privats sense ànim de lucre, que té per objecte posar en contacte l'oferta de treball amb la demanda, això és, facilitar que els treballadors trobin una feina adequada a la seva formació i aptituds professionals, i permetre als empresaris que cobreixin els llocs de treball que ofereixen amb els treballadors més adequats per als llocs esmentats.

Segons el Conveni núm. 181 de l'OIT, la col·locació és l'activitat consistent a procurar a un treballador una ocupació o a un patró un treballador". Així doncs, l'empresari que vol escollir un treballador, té diverses possibilitats per a contractar-lo: escollir-lo directament a través dels mecanismes de selecció previstos en la seva pròpia empresa i posant-se en contacte directament amb el treballador que vulgui, o bé recórrer a un servei de col·locació perquè li proporcioni el treballador que necessita. L'empresa disposa de llibertat per con-

tractar el treballador que li envii l'agència de col·locació o oficina d'ocupació, sempre que es respectin els drets fonamentals i llibertats públiques previstos en la Constitució.

La situació laboral prèvia a la reforma de l'any 1994 es caracteritzava per unes taxes d'atur molt elevades. La desocupació existent en aquell moment era un dels problemes que més preocupaven el Govern (en aquell moment, el Partit Socialista Obrer Espanyol). Cal recordar que, segons el *Boletín de Estadísticas Laborales* de l'MTAS, la taxa d'atur l'any 1993 ascendia al 22,6% –n'hi ha prou de comparar-la amb el 9,1% del primer trimestre de l'any 2006. Davant d'aquesta situació, el RD 18/1993, primer, i la Llei 10/1994, posteriorment, sorgeixen per "mejorar los servicios públicos de empleo, primando su eficacia sobre inútiles cargas burocráticas que en nada mejoran su intermediación en el mercado de trabajo" (exposició de motius de la Llei 10/1994). Per a fer-ho, es van adoptar una sèrie de mesures que s'exposen a continuació. El precepte legal de referència obligada, en tots aquests temes relatius a la col·locació, és l'art. 16 ET.

Després de la reforma de l'any 1994 en matèria de col·locació, s'elimina l'obligació empresarial de contractar a través de l'antic Inem, i roman únicament l'obligació de registre o comunicació, segons els casos.

En l'art. 16.1 ET, s'estableix 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".

Així doncs, després de la reforma de 1994, la mediació a través dels serveis públics d'ocupació es converteix en facultativa, una opció que té l'empresa, però que no suposa cap obligació.

Es va suprimir el monopoli públic de l'antic Inem en la col·locació (Casas Baamonde i Palomeque López, 1994), de tal manera que a partir de la reforma del 1994 l'activitat de col·locació o mediació en el mercat laboral pot dur-se a terme mitjançant els serveis públics d'ocupació o bé a través d'agències de col·locació sense finalitats lucratives.

Així doncs, amb el reconeixement de les agències de col·locació no lucratives, es permeten altres iniciatives en la mediació de treballadors, i s'obre a la iniciativa privada o a altres intermediaris públics l'activitat de col·locació en el mercat de treball.

Exemple

La justificació del reconeixement d'aquests nous subjectes operadors és la incapacitat dels serveis públics d'ocupació per dur a terme eficaçment l'activitat de mediació en el mercat de treball.

La mateixa Llei 10/1994 en justificava la creació a partir de la incapacitat dels serveis públics d'ús "abarcar la totalidad de las cada vez más complejas y diversificadas ofertas de empleo", cosa que "con las debidas garantías y controles" farà "más transparente y operativo el mercado de trabajo" (exposició de motius de la Llei 10/1994).

Les agències de col·locació no lucratives es regeixen pel que es preveu en l'art. 16 ET i en el RD 735/1995, de 5 de maig. Es configuren com a entitats col·laboradores del servei públic d'ocupació estatal en la mediació del mercat de treball, i tenen com a finalitat ajudar els treballadors a trobar feina, i els patrons a la contractació dels treballadors apropiats. No poden subcontractar amb tercers la realització dels serveis objecte de l'autorització concedida (art. 2.5 del RD 735/1995).

Les principals característiques de les agències de col·locació sense ànim de lucre són:

1) Poden ser públiques o privades.²⁴

⁽²⁴⁾L'art. 1 del RD 735/1995 estableix que poden tenir la condició d'agències de col·locació les persones físiques o jurídiques, qualsevol que en sigui la naturalesa (sempre que actuïn sense ànim de lucre). Per tant, les agències de col·locació no han de ser necessàriament privades (per exemple, constituïdes per empreses, organitzacions empresarials, sindicats, fundacions privades, etc.), ja que també poden estar constituïdes per entitats públiques (ajuntaments, comunitats autònomes, etc.).

2) No poden tenir ànim de lucre.²⁵

⁽²⁵⁾L'existència de les agències de col·locació se subjecta al requisit que no tinguin finalitats lucratives. Tanmateix, aquestes agències poden percebre una remuneració (sia de l'empresari, sia del treballador), sempre que es limiti exclusivament a les despeses ocasionades pels serveis prestats. És a dir, la remuneració que percebin únicament pot ser l'estrictament necessària per a sufragar les despeses que comporti l'activitat de col·locació. El RD 735/1995 no estableix tarifes mínimes o màximes que hagin de respectar les agències, ni autoritza el servei públic d'ocupació estatal a fixar-les amb caràcter general, encara que la retribució que hagin de percebre de l'empresari o del treballador pel servei prestat sí que ha d'aparèixer en el procediment per a la concessió de l'autorització com a agència de col·locació previst en l'art. 11 del RD 735/1995, dins de la memòria-projecte tècnic i de gestió per a l'àmbit sol·licitat.

El RD 735/1995 no preveu les vies jurídiques de reclamació en el cas que les agències de col·locació cobrin tarifes excessives o desproporcionades, però sempre és possible la demanda davant de la jurisdicció social, i serà el jutge social el que coneixerà d'aquest tipus de qüestions quan estiguem davant de l'empresa privada (en el cas de l'Administració pública seria competent la jurisdicció contenciosa administrativa).

3) Han de garantir el principi d'igualtat en l'accés a l'ocupació.²⁶

⁽²⁶⁾

En el seu àmbit d'actuació, les agències de col·locació estan obligades a respectar el principi d'igualtat i no-discriminació, sense que puguin establir condicions discriminatòries basades en motius de raça, sexe, edat, estat civil, religió, opinió política, afiliació sindical, origen, condició social i llengua, dins de l'Estat.

Això implica que les agències de col·locació no poden rebutjar demandes d'ocupació per motius discriminatoris. A més d'aquesta prohibició de discriminació, la norma imposa

a aquestes agències l'obligació de garantir, en el seu àmbit definit d'actuació, el principi d'igualtat en l'accés a l'ocupació, la qual cosa exigirà l'atenció, per part d'aquestes agències, a qualsevol sol·licitant d'ocupació que reuneixi els requisits objectius requerits per a l'exercici de les activitats en les quals aquelles desenvolupin la seva tasca d'intermediació.

4) Exerceixen un deure de col·laboració amb el servei públic d'ocupació.²⁷

⁽²⁷⁾ Les agències sense ànim de lucre estan obligades a comunicar al servei públic d'ocupació els rebutjos de les ofertes d'ocupació i les causes de no-acceptació d'aquestes, per a permetre a l'oficina pública un control adequat dels perceptors de les prestacions per desocupació.

D'altra banda, aquest deure de col·laboració es manifesta també en una sèrie d'obligacions:

- a) la tramesa de les dades dels sol·licitants d'ocupació que hagin requerit els seus serveis;
- b) comunicar al servei públic d'ocupació estatal les baixes que es vagin produint entre els usuaris sol·licitants d'ocupació;
- c) posar en coneixement del servei públic d'ocupació estatal les ofertes de treball que hagin rebut dels patrons, indicant les altes, les que estan en procés i les finalitzades;
- d) comunicar al servei públic d'ocupació estatal els rebutjos d'ofertes dels sol·licitants i perceptors de prestacions i subsidis per desocupació, amb informació de l'ocupació oferta i les causes de no-acceptació;
- e) fer constar, en els termes indicats pel servei públic d'ocupació estatal, la condició d'autoritzada i el número d'autorització en tot lloc en què figuri el seu nom.

Quant als sol·licitants d'ocupació, en relació amb les ofertes que es gestionin, les agències de col·locació comunicaran la informació següent: treballadors enviats a les empreses; treballadors que hagin declinat presentar-se a les empreses; treballadors que hagin rebutjat els llocs de treball, amb exposició dels motius de rebuig, i treballadors contractats. (art. 7.3 del RD 735/1995.)

Així mateix, el deure de col·laboració amb el servei públic d'ocupació es posa en relleu amb el requisit de fer un conveni de col·laboració, que prevegi les condicions de l'activitat autoritzada (àmbit d'aplicació, drets i obligacions de l'agència de col·locació), la durada de l'autorització (amb les revisions periòdiques que corresponguin) i els efectes de l'incompliment (incloent-hi, si s'escau, els supòsits de revocació de l'autorització o de suspensió d'activitats).

L'Administració permet la intervenció d'entitats d'intermediació en el mercat de treball, a través de la tècnica de l'autorització administrativa prèvia i obligatòria a l'inici de les agències de col·locació.

Tant l'art. 16 ET com la normativa de desenvolupament exigeixen l'autorització administrativa i estableixen una sèrie de controls a través dels corresponents convenis de col·laboració i control efectiu per part del servei públic d'ocupació estatal. L'intervencionisme públic funciona, en aquest cas, com a requisit previ necessari a l'exercici de la iniciativa privada en aquest àmbit, mitjançant la tècnica de l'autorització.

Al servei públic d'ocupació estatal correspon consentir l'existència d'agències de col·locació no lucratives i l'exercici de la seva activitat. El procediment que, a aquests efectes, dissenya la norma exigeix que la concessió de l'autorització administrativa tingui lloc "en les condicions que es determinin en el corres-

ponent conveni de col·laboració i després de l'informe del Consell General del Servei Públic d'Ocupació estatal". L'autorització és, doncs, l'acte administratiu de què deriva el reconeixement o l'existència de l'agència de col·locació, i no únicament la realització de la seva activitat.

Així doncs, de la regulació que va dur a terme la Llei 10/1994 va resultar un model complex en el qual estan obligats a conviure i organitzar-se les agències privades o públiques de col·locació i el servei públic d'ocupació, per a la qual cosa és possible la utilització de diferents tècniques (coordinació de funcions, col·laboració o repartiment de funcions) entre les diferents entitats.

Hem vist que el servei públic d'ocupació estatal –o les corresponents oficines públiques d'ocupació de la comunitat autònoma que tinguin transferides les competències– ja no tenen el monopoli públic en matèria de col·locació. En l'actualitat, han estat traspassades a la pràctica totalitat de les comunitats autònomes les funcions de gestió que, en matèria de treball, ocupació i formació, venia realitzant l'antic Institut Nacional d'Ocupació i, en conseqüència, la comunitat autònoma assumeix, dins del seu àmbit territorial, les funcions i serveis corresponents a l'esmentada gestió i, en particular, en matèria d'intermediació en el mercat de treball. Un exemple d'això seria el RD 1050/1997, de 27 de juny, pel qual s'acorda el traspàs a la Generalitat de Catalunya de la gestió realitzada per l'Institut Nacional d'Ocupació, en l'àmbit del treball, l'ocupació i la formació.

Tanmateix, això no vol dir que s'abandoni tot tipus de funcions en aquesta matèria, sinó que, al contrari, el servei públic d'ocupació no només pot continuar portant a terme la funció de mediació com a servei públic d'ocupació (si bé ara poden recórrer voluntàriament a ell tant empresaris, com treballadors), sinó que a més, ha de continuar fent-ho, perquè així ho estableixen el Conveni 88 de l'OIT (de 1948) i el Conveni 96 de l'OIT (de 1949) ratificats per Espanya el 14 de gener de 1960 i el 23 de maig de 1972, respectivament.

Així, l'art. 1.1 del Conveni núm. 88 OIT obliga els Estats a mantenir o garantir un servei públic i gratuït d'ocupació, i el Conveni núm. 96 exigeix la reglamentació de les agències de col·locació, amb la finalitat de controlar les seves activitats, intentant així evitar els abusos històrics derivat del tràfic il·legal de mà d'obra.

En l'actualitat, una de les tendències més destacades a Europa és la descentralització de la gestió del servei públic d'ocupació. La idea és que hi hagi una centralització en el control d'alguns aspectes com el finançament bàsic, el desenvolupament de la política general i en l'avaluació de les operacions. Les polítiques d'ocupació es dissenyen a escala global, però les oficines locals i regionals gaudeixen de més flexibilitat si s'emmarquen en una gestió descentralitzada que pugui permetre complementar aquestes polítiques i poder afrontar així les

necessitats específiques en cada àmbit, ja que d'aquesta manera els serveis públics passen a ser més accessibles i s'adapten amb més facilitat a les necessitats i als diferents segments del mercat laboral.

Una línia d'actuació que està donant bons resultats és el programa d'ajuda intensiva o individual, que pot adoptar diferents formes: pot oferir-se com a orientació professional, com a assessorament intensiu o consells als demandants d'ocupació, o bé com a assessorament especialitzat a grups concrets amb més dificultats d'inserció en el mercat laboral o en situació d'exclusió social. L'orientació professional és un procés a través del qual un assessor obté informació sobre les habilitats i les aspiracions laborals del demandant d'ocupació i li proporciona informació sobre les ofertes d'ocupació més apropiades, així com sobre els diferents camins educatius i formatius que ha d'emprendre.

Un pas més el constitueix l'assessorament professional individualitzat i intensiu. Aquest es destina a desenvolupar sistemes molt més estructurats que els permetin prestar la seva ajuda als aturats. Se'ls denomina "procediments de gestió de casos", en terminologia de la Unió Europea. Aquests sistemes consisteixen en el desenvolupament d'un pla consensuat entre el demandant d'ocupació i l'assessor –anomenat contracte, acord, pla de reinserció o pla de potenciació de l'ocupacionalitat– en el qual es duu a terme un seguiment regular del progrés del pla. Per exemple, a la regió valona de Bèlgica, cal destacar les activitats d'assessorament dutes a terme pel Forem –servei públic d'ocupació belga– a través dels denominats *conseillers en ressources humaines*, que proporciona assessorament, orientació professional i formació bàsica als aturats. Els *conseillers*, especialistes en mediació en el mercat de treball, guien els demandants d'ocupació a trobar una ocupació més adequada, a través de l'anàlisi de les seves competències i habilitats, i de la recomanació en matèria d'ajudes i subvencions a la formació i a l'ocupació.

Hi ha algunes bones pràctiques en l'àmbit dels serveis de col·locació europeus que val la pena destacar. Molts han aprofitat les noves tecnologies per a oferir un servei més bo i incrementar la seva eficàcia notablement.

Exemple

Així, a Suècia, des del 1997 ja s'havien instal·lat terminals d'ordinador a les oficines d'ocupació destinades a la utilització per part dels treballadors sol·licitants d'ocupació, de manera que el mateix sol·licitant dugui a terme tasques senzilles com inscriure's o fer una recerca senzilla de les vacants. Al Regne Unit, el servei públic d'ocupació també va posar en marxa el 1999 una línia directa d'ocupació destinada a ajudar les persones aturades a buscar feina. Així, pel preu d'una trucada local, els sol·licitants d'ocupació poden telefonar i entrar immediatament en contacte amb els assessors del servei d'ocupació, que els informen sobre les vacants locals i d'altres ofertes d'ocupació disponibles en tot el Regne Unit. Els assessors d'ocupació tenen accés a una base de dades de 350.000 vacants aproximadament i poden posar en contacte els aturats que telefonen amb els empresaris, o concertar una entrevista (Thuy, Hansen i Price, 2001, pàg. 241).

A Espanya, el servei públic d'ocupació estatal està regulat en la Llei 56/2003, d'ocupació. Segons la normativa espanyola, els treballadors que estiguin percebent les prestacions per desocupació estan obligats a inscriure's i mantenir la inscripció com a demandants d'ocupació en el servei públic d'ocupació, segons

el que es preveu en l'art. 27 de la Llei 56/2003 d'ocupació. La inscripció com a demandant d'ocupació es farà amb disponibilitat plena per a acceptar una oferta de col·locació adequada. Això s'ha de posar en relació amb l'art. 10 del RD 735/1995, que estableix que l'obligació dels treballadors d'inscriure's a les oficines d'ocupació es considerarà complerta, llevat dels sol·licitants de prestacions i subsidis per desocupació, si s'inscriuen en les agències de col·locació legalment autoritzades. Per tant, els sol·licitants i preceptors de prestacions o subsidis per desocupació obligatòriament hauran d'inscriure's i mantenir la inscripció com a demandants d'ocupació en els serveis públics.

Una vegada inscrits, els sol·licitants i preceptors que vulguin podran requerir al seu torn els serveis de les agències de col·locació. D'altra banda, l'obligació d'inscripció del treballador a l'oficina d'ocupació és un requisit imposat en els programes de foment de l'ocupació, en els casos de contractacions subvencionades o bonificades, perquè l'empresa es pugui acollir a les subvencions esmentades (com a mecanisme de control del pagament d'aquestes).

Així mateix, hi ha altres obligacions relacionades amb el servei públic d'ocupació en el moment de procedir a la contractació de treballadors.

Els empresaris estan obligats a registrar en l'oficina pública d'ocupació, en el termini dels deu dies següents a la concertació, els contractes que s'han de subscriure per escrit. Si no existeix aquesta obligació formal, les empreses tindran el deure de comunicar les contractacions efectuades en el mateix termini esmentat anteriorment. Aquesta previsió es recull en l'art. 16.1 ET. Es tracta d'obligacions imposades per la llei als efectes de l'elaboració d'estadístiques sobre taxes d'activitat i de desocupació, sense que l'oficina pública d'ocupació estigui obligada a fiscalitzar o analitzar la licitud dels continguts dels contractes que registra o dels quals rep la comunicació d'haver-se concertat.

A més, hi ha altres obligacions derivades de la lliure circulació de treballadors a escala europea. Es tramitarà a través del servei públic d'ocupació l'oferta procedent d'altres països de la Unió Europea, així com les ofertes de països de l'Acord sobre l'espai econòmic europeu del 1992 (disposició addicional única del RD 735/1995, en els termes de la Decisió de la Comissió de les Comunitats Europees de 22 d'octubre de 1993, sobre aplicació del Reglament CEE núm. 1612/68 del Consell, relatiu a la lliure circulació de treballadors i en particular a la xarxa anomenada EURES).

4.2. Les empreses de treball temporal: mediació en el mercat de treball o cessió de treballadors?

La promulgació de la Llei 14/1994, d'1 de juny, per la qual es regulen les empreses de treball temporal (Llei 14/1994), va regular una figura fins llavors prohibida al nostre país, encara que no del tot desconeguda, ja que funcionava en la pràctica (si bé clandestinament i al marge de la legalitat vigent en aquell moment).

Anteriorment al RD llei 18/1993, l'activitat de les ETT era il·legal, per la seva inclusió en l'art. 43.1 ET (en la redacció anterior a la reforma laboral del 1994; és a dir, en la redacció originària de l'Estatut dels treballadors de l'any 1980), que prohibia de manera absoluta la cessió dels treballadors contractats per una empresa per a cedir-los temporalment a una altra.

De la mateixa manera que amb les agències de col·locació, el primer pas cap a la legalització de les empreses de treball temporal (ETT) el va constituir el Reial decret llei 18/1993, de 3 de desembre, de mesures urgents de foment de l'ocupació, previ a la Llei 10/1994.

En la Llei 14/1994 es va justificar la legalització de les 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" (exposició de motius de la Llei 14/1994). Posteriorment, el RD 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, va permetre (en l'art. 196.3.e) que l'Administració pública pugui contractar a través d'ETT, si bé amb caràcter excepcional, tan sols per a "la realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos", i amb una durada màxima de sis mesos sense possibilitat de pròrroga (art. 198.3 de la mateixa norma). No obstant això, la contractació a través d'ETT per part de l'Administració pública planteja dubtes de constitucionalitat en relació amb l'art. 23.2 CE i 103.3 CE (Chacartegui Jávega, 1999).

Tornant a la regulació prevista en la Llei 14/1994, el legislador va plantejar la legalització de les ETT a Espanya en termes d'intervenció mínima, utilitzant-hi una "tècnica minimalista" en què, en comptes de dissenyar-se un marc jurídic complet per a l'activitat de les ETT, se'n regulen tan sols uns aspectes determinats, i es remet en les altres coses a altres ordres formatius, legals i també a la negociació col·lectiva (Rodríguez-Piñero Royo, 2000, pàg. 191).

L'activitat de l'ETT consisteix en la contractació d'un treballador per a, posteriorment, cedir-lo temporalment a una altra empresa (denominada *empresa usuària*) en canvi d'una contraprestació econòmica, que paga a aquesta última per la realització d'aquests serveis.

Així, l'empresa de treball temporal contracta el treballador perquè aquest desenvolupi la seva prestació laboral en l'àmbit de l'empresa usuària, i és l'ETT la que paga la retribució al treballador pels serveis prestats.

Es crea, d'aquesta manera, un esquema triangular peculiar, segons el qual, es creen tres tipus de relacions entre els subjectes implicats:

- 1) L'ETT i el treballador estan vinculats a través d'un contracte de treball.
- 2) L'ETT i l'empresa usuària, mitjançant un contracte de naturalesa mercantil, denominat contracte de posada a disposició.
- 3) El treballador s'integra a l'organització productiva de l'empresa usuària, que assumeix el poder de direcció i control de l'activitat laboral, encara que entre l'empresa usuària i el treballador no hi ha cap vincle formal o contractual. Ara bé, malgrat la inexistència d'un vincle contractual entre l'empresa usuària i el treballador, el fet que el treballador s'integri en l'empresa usuària per prestar els seus serveis també crea una relació que podríem anomenar quasicomercial entre ambdós subjectes que, per la seva importància, també és objecte de regulació en la Llei 14/1994.

En la legalització de les ETT, ha exercit un paper rellevant la incidència de les tendències flexibilitzadores en l'accés a l'ocupació, com a conseqüència de la influència que tenen els corrents econòmics neoliberals sobre el funcionament del mercat de treball, que parteixen de la premissa que el problema de la desocupació apareix i es manté durant més temps com més obstacles hi ha al lliure funcionament del mercat, o bé quan no es compleix el principi de maximització dels beneficis.

L'origen de la legalització de les ETT a Espanya se situa dins del marc de les transformacions del sistema productiu que han donat lloc a l'extensió dels fenòmens de descentralització productiva, entre els quals les ETT s'han convertit en un instrument al servei de les empreses que volen optar per aquestes fórmules descentralitzadores. Ara bé, en l'àmbit jurídicolaboral, els fenòmens de descentralització plantegen problemes de determinació de l'empresa responsable, dificultat que s'incrementa com més alt és el grau d'atomització de l'activitat empresarial, a causa de la presència d'empreses interposades.

D'aquesta manera, la descentralització productiva constitueix una via a què recorren les empreses per poder adequar la dimensió de la plantilla de l'empresa a la demanda de cada moment. La descentralització productiva es dona quan una empresa –empresa principal– encomana a una altra o unes altres empreses jurídicament independents –empreses auxiliars– el desenvolupament d'una activitat productiva determinada o d'una fase del procés productiu, de manera

que aquestes últimes desenvolupen la seva activitat per a la primera de manera autònoma, servint-se d'una estructura empresarial independent, incloent-hi també la seva pròpia plantilla de treballadors.

Formen part dels fenòmens de descentralització productiva les contractes i subcontractes d'obres i de serveis, les ETT i, en general, aquells mecanismes d'interposició mitjançant els quals una empresa pot ampliar o reduir el volum d'activitats en consideració a la conjuntura econòmica per la qual aquesta empresa travessa (V. Cruz Villalón, 1992).

En el moment actual, cal tenir present que algunes empreses de serveis actuen com a autèntiques empreses de treball temporal encobertes, sense autorització administrativa per a exercir l'activitat de cessió, per la qual cosa podrien incórrer en un cas de cessió il·legal prohibida per l'art. 43 ET. És per això que la reforma duta a terme per l'RD 5/2006 actualitza alguns elements en relació amb la subcontractació d'obres o serveis, amb l'objectiu d'assegurar que l'organització empresarial de la producció mitjançant diverses fórmules de descentralització productiva sigui compatible amb la protecció dels treballadors.

Per això s'intenta delimitar la subcontractació d'obres i serveis entre empreses i la figura de la cessió il·legal de treballadors, tenint present que la nostra legislació tan sols autoritza la contractació de treballadors a través de les empreses de treball temporal legalment autoritzades. I per això l'art. 43.2 ET queda de la manera següent: "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 regulació d'aquest tipus d'empreses ha suposat la legalització d'aquells fenòmens de descentralització que permeten més disponibilitat de la plantilla per a les necessitats econòmiques de les empreses, un camuflament de les dimensions de la plantilla de l'empresa i l'elusió de l'aplicació de normatives sectorials d'origen convencional, així com de la majoria de càrregues i responsabilitats que l'ordenament laboral atribueix al subjecte que exerceix la qualitat d'empresari.

Les raons al·legades pel legislador de 1994 que havien portat a la regulació de les empreses de treball temporal eren les següents:

1) Considerar-ho un mecanisme més de política d'ocupació, juntament amb les agències de col·locació sense ànim de lucre, i com a conseqüència de l'entrada de la iniciativa privada en l'accés a l'ocupació, fruit del debat entre allò públic i allò privat que sorgeix amb les reformes de 1994.

La justificació legal a la introducció d'aquestes noves figures es conté en l'exposició de motius de la Llei 10/1994, segons la qual es pretén facilitar l'eficàcia en la gestió que duen a terme els serveis públics d'ocupació, els quals "no pueden abarcar la totalidad de las cada vez más complejas y diversificadas ofertas de empleo, cuya respuesta adecuada requiere la máxima especialización". Tot això s'emmarca dins d'una reforma de les relacions laborals que pretendria, segons l'exposició de motius esmentada, "luchar contra el desempleo y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo".

2) Una altra de les raons que han portat a la regulació de les ETT, segons l'exposició de motius de la Llei 14/1994, és la seva legalització gradual als països del nostre entorn europeu.

Segons l'exposició de motius de la Llei 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". Certament, la legalització de les ETT en la pràctica totalitat dels països europeus ha tingut una repercussió important a Espanya, ja que un nombre important de sucursals procedents d'ETT, en especial de procedència francesa, s'han establert els últims anys al nostre país.

3) Per al legislador, un altre dels motius determinants en la legalització de les ETT al nostre país ha estat l'evolució que s'ha produït en el si de les institucions comunitàries cap a l'acceptació de l'activitat desenvolupada per les ETT.

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea ja es va pronunciar, en la dècada dels setanta, sobre la licitud d'aquest tipus d'empreses. Concretament, el Tribunal va analitzar aquesta qüestió en la sentència de 17 de desembre de 1970 (assumpte 35/70, Manpower).

El 1991 s'aprova la primera norma comunitària específica en la matèria, com a conseqüència de la necessitat de dotar d'una protecció especial els treballadors contractats per una ETT en la prevenció de riscos laborals: la Directiva 91/381/CEE del Consell, de 25 de juny, per la qual es completen les mesures tendents a promoure la millora de la seguretat i de la salut en el treball dels treballadors amb una relació laboral de durada determinada o d'ETT.

És important diferenciar l'activitat de les empreses de treball temporal de l'activitat de les agències de col·locació, ja que l'activitat de l'ETT és de cessió de treballadors, mentre que la de l'agència de col·locació és de mediació. A més, la Llei 14/1994 obliga que la posada a disposició de les ETT sigui de caràcter temporal, i que es dediquin exclusivament a l'activitat constitutiva d'empresa de treball temporal (art. 1 i 2 de la Llei 14/1994).

Independentment del paper que puguin exercir les ETT en la creació d'ocupació (qüestió polèmica, com veurem més endavant), aquestes fan una activitat de cessió, mentre que les agències de col·locació tan sols posen en contacte l'oferta amb la demanda de feina, i donen per acabada en aquest punt la seva activitat.

En aquest esquema triangular, característic d'aquest tipus de relacions, es produeix un repartiment dels poders empresarials entre l'empresa de treball temporal i l'empresa usuària. Aquesta distribució de poders queda de la manera següent:

1) L'ETT manté amb el treballador el seu vincle contractual a tota hora, és responsable de les obligacions salarials i de Seguretat Social, els deures de formació respecte al treballador i exerceix el poder disciplinari (sancions i acomiadaments).

El tema salarial, tal com estava regulat originàriament en la Llei 14/1994, va rebre fortes crítiques no solament per part de la doctrina laboralista, sinó també des dels àmbits sindicals. En la primera redacció, la Llei 14/1994 establia que els treballadors posats a disposició per ETT es regirien pel conveni col·lectiu de l'ETT, per la qual cosa sovint es donava la circumstància que un treballador d'ETT cobrés una quantitat més baixa que un treballador que hagués estat contractat directament per l'empresa usuària, encara que estiguessin ocupant un lloc de treball idèntic. Aquest precepte provocava dubtes seriosos sobre la seva constitucionalitat (ja que, en la pràctica, feines del mateix valor estaven percebent salari diferent).

Finalment, es va reformar aquest punt per la Llei 29/1999, de 16 de juliol, i es va establir, en el nou art. 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 a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo".

2) Quant a l'empresa usuària, aquesta serà responsable de les obligacions en matèria de prevenció de riscos laborals, així com del recàrrec de prestacions de Seguretat Social, com a conseqüència d'un accident de treball o malaltia professional que tingui lloc al seu centre de treball durant la vigència del contracte de posada a disposició.

Atés que, com ja hem vist anteriorment, l'activitat que desenvolupen les ETT difereix del que és estrictament l'activitat de mediació o col·locació de treballadors, resta per analitzar si, d'alguna manera, les ETT poden considerar-se un mecanisme de creació d'ocupació i de quin tipus d'ocupació. Per a contestar aquesta pregunta, cal tenir en compte que, pel que fa als treballadors posats a disposició per les ETT, es dona la coincidència de dos elements que influeixen decisivament a l'hora d'incrementar la precarietat a què està subjecte aquest col·lectiu: a la condició de treballador temporal que tenen aquests treballadors per la pròpia configuració legal d'aquest tipus de feina, cal afegir-hi les condicions en què es desenvolupa la seva prestació laboral. Així, la curta durada dels contractes de posada a disposició impedeix que aspectes tan importants com la formació professional i la formació en matèria de prevenció de riscos laborals s'ofereixi a aquest tipus de treballadors amb les garanties legals escaients (en aquest punt, cal tenir present que resulta d'aplicació no solament la normativa específica sobre empreses de treball temporal, sinó també la Llei 31/1995 de prevenció de riscos laborals).

Els treballadors contractats per empreses de treball temporal no solen ser contractats amb caràcter indefinit, malgrat que l'art. 10 de la Llei 14/1994 permet a l'ETT una doble opció en disposar 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". Algunes dades són bastant reveladores del tipus d'ocupació que creen les ETT. Segons l'*Anuario de estadísticas Laborales* de l'any 2005 publicat per l'MTAS, dels 987.794 contractes registrats pels serveis públics d'ocupació i subscrits per empreses de treball temporal, 521.499 tenien una durada menor d'un mes (dels quals, 334.749 eren d'1 a 6 dies de durada); 57.444 d'1 a 3 mesos; 11.466 de 3 a 6 mesos; 1.260 de 6 mesos a un any, i tan sols 247 contractes superaven la durada d'un any.

La legalització de les ETT, dins de la proliferació dels fenòmens de descentralització productiva, suposa la consolidació d'un model organitzatiu particular i un mètode de gestió empresarial més flexible dels recursos humans, en el qual, com s'ha vist anteriorment, prevalen les necessitats de l'empresa usuària, en perjudici d'una desestructuració cada vegada més gran dels treballadors temporals com a col·lectiu. Hi cal afegir el fet de l'eventualitat dels treballadors contractats per les ETT, que comporta notables dificultats a l'hora de constituir els seus propis òrgans de representació estables.

És per això que, en aquest tipus d'empreses resulta més necessària encara la possibilitat de facilitar la via de la negociació col·lectiva, ja que són els instruments de negociació col·lectiva els que poden fer valer els treballadors d'aquest tipus d'empreses davant el poder empresarial a què estan sotmesos (en especial, des de la perspectiva del poder de direcció i control de la seva activitat que exerceix l'empresa usuària).

Com a conclusió, es pot assenyalar que, davant de la finalitat d'assolir els objectius pretesos per la Llei 10/1994, potser hauria estat més adequat abordar amb profunditat una reforma del servei públic d'ocupació que, mantenint el monopoli públic de la col·locació, aconseguís pal·liar les causes que n'impedeixen un funcionament eficaç. Entre les causes esmentades, es poden destacar la insuficiència de recursos o l'excessiva burocratització del servei públic d'ocupació, que es comportaria més aviat com un mer gestor de les ofertes i demandes d'ocupació, en comptes de servir com a agent eficient de qualificació, orientació, formació, i col·locació dels treballadors aturats.

D'altra banda, caldria més adaptabilitat del servei públic d'ocupació a la demanda de feina actual, complexa i diversificada, en què un gran nombre de treballadors tenen una qualificació professional inadequada per a les noves exigències laborals, cosa que inclou el fet de poder donar resposta a la reconversió de sectors en crisi, que, sovint, constitueix la causa de desocupació de treballadors sense gaires possibilitats a l'hora de tornar a trobar el mateix ofici, així com d'aquells sectors en què s'introdueixen amb gran rapidesa les noves tecnologies. Tal com destacava la mateixa exposició de motius de la Llei

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. L'impacte de les polítiques flexibilitzadores en el dret del treball

5.1. La incidència de la crisi econòmica en el dret del treball

Al final de la Segona Guerra Mundial, i atesa la necessitat de reconstrucció de les ciutats devastades, a Europa es va produir un gran pacte social entre la classe capitalista i la classe treballadora, representada pels sindicats i els partits polítics afins, sota els termes següents: la classe treballadora acceptava el sistema capitalista (o si es vol "l'economia de mercat" i abandonava les seves reivindicacions revolucionàries), i en canvi, la classe capitalista es comprometia a acceptar una política redistributiva en virtut de la qual, els salaris haurien d'anar augmentat el seu percentatge de participació en la renda nacional, les condicions de treball anirien millorant, i els treballadors estarien assegurats contra qualsevol adversitat mitjançant sistemes potents de Seguretat Social.

A més, la classe treballadora hauria d'accedir a certes quotes de poder tant dins de les empreses (mitjançant fórmules de cogestió), com en el govern dels Estats (mitjançant partits polítics socialistes encara associats amb comunistes). Aquest gran pacte es va cristal·litzar en la fórmula política coneguda com l'estat del benestar, que es preocupava per la protecció social dels treballadors i dels usuaris del sistema públic de Seguretat Social.

La fórmula política esmentada es tradueix jurídicament en dos àmbits:

- En l'àmbit constitucional²⁸

⁽²⁸⁾En l'àmbit constitucional, mitjançant la introducció en les constitucions dels diversos països europeus, dels anomenats drets econòmics i socials (a la salut, a l'educació, al treball, a la Seguretat Social, a l'habitatge, però també la llibertat sindical, la negociació col·lectiva, i la vaga), i juntament amb aquests, els anomenats *drets polítics* o *llibertats públiques clàssics* (d'expressió, associació, reunió, etc.).

- En l'àmbit de legislació ordinària²⁹

⁽²⁹⁾En l'àmbit de legislació ordinària, la fórmula de l'estat del benestar es plasma mitjançant el desenvolupament d'una nova disciplina anomenada dret del treball, que inclou una branca: el dret de la Seguretat Social.

Com s'ha vist anteriorment, en el període que va des del 1945 fins al 1973, a Europa s'estableix el "fordisme", com a sistema de treball que presenta certes característiques pròpies, com ara la contractació a temps indefinit i a jornada completa (i queda relegada la contractació a temps parcial a supòsits molt específics); la prestació de serveis per compte d'un patró únic al llarg de tota la vida de la relació jurídic laboral; així com una protecció important contra

l'acomiadament no causal. I tot això sota la tutela d'un estat del benestar. Els primers setanta anys d'aquest segle s'han caracteritzat per una progressiva ampliació i rigidesa de la tutela imperativa del treball.

Tanmateix, arran de la crisi dels setanta, els legisladors dels països europeus prenen consciència que certes formes de tutela excessivament rígides són un factor de desocupació. Aquest gran pacte social i polític que va culminar en l'anomenat estat del benestar, comença a qüestionar-se al final dels anys setanta, i no ha deixat de ser objecte d'impugnació fins als nostres dies.

Aquesta impugnació s'ha dut a terme en l'actualitat de manera alterna en dos fronts: d'una banda es qüestiona l'estat del benestar en l'aspecte més conegut i emblemàtic, els sistemes de protecció social. I de l'altra, s'ataca l'altre pilar de l'estat del benestar, la normativa estatal laboral i la funció dels sindicats com a instàncies protectores de la classe treballadora.

La crisi econòmica generalitzada que experimenta principalment Europa des de la caiguda del preu del petroli com a conseqüència del conflicte araboisraelià el 1973, va suposar una modificació radical en els plantejaments del dret del treball i de la Seguretat Social. Aquest *homo faber* que va sorgir de la Revolució Industrial va deixar de ser el prototip de treballador predominant en les societats més desenvolupades de l'occident capitalista, que més que societats industrials passen a ser societats de servei, a causa de dues raons principals: els avenços espectaculars de la productivitat que ha tingut lloc des de la segona postguerra mundial al sector serveis; i que la demanda de serveis és molt més elàstica que la de béns (Alarcón Caracuel, 2003).

Després de la crisi econòmica, els processos de producció de béns i serveis han experimentat a Europa profunds canvis sobretot a partir de tres realitats que no han fet més que començar: el canvi tecnològic (principalment a causa de la informatització i robotització dels processos productius); la mundialització del mercat (de manera que perden valor els models únicament nacionals); i la terciarització o reducció del pes específic del sector industrial de l'economia en benefici del sector serveis. Igualment, el procés d'integració europea, que pretén la instauració d'una unitat econòmica i monetària, exigeix als governs dels Estats membres l'adopció de mesures polítiques singulars de convergència.

A partir de la dècada dels vuitanta, s'ha produït al món tota una sèrie de fenòmens econòmics que han afectat de manera decisiva les respostes normatives per part del dret del treball. És també durant mitjan els anys vuitanta que irromp el concepte de flexibilitat en les relacions laborals. S'afirmava que el sistema patia de tota una sèrie de rigideses que farien difícil per part de les empreses l'aplicació de mesures laborals d'adaptació als canvis productius.

Aquesta crisi, instal·lada en el si de l'economia, va provocar un procés de revisió en el desenvolupament del dret del treball, que ha conduït al que es coneix com el debat sobre el dret del treball i la crisi econòmica, que comporta un altre debat: el de la "crisi del dret del treball". La crisi econòmica, doncs, ha afectat les concepcions i els instruments clàssics del dret del treball, i ha

suposat un gir en la seva mateixa funció. La crisi econòmica hauria transformat la raó de ser del dret del treball. Es parteix de la idea que només dirigint més atenció a les exigències productives de les empreses, es podrà incentivar aquestes últimes i crear nous llocs de treball.

D'una banda, es produeix un canvi del paper de les organitzacions sindicals, que passen d'una funció de contestació als fonaments sociolaborals a un sindicalisme cada vegada més implicat en el funcionament de l'aparell institucional de l'Estat, caracteritzat principalment per una política de concertació social i per la representació institucional en els diferents organismes administratius; i de l'altra, es produeix una redefinició de la configuració de l'ordenament laboral, en canviar-se les relacions existents entre llei, conveni col·lectiu i contracte de treball.

Entre les transformacions més rellevants produïdes en el dret del treball de la crisi, destaquen: a) la pèrdua de virtualitat efectiva del principi d'estabilitat en l'ocupació, pèrdua motivada per la generalització de la contractació temporal, però també per la precarització de les condicions laborals; b) paral·lelament, i sota l'excusa d'abastar una adaptabilitat més àmplia de la mà d'obra a les necessitats canviants del moment, es produeix una ampliació de les facultats empresarials, que afecten principalment la determinació de l'objecte del contracte; c) i finalment, en l'àmbit de les fonts del dret, es produeix un cert reordenament d'aquestes i s'atorga més valor a l'autonomia col·lectiva i individual, sobre la regulació heterònoma estatal. Encara així, s'entenia que el caràcter passatger de les crisis permetria al dret del treball tornar a la normalitat per a reprendre el seu paper de garant i d'element dinàmic i social.

Durant els anys noranta, la situació de fons a Europa no canvia excessivament. Continuen proliferant propostes flexibilitzadores de les relacions de treball, i totes les matèries jurídic laborals objecte d'harmonització comunitària acaben sent objecte de flexibilització al si del mateix ordenament jurídic intern. Darrere d'aquest debat hi ha hagut sempre la idea de culpabilització de la normativa laboral per no haver sabut adaptar-se a les necessitats d'una crisi econòmica, que més que conjuntural, adquireix progressivament el caire d'estructural. S'ha entès, des d'aquest sentit, que el dret del treball no pot operar a l'esquena dels condicionaments del sistema econòmic i que, per tant, tota resposta normativa oferta pel dret del treball ha de correspondre's amb les exigències imposades pel mercat.

Ara bé, cal reflexionar sobre això, i és que, si bé és cert que el dret del treball no és aliè a allò econòmic, la reducció de determinades parcel·les de protecció s'hauria de compensar amb l'increment d'unes altres o l'establiment de noves.

Tampoc és sobrer recordar que el dret del treball no ha estat una branca de l'ordenament jurídic que s'hagi mantingut al marge de les crisis econòmiques, i, de fet, tant el seu naixement com la seva evolució hi han estat històricament vinculats. Dit d'una altra manera: el fenomen de la cohabitació de la crisi econòmica i el dret del treball i de la Seguretat Social no és recent, sinó que es tracta d'un "company de viatge històric".

Una reducció de les finalitats protectores de l'ordenació laboral pot afectar-ne a la llarga la funció primordial, que és la de mantenir l'equilibri dels interessos socials, fet que podria ocasionar conseqüències greus per a tornar a reequilibrar-los, més encara quan no hi ha una perspectiva més o menys clara i definida de fins on pot arribar-se en aquest afany reduccionista.

5.2. La flexibilització de les relacions laborals com a resposta a la crisi

La flexibilitat s'ha definit com "el conjunt de mecanismes i instruments que tindria l'empresa per a enfrontar-se amb les fluctuacions i les variacions qualitatives i quantitatives de la demanda, reduint l'efecte d'aquestes sobre la seva estructura de costos" i, per tant, el debat de la flexibilitat se centra en la capacitat del dret del treball d'adaptar-se als canvis que puguin anar sorgint progressivament en els processos productius i per les innovacions tecnològiques.

Generalment s'han entès com a "rigideses" del mercat de treball aquelles que dificulten la contractació temporal, limiten l'acomiadament lliure, i imposen una regulació imperativa de condicions normatives. Essent això així, la flexibilitat parteix de la desregulació i la liberalització del mercat de treball, de manera que "el mecanisme del mercat jugui en l'assignació dels principis i els contingents de la mà d'obra sense cap tipus o amb el mínim d'intervencions normatives o administratives."

Certament, l'actual dret del treball té gairebé el grau de flexibilitat màxima compatible amb un sistema de relacions laborals que no estigui basat exclusivament en el contracte individual com a únic instrument de regulació (o, en altres paraules, compatible amb la mateixa supervivència del dret del treball com a tal). En canvi, el tema del futur (és a dir, el dret del treball de la postcrisi) és el de saber si la flexibilitat serà una exigència ineludible de les noves formes productives, i no ja una simple mesura conjuntural d'emergència, i aquest és el veritable debat més enllà dels al·legats merament interessats.

No s'ha de perdre de vista que l'essència del problema en el debat de la flexibilitat és que al seu voltant es juga amb una contradicció d'interessos que no és conjuntural, sinó estructural, i, per tant, permanent. Però és que, a més, el recurs a una flexibilitat extrema pot resultar contraproductiu per als mateixos empresaris perquè produeix efectes induïts perversos: desqualificació del treballador, desidentificació en l'empresa, etc.

Per tant, la flexibilitat és una cosa que interessa als empresaris i no als treballadors. Però dit això, no significa que els poders públics s'hagin de mantenir al marge a l'hora d'elaborar un punt d'equilibri en aquesta contradicció d'interessos, sinó que han d'intervenir-hi sempre tenint en compte els paràmetres de l'estat social de dret.

"Les mesures flexibilitzadores hauran de sotmetre's al cànon de compatibilitat establert en principis constitucionals i els poders públics no hauran d'adoptar-les quan contribueixin a convertir el dret del treball en un ordenament que accentuï les desigualtats en compte de compensador d'aquestes" (Alarcón Caracuel, 1994).

Hi ha hagut un corrent d'opinió segons el qual cal una reforma de la normativa laboral que permeti una màxima flexibilitat del mercat de treball com a condició necessària per a l'animació d'aquest. Expressat de manera radical, el plantejament seria el següent: si es vol que algú arrisqui els seus diners invertint en activitats productives creadores d'ocupació, cal que se li garanteixi que pot fer-hi servir la mà d'obra només durant el temps exacte (ni un dia més, ni un minut més) i en les condicions exactes en què aquesta li produeixi un benefici. I per a fer això cal una llibertat total:

- a) respecte a la durada inicial del contracte;
- b) respecte a la denúncia unilateral d'aquest;
- c) respecte a l'ús de la força de treball (mobilitat funcional i geogràfica);
- d) respecte a la durada i distribució de la jornada de treball; i
- e) respecte a la fixació del salari. I tot això respon a una lògica interna inflexible: la que dimana del dogma de l'optimització dels beneficis empresarials.

Ara bé:

"És evident que una línia de raonament d'aquesta mena, portada a les últimes conseqüències, significa purament i simplement la desaparició del dret del treball com a branca de l'ordenament que neix i perdura amb la voluntat explícita d'introduir mecanismes de correcció a la lògica descarnada de la llei de l'oferta i la demanda quan aquesta s'aplica al mercat de treball" (Alarcón Caracuel, 1994).

Davant d'un panorama d'aquest tipus, resulta forçós reconèixer que la flexibilitat en l'ús de la mà d'obra no és una demanda capritxosa ni una mera tàctica patronal, sinó una exigència indefugible de les noves relacions tècniques de producció, exigència que convindria controlar i que dominar evitant que es tradueixi en un empitjorament de les condicions de vida i de treball de moltes persones.

Però dit això, cal fer tres precisions:

- a) en primer lloc, que continuarà havent-hi formes productives clàssiques coexistents amb les típiques de la societat terciaritzada;

- b) en segon lloc, que la flexibilitat és un concepte "macro" que encobreix una gran diversitat de manifestacions, cada una de les quals requereix, al seu torn, una fórmula jurídica diferent;
- c) i en tercer lloc, la flexibilitat és un substantiu que necessita ser determinat, plantejant l'adopció de l'estratègia flexibilitzadora dos grans reptes: el primer és l'establiment d'un sistema de repartiment d'ocupació disponible, que haurà de ser considerat no ja només com un mitjà de guanyar-se la vida, sinó com un bé tutelable en si mateix atesa la marginació social a què condueix la manca d'ocupació; i el segon és la cobertura suficient i il·limitada dels lapsos temporals de desocupació forçosa.

No pot concloure's aquesta anàlisi de les polítiques flexibles sense fer una menció breu a la manera com han afectat les polítiques flexibilitzadores l'articulació de les fonts del dret i, concretament, la potenciació de la negociació col·lectiva com a instrument de flexibilitat, així com a la revalorització del paper de l'autonomia individual en les relacions de treball.

El dret del treball de la crisi s'ha caracteritzat per la potenciació de la negociació col·lectiva, en detriment del paper intervencionista i protector de la llei, i comporta amb això un reordenament en les relacions entre llei i conveni col·lectiu. S'ha afirmat que, atesa la dificultat de la normativa estatal per a adaptar-se a unes relacions laborals més diverses i canviants, la regulació convencional ofereix més dinamisme a les situacions que es plantegen, ja no només pel seu caràcter temporal, que permet una adequació millor als canvis que puguin produir-se durant la vigència del conveni, sinó per la possibilitat d'adaptar-se a les necessitats d'una branca específica de l'activitat. Es produeix, per tant, una reducció de la intervenció reguladora de l'Estat, sia suprimint-se mínims legals, sia atorgant caràcter dispositiu a uns continguts legals determinats, configurant la norma legal com a subsidiària del conveni col·lectiu, o derogant uns desenvolupaments reglamentaris determinats.

La configuració de la negociació col·lectiva com a principal instrument de regulació de les relacions de treball, en detriment del poder normatiu estatal, resulta fins a cert punt criticable. En primer lloc, perquè suposa "construir un dret del treball sobre pressupòsits, fonaments i estructures diferents". En segon lloc, perquè no necessàriament la cessió dels espais normatius estatals en favor de l'autonomia col·lectiva comporta una potenciació de la posició de les parts en la negociació. I en tercer lloc, perquè la nova articulació entre negociació col·lectiva i regulació estatal, posa en tela de judici el valor de la norma estatal com a mínim de dret necessari que el conveni ha de millorar, argument que ha estat en la base de l'evolució històrica del dret del treball.

Únicament amb una combinació correcta dels principis d'heterotutela estatal i autotutela col·lectiva es podrà avançar una mica en aquest sentit. Però ambdós principis, connectats entre si, ja que no s'ha d'oblidar que, malgrat tot, l'Estat té molt a dir en les relacions laborals i que el dret del treball està sustentat

precisament en el principi "pro operari". La intervenció estatal en les relacions laborals és necessària també en tant que portadora de "l'interès públic" i no només com a presumpta defensora del "contractant més feble".

D'altra banda, en el dret del treball de la crisi s'assisteix a una "individualització progressiva de les relacions de treball", és a dir, a una inclinació progressiva a revalorar el paper de l'autonomia individual en detriment del paper de les previsions legals i convencionals, i la seva funció reguladora de les condicions de treball en l'empresa. Es tractaria d'atribuir un paper més dinàmic al contracte de treball a causa de les transformacions en l'organització i prestació del treball, que relativitzen el conflicte d'interessos tradicional entre capital i treball.

Naturalment, la individualització exclusiva de les relacions laborals, no pot analitzar-se sinó des de la crítica més severa, ja que, a la llarga, la imposició de la voluntat dels contractants sobre l'autonomia col·lectiva i l'heteronomia estatal, no només comporta la mateixa desregulació del mercat de treball, sinó que deixa sense maniobrabilitat el sindicat i suprimeix els èxits socials històricament assolits. Una regulació estrictament individual de les relacions de treball, no és sinó una concepció neoliberal d'aquestes, que només condueix a la mateixa desaparició del dret del treball, en no poder exercir aquest les seves funcions bàsiques d'intervencionisme tutelar i de reequilibri intern en les relacions laborals.

5.3. La flexibilització de les relacions laborals a Espanya

L'Estatut dels treballadors de 10 de març de 1980 neix en un context polític i econòmic particular. D'una banda, era la primera norma laboral que desenvolupava la Constitució espanyola, la qual proclamava l'estat social i democràtic de dret. Però d'altra banda, l'ET neix en plena crisi econòmica, i per tant en una etapa en què no faltaven els qui opinaven que part de la culpa de la crisi la tenia la normativa laboral i que, per a sortir-ne, calia enfortir el poder de l'empresari i retallar els drets dels treballadors (Alarcón Caracuel, 2000).

Des del punt de vista del seu àmbit d'aplicació, l'Estatut dels treballadors s'aplicava a un col·lectiu de ciutadans que eren els treballadors per compte d'altri, definits atenent uns criteris jurídics determinats com són l'alienitat i la dependència

És per això que quedaven exclosos de l'àmbit d'aplicació de l'ET els que no reunien les notes definitives de la relació laboral; els que presentaven singularitats en aquestes notes passaven a tenir una regulació jurídica particular de tipus reglamentari que donava peu a les anomenades relacions laborals especials.

Des del punt de vista de les fonts del dret, l'ET va articular les fonts de la relació laboral de manera raonable: va eliminar l'intervencionisme estatal reglamentari en la regulació de les condicions de treball, i va passar a ocupar aquest espai la negociació col·lectiva; i va permetre una relació raonable entre llei i conveni col·lectiu.

Contingut complementari

Per tant, la intervenció normativa dels poders públics es va limitar al poder legislatiu, i la negociació col·lectiva va permetre una regulació garantida de les condicions de treball.

I des del punt de vista del principi d'estabilitat en l'ocupació, aquest es va consagrar plenament en proclamar l'ET que el contracte de treball es presumia concertat per temps indefinit. Aspecte tremendament positiu per dues raons: en primer lloc perquè gran part dels drets reconeguts en l'ET només tenen sentit amb una relació jurídica estable. I en segon lloc perquè tots els drets reconeguts a l'esmentat cos legal són difícilment exigibles per a un treballador el contracte del qual pot veure's en perill d'adoptar una posició excessivament reivindicativa.

Altres elements de la regulació estatutària importants van ser els següents: es prohibeix el tràfic de mà d'obra i, per tant, les agències privades de col·locació i la cessió il·legal de treballadors; s'estableix un descans setmanal de dia i mig; s'aclareix la qüestió de salari distingint entre percepcions salarials i extrasalarials; es permet la mobilitat funcional amb el límit de la categoria professional; i es permet la mobilitat geogràfica i la modificació de condicions de treball amb acord individual previ o, si no n'hi ha, amb autorització administrativa. Juntament amb això es preveia un règim determinat de causalitat de l'acomiadament, sense el qual l'estabilitat seria il·lusòria, ja que no serveix de res un contracte indefinit si l'acomiadament és lliure.

L'ET va aconseguir ser una norma garantidora dels drets del treballador i prou flexible per a permetre una gestió adequada dels recursos humans i de la competitivitat de les empreses. Tanmateix, des de llavors l'ET ha estat objecte d'impugnació al llarg de successives reformes dirigides totes en una mateixa direcció: reforçar el poder empresarial i disminuir els drets laborals dels treballadors.

Bàsicament, destacarien quatre reformes de contingut flexibilitzador: la del 1984, la del 1994 i la del 1997, i la del 2001, sense oblidar que la recent reforma laboral, efectuada l'any 2006, també incideix parcialment en la flexibilització de les relacions de treball.

- 1984³⁰

⁽³⁰⁾El 1982, dos anys després de la victòria del partit socialista, Espanya tenia dos milions i mig d'aturats. La reforma del 1984 va partir de la base que l'única manera de fer baixar l'atur era fer servir la contractació temporal com a mesura de foment d'ocupació. A partir de llavors, la contractació temporal va créixer exponencialment i va esdevenir la regla general (el contracte indefinit) en excepció, i el contracte temporal, l'estrella de la contractació. Doncs bé, la reforma del 1984 va provocar un augment de la taxa de temporalitat fins al triple de la mitjana de la Unió Europea, i Espanya va passar de tenir una taxa de temporalitat el 1987 del 16% a una del 33% el 1998. I, per acabar-ho d'adobar, l'atur no va baixar, ja que, si el 1984 hi havia dos milions i mig d'aturats, el 1998 n'eren gairebé tres milions.

- 1994³¹

⁽³¹⁾La reforma següent del 1994 partia de la idea següent: si es reforça de manera decidida el poder empresarial en la gestió dels recursos humans, ja no serà necessària la contractació temporal, perquè l'empresari adaptarà la plantilla a les necessitats productives, no

augmentant-la o disminuint-la, sinó manipulant sobre la jornada, utilitzant la mobilitat funcional, etc. A grans trets, el contingut de la reforma del 1994 va consistir en el següent: En primer lloc, es va deixar fora de l'àmbit regulador del dret del treball un sector de treballadors que complien els requisits de laboralitat, com van ser els transportistes amb vehicle propi. En segon lloc, es fa disponible per la negociació col·lectiva la regulació de determinades matèries que anteriorment tenien el caràcter de norma mínima (com per exemple amb el salari o amb la durada del període de prova) i ahora s'introdueixen modificacions en el règim jurídic de la negociació col·lectiva en un sentit liberalitzador, com ara l'admissió de les clàusules de despenjament salarial. I en tercer lloc, la reforma del 1994 va augmentar la flexibilitat d'entrada, de permanència, i de sortida.

Pel que fa a la flexibilitat d'entrada, se suprimeix la presumpció general del caràcter indefinit del contracte de treball; es creen figures contractuals precàries, com és el contracte d'aprenentatge; i sobretot s'autoritzen les empreses de treball temporal, fet que va suposar legalitzar el prestamisme laboral sota l'argumentació que aquestes ja funcionaven en altres països europeus.

Pel que fa a la flexibilitat de permanència, s'augmenten les facultats empresarials en la determinació de la prestació de treball i en l'ús dels recursos humans en l'empresa. Així, en matèria de jornada, es deroga el recàrrec salarial de les hores extraordinàries, que passen a ser retribuïdes en la pràctica com si es tractessin d'hores ordinàries i sempre que no es compensin amb descans. En matèria de salari, es produeix un retrocés en la configuració legal, i es desregularitza l'estructura salarial. En matèria de classificació professional, es permet que aquesta es faci sobre la base de grups professionals i no de categories professionals, cosa que repercuteix de manera significativa en l'expansió de la mobilitat funcional que l'empresari pot adoptar sense gairebé cap control. I finalment, se suprimeix l'autorització administrativa per als trasllats i per a les modificacions substancials de condicions de treball.

Pel que fa a la flexibilitat de sortida, es produeixen modificacions significatives en el règim dels acomiadaments: en primer lloc, se suprimeix la necessitat d'autorització administrativa per a una part dels acomiadaments col·lectius; i en segon lloc, en l'àmbit dels acomiadaments disciplinaris individuals se suprimeix l'acomiadament nul per falta de forma, que passa a ser qualificat com a improcedent. És a dir, es legitima l'acomiadament verbal indemnitzat.

- 1997³²

⁽³²⁾La reforma de 1997 tenia dos objectius: reduir l'atur i la taxa de temporalitat i és que malgrat la conjuntura econòmica favorable, les empreses continuaven sense contractar amb caràcter indefinit, de manera que la taxa de temporalitat no només no va disminuir, sinó que fins i tot va augmentar. Per a aconseguir reduir la taxa de temporalitat quedava només una tecla per tocar: el preu de l'acomiadament.

En aquesta data les centrals sindicals majoritàries i les patronals van firmar tres acords importants, entre els quals hi havia l'Acord per a l'estabilitat en l'ocupació, que posteriorment passaria a convertir-se en un real decret llei de 1997. Per tant, es va tractar d'una reforma pactada en la qual s'acorda fomentar els contractes indefinits en canvi de facilitar i abaratir els acomiadaments, però amb una conseqüència perversa, que és que la reforma del 1997 no va fer més que certificar la metabolització per part del moviment sindical d'una reforma (la de 1994) a la qual s'havia oposat mitjançant una vaga general i de la qual ja no es parla.

La reforma del 1997 va consistir bàsicament a incentivar la contractació indefinida mitjançant tres vies: la primera era la creació d'una figura contractual "experimental" anomenada *contracte per al foment de la contractació indefinida*, la característica de la qual consistia en el fet que els acomiadaments individuals i plurals per causes objectives dels treballadors contractats sota aquesta modalitat, si eren declarats improcedents, donaven lloc a indemnitzacions substancialment més baixes que la màxima legal. La segona via era incentivar la utilització d'aquesta nova forma contractual amb una gamma variada d'incentius econòmics consistents en rebaixes significatives de les quotes patronals a la Seguretat Social, a més de certs incentius fiscals. I en tercer lloc, es fa menys difícil la qualificació com a procedent de l'acomiadament per circumstàncies econòmiques, tècniques organitzatives o de producció.

En definitiva, la reforma del 1997 va consistir en una rebaixa del cost de l'acomiadament en canvi del qual l'empresari utilitzés la contractació indefinida amb el suport d'incentius econòmics, i donava el legislador un termini de 4 anys, que es va renovar l'any 2001.

Els resultats de la reforma esmentada no han estat tampoc els esperats i, malgrat que la taxa de desocupació es va reduir fins a índexs del 9%, així com la taxa de temporalitat també va decreixer, Espanya continua sent un país amb una alta taxa de temporalitat,

principalment en l'ocupació femenina si es compara amb la mitjana europea. I d'altra banda, el manteniment dels incentius econòmics per la via de les bonificacions de Seguretat Social no sembla que sigui una recepta de política econòmica excessivament correcta. A més, no és que les recents reformes laborals hagin tingut a veure molt amb el descens de l'atur, ja que aquest ha coincidit, gairebé simultàniament amb una fase expansiva del cicle econòmic.

- 2001³³

⁽³³⁾La reforma del 2001, duta a terme mitjançant la Llei 12/2001, de 9 de juliol, de mesures urgents de reforma del mercat de treball per a l'increment de l'ocupació i la millora de la seva qualitat, va dirigida cap a dues finalitats fonamentals (exposició de motius): un d'ordre quantitatiu, que és "l'increment de l'ocupació", i un altre d'ordre qualitatiu, que és "la millora de la seva qualitat", objectiu aquest que no consisteix si no a augmentar l'ocupació estable o, si es vol, reduir la nostra altíssima taxa de temporalitat en la contractació laboral (objectius perseguits des de fa anys).

El contingut essencial de la reforma del 2001, pivota sobre una continuïtat en les finalitats: incrementar l'ocupació estable i els contractes a temps parcial. I també una continuïtat en l'instrument clau per a assolir aquestes finalitats: incentivar les empreses en aquesta direcció. Tanmateix, això suposa una prolongació estricta de les receptes ja conegudes: fer permanent la rebaixa del cost de l'acomiadament i continuar reduint les cotitzacions socials en la contractació indefinida. Al costat d'aquests dos puntals, apareix un conjunt extrasistemàtic de mesures d'índole molt diversa que afecten bastants articles de l'ET en matèries diferents (Alarcón Caracuel, 2001).

Cal valorar positivament l'aparició tímida d'algunes línies noves d'intervenció, basades en la penalització de la contractació temporal. Aquest és el cas de la limitació de la durada màxima de certs contractes temporals per conveni col·lectiu; la prohibició de contractar treballadors temporals mitjançant una ETT per a substituir-ne uns altres de fixos de plantilla, prèviament acomiadats; així com aquelles mesures dirigides a limitar els abusos en la contractació temporal (sobretot, la contractació en cadena indeguda); l'intent de garantir el principi d'igualtat entre els treballadors fixos i els temporals, així com facilitar la conversió dels temporals en fixos, etc.

La reforma del 2001 és, per tant, una reforma continuïsta de les anteriors des del 1994 quant a les finalitats: cal alleugerir les càrregues que suporten les empreses si es vol que aquestes contractin, i encara més, si es vol que ho facin de manera indefinida. Es tracta d'una reforma imposada, no pactada, la qual cosa apareix com una novetat respecte a la reforma del 1997, si bé el més estrany va ser més aviat el pacte del 1997. A més, és una reforma heterogènia, perquè aprofita l'ocasió per a introduir modificacions variades.

Els últims anys s'han continuat introduint mesures flexibilitzadores. Així va succeir amb la pretesa supressió dels salaris de tramitació, que són els salaris a què el treballador té dret des que és acomiadat fins a la data en què recau la sentència declarant la improcedència de l'acomiadament, i, per tant, mentre es tramita el procés, i que com a conseqüència de la contestació sindical mitjançant una vaga general, va ser retirada al cap de pocs mesos.

Pel que fa a l'eliminació dels salaris de tramitació, es pot dir el següent: en primer lloc, els salaris de tramitació fan viable la idea que l'acomiadament injust o sense causa (quan així ho declara un jutge) no hauria de produir efectes i, per tant, el treballador hauria d'haver continuat cobrant el seu salari des de la data de l'acomiadament fins a la de la sentència. La seva eliminació té, doncs, el significat profund d'eliminar tota empremta d'aquesta construcció teòrica de l'acomiadament causal i substituir-la definitivament per la de l'acomiadament lliure indemnitzat: la voluntat extintiva de l'empresari converteix automàticament el treballador en aturat i, com a tal, començarà a cobrar si hi té dret la prestació per desocupació, i només quedarà per discutir el preu de l'acomiadament.

D'altra banda, l'eliminació dels salaris de tramitació, al marge de la seva inacceptabilitat conceptual, no és intrascendent per a l'aturat: la mitjana de durada se situa al voltant dels quatre mesos, que és també la durada legal de la prestació per desocupació quan s'acredita un any de cotització. I com que aquesta prestació és inferior als salaris esmentat, és clar que, en termes econòmics, la seva supressió, en gran quantitat de casos, suposarà un perjudici més gran al treballador que si se li hagués suprimit la prestació per desocupació.

A més, tenint en compte que hi ha una obligació de cotitzar pels salaris de tramitació, el treballador perdrà aquestes cotitzacions, la qual cosa repercutirà negativament en les seves futures prestacions de Seguretat Social, començant per la immediata de desocupació. La reforma del Reial decret 5/2002 va significar per tant un abaratiment indirecte de l'acomiadament per als empresaris, emmarcat en una política restrictiva dels drets laborals, que va motivar la vaga general del 20 de juny de 2002, i la fractura corresponent amb els sindicats.

El Reial decret llei 42/2002, amb el qual el Govern va voler rectificar la norma anterior, no ha suposat més que un maquillatge respecte al Reial decret 5/2002, ja que es continua atorgant a l'empresari la possibilitat de paraitzar els salaris de tramitació, sempre que reconegui la improcedència de l'acomiadament i dipositi la indemnització corresponent davant del deganat dels jutjats socials. L'actual regulació no pot amagar, per tant, el funcionament d'un autèntic desistiment unilateral i sense causa de l'acomiadament, ja que l'empresari pot acomiadar al·legant una causa justa d'acomiadament i, tot seguit, sense solució de continuïtat, reconèixer-ne la improcedència. Es comença a caminar per la via de l'acomiadament lliure, però indemnitzat. L'únic pas que queda ja per fer és l'acomiadament lliure i sense indemnització.

L'arribada al poder del Partit Socialista el 2004 ha permès la introducció de certes mesures garantistes, com ha estat l'increment del salari mínim interprofessional per a compensar-ne la devaluació els últims anys, en no haver-se incrementat d'acord amb l'índex de preus al consum. Tanmateix es tracta d'una mesura d'impacte relatiu si es té en compte, entre altres coses, que aquest increment no afectarà certes normes de Seguretat Social que utilitzin aquest salari com a punt de referència per al càlcul.

L'última reforma legislativa de contingut laboral s'ha produït a través del Reial decret llei 5/2006, de 9 de juny, convertit en la Llei 43/2006, de 29 de desembre, per a la millora del creixement i de l'ocupació. Hi apareixen aspectes de flexibilització del mercat de treball i altres aspectes destinats a finalitats diverses.

L'evolució recent del mercat de treball a Espanya s'ha caracteritzat per un fort increment de l'ocupació, que se situa en el primer trimestre de 2006 en el 4,9% en taxa de variació interanual. L'increment de l'ocupació s'ha produït tant en

els contractes indefinits com en els temporals, encara que més intensament en aquests últims. El notable augment de l'ocupació, malgrat que ha anat acompanyat d'una acceleració de la població activa, ha determinat un descens de la taxa d'atur, des de l'11,5% el 2002 i el 2003 fins al 9,2% el 2005 i el 9,1% en el primer trimestre del 2006, la qual cosa significa que aquesta taxa se situa, per primera vegada des del 1979, per sota del 10%.

Malgrat això, encara persisteixen problemes en el mercat de treball espanyol que s'han de superar, amb la finalitat de complir els compromisos de l'Estratègia de Lisboa i, en general, de millorar la situació dels treballadors. Entre aquests problemes figuraven la reduïda taxa d'ocupació i activitat de les dones espanyoles, que la taxa d'atur encara superi lleugerament la mitjana de la Unió Europea, que és elevada especialment en el cas dels joves, les dones i les persones amb discapacitat, la persistència de segmentacions entre contractes temporals i indefinits i, sobretot, l'elevada taxa de temporalitat, la més alta de la Unió Europea, i per sobre del doble de la mitjana d'aquesta.

Des de l'any 2005, el Govern, les organitzacions empresarials i els sindicats van tenir un procés de diàleg i negociació sobre el mercat de treball que va culminar amb la signatura el 9 de maig de 2006 d'un Acord per a la millora del creixement i de l'ocupació. Les mesures que inclou l'Acord es dirigeixen, per tant, a afrontar els desequilibris del nostre mercat de treball, volum d'ocupació insuficient i temporalitat elevada, i aquestes mesures poden agrupar-se en tres grans capítols.

En primer lloc, l'Acord conté mesures dirigides a impulsar i prestar suport a l'ocupació, la contractació indefinida i la conversió d'ocupació temporal en fixa, bonificant i estimulant els nous contractes indefinits i reduint les cotitzacions empresarials al Fons de Garantia Salarial i per desocupació, centrades aquestes últimes en l'ocupació estable. En segon lloc l'Acord inclou mesures per a limitar la utilització successiva de contractes temporals, així com per a introduir més transparència en la subcontractació d'obres i serveis entre empreses quan comparteixen un mateix centre de treball. S'hi preveu també el reforç dels recursos humans i materials de la Inspecció de Treball i Seguretat Social, articulant la participació dels interlocutors socials en la definició dels seus objectius i programes. En tercer lloc, s'acorden mesures destinades, d'una banda, a potenciar l'eficiència de les polítiques actives d'ocupació i la capacitat d'actuació del sistema nacional d'ocupació, i, d'una altra, a millorar la protecció dels treballadors davant de la falta d'ocupació, tant en matèria de protecció per desocupació com en les prestacions del Fons de Garantia Salarial.

En suma, l'Acord suposa una aposta estratègica del Govern, les organitzacions empresarials i els sindicats per l'estabilitat de l'ocupació. I totes aquestes mesures s'han plasmat en la Llei 43/2006, de 29 de desembre, per a la millora del creixement i de l'ocupació.

La Llei s'estructura en tres capítols. El primer inclou les mesures d'impuls de la contractació indefinida i, entre aquestes: el nou Programa de foment de l'ocupació, l'estímul de la conversió de contractes temporals en indefinits i la reducció de cotitzacions empresarials. El segon capítol recull diverses modificacions de la legislació laboral per a millorar la utilització de la contractació temporal, la transparència en la subcontractació d'obres i serveis i la seva delimitació respecte de la cessió il·legal de treballadors i les prestacions del Fons de Garantia Salarial. I el tercer, les millores de la protecció per desocupació de col·lectius específics.

El nou Programa de foment de l'ocupació es dirigeix fonamentalment a impulsar la utilització de la contractació indefinida inicial per part de les empreses. Amb aquesta finalitat es concentren els suports públics en la contractació estable i s'afavoreix la conversió d'ocupacions que avui són temporals en fixes mitjançant un pla extraordinari de caràcter excepcional i vigència limitada. Per a assolir els objectius damunt assenyalats, es modifica el sistema d'incentius a la contractació indefinida d'acord amb els criteris següents: millor selecció dels col·lectius beneficiaris; simplificació de les quanties de les bonificacions; ampliació de la durada dels incentius amb l'objectiu d'afavorir el manteniment de l'ocupació; i substitució dels percentatges de bonificació actuals per quanties fixes de bonificació.

Igualment, per a contribuir a l'objectiu de mantenir la creació d'ocupació i fomentar la utilització de la contractació indefinida, s'estableix una cotització empresarial per desocupació per als contractes indefinits més baixa que l'actual, que es concreta en una reducció inicial de 0,25 punts percentuals aplicable des de l'1 de juliol de 2006 i que anirà seguida d'una altra reducció addicional de 0,25 punts percentuals a partir de l'1 de juliol de 2008 que s'establirà en la Llei de pressupostos generals de l'Estat corresponent. Així mateix, s'elimina el recàrrec en la cotització per desocupació en els contractes temporals signats per empreses de treball temporal i es redueix la cotització empresarial al Fons de Garantia Salarial, sense que per això afecti l'equilibri financer de la institució.

En matèria de contractació temporal, com que l'objectiu prioritari és la necessitat de reduir la temporalitat, s'inclouen en el Text refós de la Llei de l'estatut dels treballadors límits temporals per als contractes successius d'aquest caràcter que pot subscriure una empresa amb un treballador. Es deroga també la figura del contracte temporal d'inserció, que no ha acomplert les expectatives per a les quals s'havia creat, i es modifica la regulació dels límits màxims d'edat dels treballadors amb qui es poden subscriure contractes per a la formació.

En relació amb la subcontractació d'obres i serveis, s'actualitzen alguns elements de la legislació vigent amb l'objectiu d'assegurar que l'organització empresarial de la producció mitjançant diverses fórmules de descentralització productiva sigui compatible amb la protecció dels treballadors, especialment quan es tracti d'empreses principal, contractistes i subcontractistes que com-

parteixen de manera continuada un mateix centre de treball. D'altra banda, es procedeix a separar la subcontractació d'obres i serveis entre empreses de les pràctiques que incorren en la figura de la cessió il·legal de treballadors, tenint present, que, segons la nostra legislació, la contractació de treballadors per a cedir-los temporalment a una altra empresa només pot efectuar-se legalment a través d'empreses de treball temporal. Amb aquesta finalitat, s'incorpora a l'Estatut dels treballadors una definició de la cessió il·legal de treballadors, que trasllada a la llei la jurisprudència sobre aquesta matèria.

Dins de les modificacions de l'Estatut dels treballadors, es millora la protecció dels treballadors dispensada pel Fons de Garantia Salarial en cas d'insolvència empresarial. Per a fer-ho, es modifiquen els límits de càlcul aplicats actualment (quantia del salari mínim, consideració de les pagues extraordinàries, nombre de dies de salari i indemnització deguts), i s'inclouen entre les indemnitzacions protegides pel FOGASA algunes que no figuren en l'actual redacció de l'article 33 de l'Estatut dels treballadors (indemnitzacions per determinades extincions de contractes per causes objectives o en el marc d'un procediment concursal, així com les degudes per acabament de contractes temporals).

La protecció dels treballadors davant de la falta d'ocupació es veu completada a través de les modificacions que s'introdueixen en el Text refós de la Llei general de la Seguretat Social, aprovat per Reial decret legislatiu 1/1994, de 20 de juny. Un examen del sistema de protecció per desocupació ha permès identificar determinats col·lectius específics la protecció dels quals convé reforçar com són, entre altres, els més grans de quaranta-cinc anys sense responsabilitats familiars, així com els treballadors fixos discontinus. Per tot això, s'inclouen una sèrie de mesures per millorar la cobertura i protecció d'aquests col·lectius.

D'altra banda, entre els objectius compartits pels signants de l'Acord figura el de reforçar el sistema de la Inspecció de Treball i Seguretat Social per a millorar-ne l'eficàcia i l'eficiència. Per a fer això, s'articula en el Reial decret llei la necessària consulta i participació dels interlocutors socials en la definició dels objectius i programes de la Inspecció, en els àmbits estatal i autonòmic.

Finalment, per a potenciar la capacitat d'actuació del sistema nacional d'ocupació, s'inclou en el Reial decret llei l'establiment necessari d'un Pla global de modernització del servei públic d'ocupació estatal que garanteixi l'adequada coordinació amb els serveis públics d'ocupació autonòmics.

6. Les polítiques laborals de conciliació de la vida laboral i familiar

6.1. Delimitació normativa

En la protecció de la dona treballadora conflueixen mesures de diferent índole: des de les que tenen un matís laboral clar, la finalitat de les quals és acomodar el contracte de treball preexistent al procés biològic perquè quedin salvaguardats els interessos de la treballadora, fins a aquelles mesures, generalment articulades en normes de seguretat social, que pretenen garantir no només la preservació de la salut de la mare i del fill, sinó el nivell de recursos econòmics, això és, disminuir la pèrdua d'ingressos que es produeixi.

Pel que fa al nostre ordenament jurídic intern, la necessitat de conciliar la feina i la família, i per extensió, la protecció juridicolaboral de la dona treballadora, ha d'inserir-se des d'una perspectiva constitucional, en tres preceptes que operen com a sosteniment d'aquesta i que serien l'article 14 (dret a la igualtat davant de la llei i a la no-discriminació entre altres motius per raó de sexe), l'article 39.1 (deure dels poders públics d'assegurar la protecció social, econòmica i jurídica de la família) i l'article 9.2 de la CE (deure dels poders públics de promoure les condicions perquè la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups a què s'integra siguin reals, així com de remoure els obstacles que impedeixin o dificultin la participació d'aquests en la vida política, econòmica, cultural i social).

No és menys cert que la maternitat ha estat causa de tractaments desiguals al món de les relacions laborals, i es produeixen manifestacions de discriminació en tot el conjunt social. Com que la igualtat entre l'home i la dona ha estat un objectiu prioritari del dret del treball, en aquesta tendència s'han introduït progressivament modificacions en el tractament de la maternitat de la dona treballadora per a poder permetre a aquesta compatibilitzar la feina amb les necessitats de donar a llum.

Pel que fa a l'àmbit internacional, destaca el Conveni núm. 132 de l'OIT relatiu a la maternitat de la dona treballadora, i pel que fa a l'àmbit del dret comunitari, la maternitat i la paternitat, s'han recollit bàsicament en dues directives: la Directiva del Consell 92/85/CEE, de 19 d'octubre del 1992, relativa a la maternitat des del punt de vista de la salut i seguretat en el treball de la treballadora embarassada, que hagi donat a llum o en període de lactància. I la Directiva del Consell 96/34/CEE, de 3 de juny de 1996, sobre el permís parental i l'absència de la feina per a conciliar la vida professional i familiar i promoure la igualtat d'oportunitats i de tracte entre homes i dones.

La transposició a la legislació espanyola d'aquesta normativa ha portat a nombroses reformes legislatives internes que han culminat amb la Llei 39/99 en la qual s'aborden quatre temes crucials: intenta facilitar la participació dels treballadors en la vida familiar; intenta promoure més profundament la igualtat d'oportunitats entre homes i dones treballadores; intenta equilibrar els permisos per maternitat i paternitat perquè no es converteixin en un inconvenient per a l'accés de les dones a llocs de treball; i finalment intenta fer partícips els homes en la cura dels fills nomenats.

Tal com assenyala l'exposició de motius de la Llei 39/99 de 5 de novembre, "Para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", la incorporació de la dona al treball ha motivat un dels canvis socials més profunds d'aquest segle, fet que ha imposat configurar un sistema que prevegi les noves relacions socials sorgides i una nova manera de cooperació i compromís entre dones i homes que permeti un repartiment equilibrat de responsabilitats en la vida professional i en la privada.

Aquesta exigència s'ha imposat tant des del dret intern com des del dret comunitari i internacional. I és que, si bé la protecció per maternitat va destinada a totes les dones i concerneix la societat mateixa, a més té una significació especial per a aquelles dones que exerceixen una activitat professional, que tracta de garantir que la seva situació biològica no constitueixi un obstacle en la seva activitat professional.

Com indica l'exposició de motius, la Llei no només completa la transposició a la legislació espanyola de les directrius marcades per la normativa internacional i comunitària (superant en alguns casos els nivells mínims de protecció previstos en aquestes), sinó que també introdueix canvis legislatius en l'àmbit laboral perquè els treballadors puguin participar de la vida familiar, fent un nou pas en el camí de la igualtat d'oportunitats entre dones i homes.

La Llei de 1999 tracta de guardar un equilibri per a afavorir els permisos per maternitat i paternitat sense que això afecti les possibilitats d'accés a l'ocupació, les condicions del treball i l'accés a llocs de responsabilitat especial per a les dones. I paral·lelament es facilita que els homes puguin ser copartícips en la cura dels seus fills des del mateix moment del naixement o de la seva incorporació a la família.

6.2. La conciliació de la vida laboral i familiar com a causa d'interrupció del contracte de treball: els permisos retribuïts

a) El permís per a exàmens prenals³⁴

⁽³⁴⁾Pel que fa a les anomenades *interrupcions de la prestació laboral*, es pot assenyalar que hi ha vegades en què la prestació laboral queda interrompuda per la concurrència d'una causa determinada. Hi ha dos grans grups d'interrupcions: aquelles en què el treballador

no està disposat a fer la seva prestació, per la qual cosa la interromp voluntàriament, i aquelles en què el treballador sí que està disposat a fer la seva prestació, però no és possible. En ambdós tipus, el treballador manté el dret a cobrar el salari i aquí resideix la diferència entre la interrupció de la prestació de treball, davant les causes de suspensió previstes en l'article 45 de l'ET.

Una de les causes d'interrupció del contracte és el temps indispensable per a la realització d'exàmens prenatals i tècniques de preparació al part que s'hagin de fer dins de la jornada de treball.

b) El permís per lactància³⁵

⁽³⁵⁾L'art. 37.4 de l'ET també regula la interrupció de les treballadores per lactància (natural o artificial) d'un fill menor de nou mesos. En aquests casos, les treballadores tindran dret a una hora d'absència de la feina, que pot dividir en dues fraccions, i la dona, per la seva voluntat, podrà substituir aquest dret per una reducció de la jornada normal en mitja hora, amb la mateixa finalitat. D'aquest permís pot gaudir indistintament el pare o la mare, en cas que ambdós treballin. A més, segons l'article 37.6 de l'ET, la concreció horària del permís de lactància correspondrà al treballador, dins de la seva jornada ordinària, i en qualsevol cas, el treballador haurà de preavisar l'empresari amb 15 dies d'antelació, la data en la qual es reincorporarà a la seva jornada ordinària.

Les discrepàncies sorgides entre empresari i treballador sobre la concreció horària en el gaudi del permís per lactància es resoldran per la jurisdicció social a través d'un procés judicial preferent i urgent.

La Llei 12/2001 ha introduït un nou apartat 4 bis a l'article 37 de l'ET segons el qual, en els casos de naixement de fills prematurs o que, per qualsevol causa, hagin de romandre hospitalitzats a continuació del part, la mare o el pare tindran dret a absentar-se de la feina durant una hora. Així mateix podran reduir la seva jornada de treball fins un màxim de dues hores, amb la disminució proporcional del salari.

c) La reducció de jornada per guarda legal d'un menor, disminuït o per cura de familiars³⁶

⁽³⁶⁾L'article 37.5 i 6 de l'ET regula la possibilitat de reduir la seva jornada, que tenen els treballadors que tinguin a la seva cura directa algun menor de 6 anys o fins i tot minusvàlid físic, psíquic o sensorial, que no exerceixi cap altra activitat retribuïda. En aquests casos els treballadors tindran dret a una reducció de la seva jornada d'almenys un terç i com a màxim de la meitat de la mateixa, ara bé, tal reducció de la jornada determinarà una disminució proporcional del salari, amb la qual cosa aquesta causa s'allunya del règim general de les interrupcions.

El mateix dret tindrà qui necessiti encarregar-se de la cura directa d'un familiar, fins al segon grau de consanguinitat o afinitat, que, per raons d'edat, accident o malaltia no pugui valer-se per si mateix i que no exerceixi activitat retribuïda. La reducció de la jornada constitueix un dret individual dels treballadors, homes o dones. No obstant això, si dos o més treballadors de la mateixa empresa generessin aquest dret pel mateix subjecte causant, l'empresari podrà limitar-ne l'exercici simultani per raons justificades de funcionament de l'empresa. En qualsevol cas, la determinació del període de gaudi de la reducció de jornada correspondrà al treballador.

6.3. La conciliació de la vida laboral i familiar com a causa de suspensió del contracte de treball

a) La suspensió del contracte de treball per risc durant l'embaràs³⁷

⁽³⁷⁾En els supòsits de risc durant l'embaràs, la treballadora també té dret a una prestació de la Seguretat Social i la suspensió del contracte finalitzarà el dia que s'iniciï la suspensió del contracte per maternitat biològica o desaparegui la impossibilitat de la treballadora de reincorporar-se al seu lloc anterior o a un altre de compatible amb el seu Estat.

b) La suspensió del contracte de treball en els supòsits de part³⁸

⁽³⁸⁾L'article 45.1.d de l'ET es refereix a la "maternitat de la dona treballadora" i l'article 48.4 de l'ET assenyalava que en el supòsit de part, la suspensió tindrà una durada de 16

setmanes, que es gaudiran de manera ininterrompuda, ampliables en el supòsit de part múltiple en dues setmanes més per cada fill a partir del segon. El període de suspensió es distribuirà a opció de l'interessada sempre que sis setmanes siguin immediatament posteriors al part. En cas de mort de la mare, el pare podrà fer ús de la totalitat o, si és el cas, de la part que resti del període de suspensió. El precepte únicament exigeix que mori la mare i, per tant, és indiferent si la mare era o no treballadora, ja que l'objecte d'aquest període suspensiu és la cura del fill.

No obstant l'anterior, i sense perjudici de les 6 setmanes immediatament posteriors al part de descans obligatori per a la mare, en el cas que el pare i la mare treballin, aquesta, en iniciar-se el període de descans per maternitat, podrà optar perquè el pare gaudeixi d'una part determinada i ininterrompuda del període de descans posterior al part bé de manera simultània o successiva amb el de la mare, llevat que en el moment de la seva efectivitat la incorporació al treball de la mare suposi un risc per a la seva salut. Per tant, el pare pot gaudir d'aquest període quan la mare exerciti l'opció en favor de la suspensió del contracte del pare treballador. L'opció de qui ha de gaudir de la suspensió esmentada és exercitada per la mare en l'inici del període per maternitat.

A més, en els casos de part prematur i en aquells en què, per qualsevol altra causa, el neonat hagi de romandre hospitalitzat a continuació del part, el període de suspensió podrà computar-se, a instàncies de la mare o, en defecte seu, del pare, a partir de la data de l'alta hospitalària. S'exclouen d'aquest còmput les primeres sis setmanes posteriors al part, de suspensió obligatòria del contracte de la mare.

Es tracta d'un dret irrenunciable, reconegut amb independència de l'estat civil o la filiació del fill, del tipus de contracte de treball, del temps que faci que estiguin contractats els qui l'exercitin, del tipus de feina que es desenvolupi, etc. El fonament del reconeixement d'aquesta causa suspensiva rau en la delicada situació fisiològica en la qual, a causa del part, es col·loca la dona treballadora, així com a facilitar la cura del fill en els primers moments. Encara així, el cas de mort del fill, la dona té dret al descans obligatori de 6 setmanes. Aquesta previsió prové de l'article 3.2 del Conveni núm. 103 de l'OIT, relatiu a la protecció de la maternitat. Després de la suspensió hi ha un dret estricte a reprendre la feina al mateix lloc.

c) La suspensió del contracte de treball en els supòsits d'adopció o acolliment d'un menor de sis anys³⁹

⁽³⁹⁾En els supòsits d'adopció i acolliment, tant preadoptiu com permanent, de menors de fins a 6 anys, la suspensió tindrà una durada de 16 setmanes ininterrompudes, ampliable en el supòsit d'adopció o acolliment múltiple en dues setmanes més per cada fill a partir del segon, comptades a l'elecció del treballador, bé a partir de la decisió administrativa o judicial d'acolliment o d'adopció.

La suspensió serà també de 16 setmanes en els casos d'adopció o acolliment de majors de 6 anys quan es tracti de menors discapacitats o minusvàlids o que per les circumstàncies i les experiències personals, o pel fet de provenir de l'estranger, tinguin dificultats especials d'inserció social i familiar. En cas que el pare i la mare treballin, el període de suspensió es distribuirà a opció dels interessats, que podran gaudir-ne de manera simultània o successiva, sempre amb períodes ininterromputs i amb els límits assenyalats.

En els casos de gaudi simultani de períodes de descans, la suma d'aquests no podrà excedir de 16 setmanes previstes en tots els supòsits previstos abans, o de les que corresponguin en cas de part múltiple. A més, els períodes de descans podran gaudir-se en règim de jornada completa o a temps parcial, amb acord previ entre els empresaris i els treballadors afectats, en els termes que reglamentàriament es determinin.

En els supòsits d'adopció internacional, quan calgui el desplaçament previ dels pares al país d'origen de l'adoptat, el període de suspensió podrà iniciar-se fins quatre setmanes abans de la resolució per la qual es constitueix l'adopció.

Finalment, cal recordar que els contractes d'interinitat que es facin amb persones aturades per a substituir treballadors que tinguin suspès el seu contracte de treball durant els períodes de descans per maternitat, adopció i acolliment, tindran dret a una bonificació del 100% en les quotes empresarials de la Seguretat Social.

d) L'excedència per cura de fills i de familiars⁴⁰

⁽⁴⁰⁾L'article 46.3 de l'ET regula un supòsit d'excedència, per un termini no superior a 3 anys, reconeguda com a dret del treballador "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".

També tindran dret a un període d'excedència, de durada no superior a un any, llevat que s'estableixi una durada més llarga per negociació col·lectiva, els treballadors per a atendre a cura d'un familiar, fins al segon grau de consanguinitat o afinitat que per raons d'edat, accident o malaltia no pugui valer-se per si mateix i no exerceixi activitat retribuïda.

Ambdues excedències, constitueixen un dret individual dels treballadors, homes o dones. No obstant això, si dos o més treballadors de la mateixa empresa generessin aquest dret pel mateix subjecte causant, l'empresari podrà limitar-ne l'exercici simultani per raons justificades de funcionament de l'empresa. Segons el mateix article, quan un nou subjecte causant (i, per tant, els fills successius) donés dret a un nou període d'excedència, l'inici d'aquesta donarà fi al que, en el seu cas, s'hagués gaudit. Per tant, el naixement o l'adopció de cada fill obre un nou període d'excedència que posa fi al que es pogués estar gaudint.

Aquest tipus d'excedència té un màxim de 3 anys, i és de manera total o parcialment renunciable, ja que no es tracta d'un dret necessari, al contrari del que succeeix amb el descans postpart. Per tant, la renúncia pot produir-se tant retardant l'inici de l'excedència com anticipant-ne la conclusió. Per tant, i en el cas de naixement de fill, segons el tenor legal els tres anys comencen a comptar a partir del dia del part. Això no vol dir que l'excedència hagi de demanar-se immediatament després d'aquest (pot succeir que el treballador o la treballadora vulgui esgotar la suspensió per maternitat). Ara bé, si no es demana immediatament després d'aquest, a la durada màxima de 3 anys, caldrà descomptar el temps transcorregut, i per tant, la durada màxima serà més breu.

La cosa normal serà que l'excedència per cura de fills es demani en concloure la suspensió per maternitat. Però circumstàncies diverses de la vida familiar poden portar la petició i gaudi en un altre temps dins dels 3 anys comptadors des del naixement del fill. En qualsevol cas, i com que la llei imposa un període obligatori de descans posterior al part de 6 setmanes, el període d'excedència s'ha d'iniciar després de finalitzat l'esmentat període de descans obligatori.

Se sobreentén que en els casos d'adopció o acolliment el termini de 3 anys comença a comptar des de la data de la resolució administrativa o de la decisió judicial d'acolliment o adopció a elecció del treballador. Encara que algun autor ha assenyalat el contrari, atesos els termes taxatius de l'article 46.3 de l'ET. A més, els fills poden ser tant matrimonials com extramatrimonials. I en el cas de separació o divorci, el dret correspondrà a qui exerceixi la custòdia del fill.

El treballador té dret a la reserva de lloc de treball "durant el primer any". Durant aquest primer període s'està en una situació els efectes de la qual coincideixen exactament amb els de l'excedència forçosa; per tant, el treballador té dret a la reserva del seu lloc de treball i computa a efectes d'antiguitat. El dret a la reserva del lloc durant el primer any es compta a partir de l'inici del període d'excedència que, al seu torn, comença una vegada sol·licitada pel treballador i concedida per l'empresa, i no des de la data del naixement del fill. El reingrés durant el primer any, és automàtic, i no supeditat a l'existència de vacant. A més, ha de ser en la mateixa categoria, retribució i condicions anteriors, sense cap modificació substancial, com podria ser un canvi de torn.

Però si el període d'excedència és superior "la reserva quedarà referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente". Aquesta previsió de reserva és una mica més feble que la que hi ha durant el primer any, però alhora, més favorable que la reconeguda per a l'excedència voluntària, en la qual només es garanteix un dret preferent al reingrés en llocs de categoria igual o similar i no una reserva veritable. El que tanmateix no resol la llei és determinar quin és el lloc de treball que s'ha de reservar (si l'originari o si un altre del mateix grup professional o categoria equivalent), en cas que se sol·liciti una segona excedència a partir del segon any del naixement de la primera. La jurisprudència ha entès que el treballador pot renunciar a gaudir de la durada màxima de tres anys, però no a l'específica i privilegiada situació del primer any, en què manté la reserva del mateix lloc de treball.

Durant tot el període de temps en què el treballador roman en aquesta situació d'excedència, "li serà computable a efectes d'antiguitat". A més, es reconeix el treballador el dret "a l'assistència a cursos de formació professional, a la participació dels quals haurà de ser convocat per l'empresari, especialment a causa de la seva reincorporació." Encara que l'ET no digui res, sembla que, per analogia, la reincorporació haurà de produir-se dins del mes següent a l'acabament de l'excedència (com succeeix amb les excedències forçoses). La negativa al reingrés, és constitutiva d'acomiadament improcedent. Els empresaris poden substituir mitjançant contractes d'interinitat, els treballadors en excedència, i s'estableixen unes bonificacions en les quotes empresarials corresponents a la Seguretat Social tal com estableix la disposició addicional 14 de l'ET.

6.4. L'extinció del contracte de treball per a conciliar la vida laboral i familiar

L'acomiadament disciplinari serà declarat nul quan tingui com a mòbil alguna de les causes de discriminació prohibides a la CE o en la llei, o bé es produeixi amb violació de drets fonamentals i llibertats públiques del treballador. Serà nul l'acomiadament també en els supòsits següents:

- a) El dels treballadors durant el període de suspensió del contracte de treball per maternitat, risc durant l'embaràs, adopció o acolliment de l'article 45.1.d de l'ET, o el notificat en una data tal que el termini de preavís finalitzi dins del període esmentat.
- b) El de les treballadores embarassades, des de la data d'inici de l'embaràs fins a la del començament del període de suspensió del contracte, i la dels treballadors que hagin sol·licitat un dels permisos per maternitat de l'article 35.4 i 5 de l'ET, o si n'estan gaudint, o hagin sol·licitat l'excedència prevista en l'article 46.3 de l'ET.

Naturalment tot això serà d'aplicació, llevat que es declari la procedència de l'acomiadament per motius no relacionats amb l'embaràs o amb l'exercici del dret als permisos i excedències assenyalats. En cas que l'acomiadament nul s'hagi efectuat, a més, sense observar les formes exigides, no determina la primacia de la improcedència, sinó que preval la qualificació de nul·litat sobre la d'improcedència.

En cas de declaració de nul·litat, l'empresari està obligat a la readmissió immediata del treballador, amb pagament dels salaris deixats de percebre en els termes previstos per a l'acomiadament declarat improcedent i, per tant, amb pagament dels salaris deixats de percebre des de la data de l'acomiadament fins a la notificació de la sentència que declari la nul·litat de l'acomiadament, en la qual es fixaran els salaris esmentats. Si durant aquest període, el treballador hagués percebut prestacions per desocupació, l'entitat gestora deixarà de pagar-les i reclamarà les cotitzacions a la Seguretat Social efectuades, i l'empresari haurà d'ingressar a l'entitat gestora les quantitats percebudes pel treballador, deduint-les dels salaris deixats de percebre amb el límit de la suma d'aquests (nova redacció després del Decret llei 5/2002, de 24 de maig).

A més, si el treballador hagués trobat una altra feina anteriorment a la sentència i l'empresari en provés les percepcions, aquest les podrà descomptar dels salaris deixats de percebre. I durant tot aquest temps, l'empresari haurà de mantenir en alta al treballador en la Seguretat Social amb efectes des de la data de l'acomiadament i cotitzarà per aquell període, que es considerarà d'ocupació cotitzada a tots els efectes. Si s'opta per la readmissió, la relació laboral es restableix, ja que es considerava extingida.

L'acomiadament objectiu serà nul també en els supòsits següents:

- a) El dels treballadors durant el període de suspensió del contracte de treball per maternitat, risc durant l'embaràs, adopció o acolliment a l'article 45.1.d de l'ET, o el notificat en una data tal que el termini de preavis finalitzi dins del període esmentat.
- b) El de les treballadores embarassades, des de la data d'inici de l'embaràs fins a la del començament del període de suspensió del contracte, i la dels treballadors que hagin sol·licitat un dels permisos per maternitat de l'article 35.4 i 5 de l'ET, o si n'estan gaudint, o hagin sol·licitat l'excedència prevista a l'article 46.3 de l'ET. Naturalment tot això serà d'aplicació, llevat que, es declari la procedència de l'acomiadament per motius no relacionats amb l'embaràs o amb l'exercici del dret als permisos i les excedències assenyalats.

6.5. La conciliació de la vida laboral i familiar com a contingència protegida pel sistema de la Seguretat Social

- a) La prestació econòmica de la Seguretat Social per maternitat⁴¹

⁽⁴¹⁾Inicialment la maternitat estava inclosa en el règim de l'antiga incapacitat laboral transitòria; tanmateix, ha estat separada encertadament, en ser una contingència diferent, que mereix protecció superior. Es tracta d'una figura dirigida a la protecció de la maternitat, adopció o acolliment del fill, de manera que es permet que la mare, i, en circumstàncies determinades, el pare, puguin suspendre l'activitat laboral i dedicar-se exclusivament i durant un quant temps a l'atenció d'un nou fill. Per tant, es tracta també d'una institució de suport a la família com a bé constitucionalment protegit (article 39 de la CE).

La prestació per maternitat protegeix tant el fet de la maternitat en sentit propi com les situacions d'adopció i acolliment (preadoptiu i permanent), d'acord amb el que preveu l'article 48.4 de l'ET (article 113 bis del TRLGSS). Pel que fa a la durada del dret, quan sigui per naixement d'un fill, o bé quan es tracti d'una adopció o acolliment d'un menor de 6 anys, la suspensió té una durada de 16 setmanes ininterrompudes. En cas de part, adopció o acolliment múltiple, el termini de suspensió s'ampliarà dues setmanes més per cada fill a partir del segon. En cas d'acolliment o adopció de menors amb una edat superior a 6 anys es té dret al descans si les circumstàncies del menor (discapacitat, origen estranger, etc.), ho aconsellen.

Beneficiari de la prestació és el treballador o treballadora que gaudeixi del període corresponent de descans per maternitat, adopció o acolliment, d'acord amb el que preveu l'article 48.4 de l'ET, en els termes desenvolupats per un RD del 2001. És condició necessària el que el treballador estigui en situació d'alta o assimilada, i requisit addicional per a tenir dret al subsidi per maternitat és haver cobert un període de cotització d'almenys 180 dies els cinc anys immediatament anteriors al part o a les resolucions d'acolliment o adopció.

La prestació econòmica per maternitat consisteix en un subsidi del 100% de la base reguladora (que es calcula de manera idèntica que la d'incapacitat temporal per contingències comunes). El part múltiple i l'adopció o acolliment de més d'un menor genera un subsidi especial a partir del segon fill.

La prestació neix a partir de l'inici del descans, i se n'ha de formalitzar comunicació a través dels informes de pronòstic de part i de notificació del part, segons el cas, en el supòsit de maternitat, i de la resolució judicial o administrativa d'adopció o acolliment en tal cas. El dret al subsidi es perd o se suspèn quan el beneficiari actua fraudulentament, així com quan treballa durant el període de descans per compte propi o aliè (article 133

quinquies del TRLGSS). Naturalment també finalitza la prestació quan s'esgoten els períodes fixats legalment.

b) La prestació econòmica per risc durant l'embaràs.⁴²

⁽⁴²⁾Aquesta prestació apareix en un capítol específic del TRLGSS i és conseqüència de la suspensió contractual per risc durant l'embaràs estipulada en l'article 26.3 de l'LPRL. Aquesta situació dóna dret a la treballadora afectada a una prestació econòmica consistent en el 75% de la base reguladora aplicada per a determinar el subsidi per incapacitat temporal derivada de contingències comunes.

c) Les prestacions familiars per fill a càrrec.⁴³

⁽⁴³⁾La contingència coberta pel règim de protecció a la família (protecció garantida en general per l'article 39 de la CE) és la necessitat econòmica produïda en el subjecte protegit com a conseqüència de l'existència de responsabilitats familiars; el pressupòsit de la cobertura de la Seguretat Social d'aquestes situacions de necessitat o excés de despeses és l'existència de persones vinculades per llaços de parentiu i de dependència econòmica del subjecte protegit.

Les prestacions familiars es configuren avui en el nostre dret com a no contributives, i en depèn, per tant, la concessió no del fet d'haver cotitzat, sinó del concurs de la contingència familiar i de no superar certs nivells mòdics d'ingressos. Les prestacions per fill a càrrec estan regulades als articles 180 a 190 del TRLGSS, els quals coneixen una modalitat contributiva i una de no contributiva.

L'anomenada *modalitat contributiva de la prestació per fill a càrrec* no es tracta d'una prestació familiar finançada amb quotes (que és el que en sentit propi significa la contributivitat), sinó d'una cosa diferent: que el primer any d'excedència amb reserva de lloc de treball per cura de fill o altres familiars es considera com a període de cotització a efectes de meritjar certes prestacions (jubilació, incapacitat permanent, mort i supervivència i maternitat) tal com disposa l'article 180 del TRLGSS.

Pel que fa a la modalitat no contributiva, les prestacions familiars consistiran en: a) una assignació econòmica per cada fill menor de 18 anys o major d'edat però minusvàlid; b) una prestació econòmica de pagament únic a tant alçat per naixement o adopció de tercer o successius fills; i c) una prestació econòmica de pagament únic per part o adopció múltiples.

Pel que fa a la primera d'elles (l'assignació econòmica), la situació protegida és la despesa familiar que es deriva del manteniment dels fills menors o minusvàlids. Per tant, el fill que dóna lloc al naixement de la prestació ha de complir aquesta condició: ser menor de 18 anys o major, però minusvàlid, amb una minusvàlua de grau superior al 65%.

Pot tractar-se de fills acollits en règim de tutela o acolliment familiar preadoptiu o permanent que visqui amb el beneficiari i a les seves expenses. Aquest no perd la condició de fill o menor acollit a càrrec pel mer fet de fer una feina lucrativa, per compte propi o aliè, sempre que continuï convivint amb el beneficiari i que els seus ingressos salarials anuals no superin el 75% de l'SMI.

La minusvàlua haurà de ser valorada pels equips de valoració i orientació, dependents de l'Imsero, o si és el cas, pels òrgans corresponents de les comunitats autònomes a les quals s'haguessin transferit aquestes funcions i aquests serveis (a Catalunya, l'ICASS).

En principi, només un dels progenitors té dret a la prestació, la qual la TGSS merita mensualment i paga semestralment, llevat d'uns certs casos (minusvàlids més grans de 18 anys, en què la periodicitat és mensual).

Respecte de les prestacions per naixement o adopció d'un tercer fill o successius, la situació protegida és l'existència d'una família nombrosa com a conseqüència del naixement d'un nou fill, així com l'increment posterior d'aquesta. És per això que la prestació es lliga al naixement d'un nou fill, a partir del tercer. Són beneficiaris de la prestació tant el pare com la mare, així com qui legalment hagi de fer-se càrrec dels fills quan hagin estat abandonats o siguin orfes de pare i mare.

Els beneficiaris hauran de reunir els requisits següents: en el terreny contributiu n'hi ha prou amb l'afiliació i l'alta o percepció de prestació periòdica contributiva; en el terreny no contributiu, hi cal la residència en territori espanyol. L'import de la prestació és únic per a tots els beneficiaris i consisteix en una quantitat de pagament únic per cada fill natural o adoptat a partir del tercer. Només un dels progenitors, elegit de comú acord,

podrà ser beneficiari de la prestació, i prevaldrà la condició de qui s'integri a un règim de la Seguretat Social.

7. Polítiques laborals per a la protecció de la treballadora víctima de la violència de gènere

7.1. Delimitació normativa

La Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere enfoca la violència de gènere des d'un punt de vista integral i multidisciplinari. Com s'indica en l'exposició de motius, la violència de gènere no és un problema que afecti l'àmbit privat. Al contrari, es manifesta com el símbol més brutal de la desigualtat que hi ha en la nostra societat. Es tracta d'una violència que es dirigeix a les dones pel mateix fet de ser-ho, perquè són considerades, pels seus agressors, mancadades dels drets mínims de llibertat, respecte i capacitat de decisió.

L'article 15 de la nostra Constitució preveu el dret de tothom a la vida i a la integritat física i moral, sense que, en cap cas, ningú no pugui ser sotmès a tortures ni a penes o tractes inhumans o degradants. A més, continua la nostra carta magna, aquests drets vinculen tots els poders públics i només se'n pot regular l'exercici per llei.

L'Organització de les Nacions Unides, en la IV Conferència mundial de 1995, ja va reconèixer que la violència contra les dones és un obstacle a l'hora d'assolir els objectius d'igualtat, desenvolupament i pau, i viola i menyscaba el gaudi dels drets humans i les llibertats fonamentals. A més, la defineix àmpliament com una manifestació de les relacions de poder històricament desiguals entre dones i homes. Ja hi ha fins i tot una definició tècnica de la síndrome de la dona maltractada que consisteix en "les agressions patides per la dona com a conseqüència dels condicionants socioculturals que actuen sobre el gènere masculí i femení, que la situen en una posició de subordinació pel que fa a l'home i que es manifesten en els tres àmbits bàsics de relació de la persona: maltractament al si de les relacions de parella, agressió sexual en la vida social i assetjament al medi laboral".

En la realitat espanyola, les agressions sobre les dones tenen una incidència especial, i avui dia hi ha més consciència que en èpoques anteriors sobre aquest fet, gràcies, en bona mesura, a l'esforç realitzat per les organitzacions de dones que lluiten contra totes les formes de violència de gènere. Ja no és un "delicte invisible", sinó que produeix un rebuig col·lectiu i una alarma social evident.

Els poders públics no poden ser aliens a la violència de gènere, que constitueix un dels atacs més flagrants a drets fonamentals com la llibertat, la igualtat, la vida, la seguretat i la no-discriminació proclamats en la nostra Constitució. Aquests mateixos poders públics tenen, d'acord amb el que preveu l'article 9.2 de la Constitució, l'obligació d'adoptar

mesures d'acció positiva per a fer reals i efectius els esmentats drets, remouent els obstacles que impedeixen o en dificulten la plenitud.

La llei pretén atendre les recomanacions dels organismes internacionals en el sentit de donar una resposta global a la violència que s'exerceix sobre les dones. L'àmbit de la llei inclou tant els aspectes preventius, educatius, socials, assistencials i d'atenció posterior a les víctimes, com la normativa civil que incideix en l'àmbit familiar o de convivència en què principalment es produeixen les agressions, i també el principi de subsidiarietat a les administracions públiques. Igualment s'hi tracta amb decisió la resposta punitiva que han de rebre totes les manifestacions de violència que aquesta llei regula.

La llei enfoca la violència de gènere d'una manera integral i multidisciplinària, començant pel procés de socialització i educació. La conquesta de la igualtat i el respecte de la dignitat humana i la llibertat de les persones han de ser un objectiu prioritari en tots els nivells de socialització.

La llei estableix mesures de sensibilització i intervenció en l'àmbit educatiu. S'hi reforça, amb referència concreta a l'àmbit de la publicitat, una imatge que respecti la igualtat i la dignitat de les dones. S'hi dóna suport a les víctimes reconeixent drets com el de la informació, l'assistència jurídica gratuïta i d'altres de protecció social i suport econòmic. Dóna, per tant, una resposta legal integral que inclou tant les normes processals, que creen noves instàncies, com normes substantives penals i civils, que inclouen la formació corresponent dels agents sanitaris, policials i jurídics responsables d'obtenir proves i d'aplicar-hi la llei. S'hi estableixen igualment mesures de sensibilització i intervenció en l'àmbit sanitari per a optimitzar la detecció precoç i l'atenció física i psicològica de les víctimes, en coordinació amb altres mesures de suport.

Les situacions de violència sobre la dona també afecten els menors que hi ha dins de l'entorn familiar, víctimes directes o indirectes d'aquesta violència. La llei també preveu protegir-los, no només per a tutelar els drets dels menors, sinó per a garantir de manera efectiva les mesures de protecció adoptades pel que fa a la dona.

La llei s'estructura en un títol preliminar, cinc títols, vint disposicions addicionals, dues disposicions transitòries, una disposició derogatòria i set disposicions finals. Pel que interessa aquí, l'esmentada llei estableix mesures de protecció en l'àmbit social, que modifiquen l'Estatut dels treballadors, per a justificar les absències del lloc de treball de les víctimes de la violència de gènere, possibilitar-ne la mobilitat geogràfica, la suspensió amb reserva del lloc de treball i l'extinció del contracte.

En un sentit idèntic, s'hi preveuen mesures de suport a funcionàries públiques que pateixin formes de violència com les que combat aquesta llei, que modifiquen els preceptes corresponents de la Llei 30/1984, de 2 d'agost, de mesures per a la reforma de la funció pública.

S'hi regulen, igualment, mesures de suport econòmic, que modifiquen la Llei general de la Seguretat Social, perquè les víctimes de la violència de gènere generin el dret a la situació legal de desocupació quan resolguin o suspenguin voluntàriament el seu contracte de treball.

Per a garantir a les víctimes de violència de gènere que no tinguin recursos econòmics uns ajuts socials, en aquells casos en què s'estimi que la víctima, a causa de l'edat, la

manca de preparació general especialitzada i d'altres circumstàncies socials, no en millorarà de manera substancial l'ocupabilitat, s'hi preveu que es pugui incorporar al programa d'acció específic creat amb aquesta finalitat perquè aconseguixi la inserció professional. Aquests ajuts, que es modularan d'acord amb l'edat i les responsabilitats familiars de la víctima, tenen com a objectiu fonamental facilitar-li uns recursos mínims de subsistència que li permetin independitzar-se de l'agressor; els esmentats ajuts seran compatibles amb els previstos en la Llei 35/1995, d'11 de desembre, d'ajuts i assistència a les víctimes de delictes violents i contra la llibertat sexual.

En aquesta llei hi ha una intenció de transversalitat, en què es tracten diferents aspectes lligats a la violència domèstica: el penal, el civil, el publicitari, l'administratiu, el social, entre d'altres. Prova d'això és que l'article 2 de la llei, entre els principis rector corresponents, esmenta expressament el fet de garantir el principi de transversalitat de les mesures, de manera que, en aplicar-les, es tinguin en compte les necessitats i les demandes específiques de totes les dones víctimes de la violència de gènere.

La llei dissenya un programa integral, transversal i multidisciplinari, que pretén oferir a les víctimes d'aquest tipus de violència una protecció que inclogui totalment totes les seves necessitats, en repari tots els perjudicis i possibiliti que es recuperi psíquicament i socialment, i el que és encara més important: prepari tota la societat pel que fa a la sensibilització i la prevenció davant d'aquestes agressions.

L'àmbit d'aplicació de la llei comprèn totes les dones víctimes de violència, amb independència de les dades d'identitat personals o de qualsevol altra circumstància personal o social. De fet, la llei assenyala expressament que els drets que es reconeixen a les víctimes ho són amb independència de l'origen; inclou, per tant, en l'àmbit protector corresponent, un subcol·lectiu important constituït per les dones immigrants.

De fet, el destinatari de la llei són les dones víctimes de violència, que necessiten, per a protegir-se i recuperar-se psicossocialment, tota una sèrie d'atencions especials i recursos que, amb caràcter general, cap llei no garanteix a favor del conjunt de la població.

El títol II de la llei desenvolupa el contingut dels drets reconeguts a les dones víctimes de violència, en tres blocs:

- a) els drets d'informació, assistència social integral i assistència jurídica gratuïta;
- b) els drets laborals i de Seguretat Social, tant per a les treballadores per compte d'altri com per a funcionàries;
- c) els drets econòmics.

Davant del mercat de treball, la dona víctima es pot trobar en una d'aquestes situacions:

- a) en actiu, prestant els seus serveis a un empresari privat per mitjà d'un contracte de treball;

- b) en actiu, vinculada funcionalment a una administració pública;
- c) en actiu, com a treballadora per compte propi;
- d) fora del mercat, com a aturada o per raons d'edat o invalidesa.

I per a totes aquestes situacions, la llei dissenya un conjunt de drets per a fer efectives les finalitats que s'hi preveuen. Amb caràcter introductori, es pot afirmar que hi ha els drets següents:

a) Drets laborals de la treballadora víctima de la violència de gènere.⁴⁴

⁽⁴⁴⁾Dret a reduir-ne el temps de treball, dret a reordenar-ne el temps de treball, dret a canviar de centre de treball, dret a suspendre el contracte de treball, dret a extingir el contracte de treball, dret a absències injustificades a la feina.

b) Drets en matèria de Seguretat Social de la treballadora víctima de la violència de gènere⁴⁵

⁽⁴⁵⁾Dret a accedir a les prestacions per desocupació després d'exercir els drets a suspendre el contracte de treball o extingir-lo; dret com a demandant d'ocupació a incloure's en programes específics d'ocupació.

Per a aconseguir aquesta finalitat, la Llei 1/2004 introdueix diverses modificacions legislatives: la disposició addicional 7a. altera l'Estatut dels treballadors; la 8a., la Llei general de la Seguretat Social; i la 9a. afecta la Llei de reforma de la funció pública.

7.2. Polítiques protectores en matèria de reducció de jornada i reordenament del temps de treball

S'introdueix un nou apartat 7 en l'article 37 de la Llei de l'Estatut dels treballadors, amb el contingut següent:

"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."

Aquests drets es podran exercitar en els termes que en aquests casos concrets s'estableixin en els convenis col·lectius o en els acords entre l'empresa i els representants dels treballadors, o segons l'acord entre l'empresa i la treballadora afectada. Si no hi hagués acord, correspondrà a la treballadora concretar aquests drets, i s'hi aplicaran les regles relatives a la resolució de discrepàncies. Per tant, la treballadora pot: bé reduir la jornada amb disminució proporcional del salari, bé reordenar el temps de treball per mitjà de l'adaptació de l'horari als seus interessos personals, bé totes dues coses. Però sobre això es poden fer les precisions següents:

- En primer lloc, cal precisar una qüestió pel que fa als drets esmentats, ja que s'hi assenyala que es podran exercitar en els termes que en aquests casos concrets estableixin els convenis col·lectius o els acords entre l'empresa i els representants dels treballadors, o segons l'acord entre l'empresa i la treballadora afectada. Només si no n'hi hagués, s'hi preveu que la concreció d'aquests drets correspongui a la treballadora.
- En segon lloc, en cas que hi hagi discrepàncies a l'hora de delimitar la concreció horària i el període de gaudi dels drets previstos, els convenis col·lectius podran arbitrar fórmules de solució de les discrepàncies, si bé en última instància la solució tindrà lloc davant dels tribunals de justícia, mitjançant un procés en què es discuteix la concreció horària.

Amb això es pot dificultar que es pugui exercir algun dret, per la qual cosa no sembla correcte en aquest cas remetre-ho a la negociació col·lectiva. La negociació col·lectiva s'empra com a mecanisme de limitació de l'exercici del dret per part de la treballadora. Potser hauria estat més correcte el fet que la concreció horària i la determinació del període de gaudi de la reducció de jornada correspongués exclusivament a la treballadora. A més, la norma no preveu el dret de tornar a fer jornada completa o simplement treballar més hores.

7.3. Polítiques protectores en matèria de mobilitat geogràfica

La Llei 1/2004 introdueix un nou apartat 3 bis en l'article 40 de l'ET, en què es prescriuen les indicacions següents:

"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 trasllat o el canvi de centre de treball tindran una durada inicial de sis mesos, durant els quals l'empresa tindrà l'obligació de reservar el lloc de treball que anteriorment ocupava la treballadora. Acabat aquest període, la treballadora podrà optar entre tornar al seu lloc de treball anterior o continuar en el nou. En aquest últim cas, decaurà l'esmentada obligació de reserva.

Sigui com sigui, la previsió normativa pot ser objecte de diverses crítiques:

- En primer lloc, s'hi parla d'un dret preferent, condicionat al fet que hi hagin vacants corresponents a un grup professional o una categoria equivalent, la qual cosa implica que no sempre es podrà canviar de localitat.
- En segon lloc, és essencial que l'empresari compleixi el deure d'informar sobre les vacants que hi hagi, ja que, altrament, la treballadora haurà de

Contingut complementari

Convé recordar que la treballadora pot canviar de centre de treball, sense que això impliqui haver de canviar de residència, i que també pot canviar de centre i haver de canviar de residència.

fer una tasca d'investigació que pot ser complicada; és per això que hagués estat convenient establir-hi mecanismes coercitius (sancions en la LISOS), per si l'empresari incompleix aquesta obligació.

7.4. Polítiques protectores en matèria de suspensió del contracte de treball

La Llei 1/2004 introdueix una nova causa de suspensió del contracte de treball en l'article 45.1.n de l'ET, que reconeix que el contracte es podrà suspendre: per decisió de la treballadora que es vegi obligada a abandonar el seu lloc de treball com a conseqüència de ser víctima de violència de gènere.

Però l'exercici d'aquest dret es materialitza en un nou apartat 6è. de l'article 48 de l'ET, en què s'estableix que el temps de suspensió serà fins a 6 mesos, si bé l'esmentat termini es podrà prorrogar pel jutge i per períodes de 3 mesos addicionals i fins als 18, si, a causa de les actuacions de tutela judicial, resultés que l'efectivitat del dret de protecció requerís que es continués protegint la víctima.

Els problemes sorgeixen si la víctima decideix fer una pròrroga de la suspensió del seu contracte superior als 6 mesos. En aquests casos s'exigeix una resolució judicial, però la llei no esmenta expressament quin jutge serà l'encarregat de fer-ho (si el jutge de l'ordre social o el de violència de gènere), encara que sembla que hauria de ser el jutge social.

En qualsevol cas, per a exercir aquests dret s'exigeix que hi hagi una ordre de protecció expedida pel jutge de violència o, si s'escau, l'informe del Ministeri Fiscal.

7.5. Polítiques protectores en matèria d'extinció del contracte de treball

a) En matèria d'extinció voluntària del contracte de treball⁴⁶

⁽⁴⁶⁾La primera gran incidència és que la llei introdueix una nova causa d'extinció del contracte de treball en l'article 49.1.m de l'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". Sobre això es poden fer diverses matisacions:

En primer lloc, sembla que no s'exigirà que hi hagi el preavís que s'exigeix legalment per a la dimissió del treballador, ja que, atesa la gravetat que acompanya la situació personal de la treballadora, no ha de ser exigible el preavís habitual.

En segon lloc, la llei introdueix una nova causa d'extinció en l'ET, però no hi fa cap referència a una indemnització o compensació possible que se'n derivi. Doncs bé, quan la dona es vegi compel·lida a abandonar el seu lloc de treball per ser víctima de violència, en realitat està rescindint el vincle per raó d'una causa de força major que incideix en el compliment de les seves obligacions contractuals, per la qual cosa es pot entendre que queda eximida d'haver d'indemnitzar l'empresari pels danys i perjudicis que hagués pogut causar.

b) En matèria d'acomiadaments per causes objectives.⁴⁷

⁽⁴⁷⁾La segona gran incidència és que s'ha donat una nova redacció a l'article 52.d de l'ET, que estableix que no es consideraran com a faltes d'assistència, a efectes de computar les faltes a la feina que justifiquen l'adopció d'un acomiadament objectiu: "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". Sobre això es poden fer algunes precisions:

La primera és que, com s'acaba d'indicar, amb la nova redacció donada a l'article 52.d de l'ET, aquestes absències no es consideren per al còmput de l'absentisme que justifica un acomiadament objectiu. Per tant, si bé l'absentisme és una causa d'acomiadament objectiu, per al còmput d'aquest s'exclouen les absències derivades de violència de gènere.

Una altra precisió és que la Llei 1/2004 insisteix que les absències o faltes de puntualitat a la feina motivades per la situació física o psicològica derivada de la violència de gènere, es consideraran justificades, quan així ho determinin els serveis socials d'atenció o els serveis de salut, segons s'escaigui, sense perjudici que les absències esmentades siguin comunicades per la treballadora a l'empresa tan aviat com pugui.

Per tant, com a conseqüència de reconèixer el dret aquestes absències i impuntualitats, aquestes no podran considerar-se injustificades per a acomiadar disciplinàriament la dona víctima de la violència de gènere. Serà en aquests casos la necessitat de l'atenció social la causa que justifiqui les absències o impuntualitats a la feina. Però, per a fer això, seran rellevants els possibles justificants d'absència que expedixin els serveis socials d'atenció a la víctima.

c) En matèria de qualificació dels acomiadaments⁴⁸

⁽⁴⁸⁾La tercera gran incidència és que la Llei de protecció contra la violència domèstica, també ha introduït una modificació a l'article 55.b de l'ET, en assenyalar que serà nul l'acomiadament "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". Sobre això es poden fer certes precisions: El que protegeix la llei és la treballadora víctima de la violència per l'exercici dels drets laborals reconeguts en la Llei 1/2004, de manera que si és acomiadada per aquest motiu, en exercitar aquests drets, aquest acomiadament s'ha de qualificar de nul. Quedaria llavors per resoldre l'acomiadament de la treballadora víctima de violència de gènere que no exercités algun d'aquests drets. Encara que no se'n digui res en la Llei, aquest acomiadament seria discriminatori per raó de sexe.

7.6. Polítiques protectores en matèria de Seguretat Social

En matèria de Seguretat Social, les mesures adoptades per la Llei 1/2004 afecten bàsicament les següents situacions:

- En primer lloc, considerar com a període de cotització efectiva el temps en què la treballadora té suspès el seu contracte de treball com a conseqüència de ser víctima de la violència de gènere.
- En segon lloc, el dret de les treballadores víctimes de la violència domèstica a accedir a les prestacions per desocupació després de l'exercici dels seus drets a suspendre o extingir el contracte de treball.

En matèria de suspensió del contracte de treball, la norma introdueix un temps inicial de suspensió, i la víctima està des d'aquell moment en situació de desocupació, al qual tindria accés d'acord amb l'article 208.1.e de la LGSS segons la nova versió donada a aquesta norma per la Llei 1/2004.

En matèria d'extinció del contracte de treball, la treballadora que extingeixi voluntàriament el seu contracte de treball, sí que tindrà dret a accedir a la prestació per desocupació, tal com es preveu en la nova redacció de l'article 208.1.e de la LGSS.

En tercer lloc la treballadora tindrà dret, com a demandant d'ocupació, a la seva inclusió en programes específics d'ocupació. En l'actualitat aquest dret es materialitza en un reglament que regula el programa de renda activa d'inserció per a aturats amb dificultats per a trobar feina.

Resum

El sistema capitalista sorgit amb la Revolució Industrial es va caracteritzar per les condicions paupèrrimes de vida i de treball dels treballadors industrials. El dret del treball va reaccionar, en un primer moment, protegint els col·lectius més necessitats de tutela, i creant, a poc a poc, un entramat jurídic en què el contracte de treball feia un paper crucial. De la mateixa manera que el dret del treball va aparèixer originalment amb una funció tuitiva i compensadora de desigualtats, les normes internacionals laborals poden complir aquesta mateixa funció tuitiva en l'actualitat davant de fenòmens com la immigració.

Tanmateix, les últimes reformes de l'ordenament laboral espanyol han adoptat un model que, en línies generals, els laboralistes han qualificat de regressiu, quant al fet que deixa de tutelar la part contractant més feble. En són bons exemples els fenòmens d'evasió del dret del treball, que s'han produït arran de les últimes reformes laborals. Això contrasta amb el que es va qualificar a la dècada dels anys vuitanta com la força expansiva del dret del treball, i que s'havia produït, bàsicament, per via jurisprudencial, en incloure-hi, dins de l'àmbit de l'ordenament laboral, alguns col·lectius que reclamaven protecció.

Quant a l'ingrés al món del treball, s'hi han produït canvis importants des de l'any 1994. La ruptura del monopoli públic de l'antic Inem (ara servei públic d'ocupació estatal) i la legalització de les agències de col·locació sense ànim de lucre ha implicat que la iniciativa privada entri en la mediació al mercat laboral. Tanmateix, l'activitat de mediació és diferent de l'activitat de cessió de treballadors, pròpia de les empreses de treball temporal, la finalitat de les quals és posar a disposició de les empreses usuàries treballadors contractats per aquestes empreses temporals. I per això disten bastant de poder-les considerar un mecanisme de política d'ocupació.

Entorn de la flexibilitat es juga amb una contradicció d'interessos entre treballadors i empresaris, que té un caràcter estructural i, per tant, permanent. És per això que la flexibilitat en les relacions laborals no pot ser entesa com un mecanisme de resposta a determinades circumstàncies conjunturals com ara la crisi econòmica.

L'empresari sempre estarà interessat a obtenir un màxim de flexibilitat a l'hora de gestionar els recursos humans, ja que és un instrument útil per a executar l'optimització dels beneficis. Per contra, el treballador, que depèn del seu salari com a mitjà de subsistència, sempre estarà interessat a obtenir un màxim de continuïtat i de seguretat jurídica en la relació laboral: li interessarà que tingui una durada indefinida, una jornada de treball estable i a temps complet, una remuneració garantida o amb elements d'incertesa limitats, etc.

Per tant, la flexibilitat és una cosa que interessa als empresaris i no als treballadors. Però és que, a més, el recurs d'una flexibilitat extrema pot resultar contraproductiu per als mateixos empresaris, perquè pot produir efectes induïts perversos, com ara la desqualificació del treballador, la desidentificació amb l'empresa, etc.

Davant d'aquesta contradicció d'interessos, que té un caràcter permanent, els poders públics han d'elaborar un punt d'equilibri i han d'actuar sota dos paràmetres: el primer és la competitivitat del sistema econòmic al mercat internacional; però el segon d'aquests paràmetres és la necessitat que tota mesura flexibilitadora sigui compatible amb els principis constitucionals, i amb l'estat social de dret, i, per tant, els poders públics no hauran d'adoptar-les quan contribueixin a convertir el dret del treball en un ordenament que accentui les desigualtats en lloc de compensar-les.

Actualment, la revolució tecnològica, amb l'arribada de la informàtica, la globalització dels mercats, la descentralització accentuada productiva i la tendència a l'externalització es configuren com els principals factors de transformació del món de la producció que han contribuït tant a la pèrdua de centralisme de les grans empreses, com a la terciarització progressiva de l'activitat empresarial, això és, s'ha passat d'un sistema de producció preferentment industrial a un altre de serveis, entossudit en treballadors destinats a activitats de creació, elaboració i distribució d'informació.

Ara bé, s'hauria de relativitzar l'impacte social que té el desenvolupament de la societat de la informació sobre el dret del treball, pel que fa al naixement d'un nou tipus de treballador que desplaci l'*homo faber* tradicional. N'hi ha prou d'observar només un dia quotidià per a comprovar els treballadors amb què qualsevol de nosaltres pot entrar en contacte des que surt de casa seva fins que hi torna, i comprovar quants s'assemblen al treballador clàssic que hem conegut fins als nostres dies i quants en responen al nou prototipus de treballador.

Quant a les polítiques de conciliació de la vida laboral i familiar, es pot criticar l'aportació escassa que han implicat en el canvi necessari de rols d'home i dona pel que fa al tema de la feina. Les millores que hi introdueix la Llei 39/99 són puntuals i molt centrades en els aspectes d'interrupció o reducció de la jornada laboral, però, malgrat això, cap de les novetats no modifica l'òptica de la dona treballadora amb mesures d'acció positiva, que millorin les perspectives professionals de la dona treballadora després d'interrompre la seva vida laboral a causa de les responsabilitats familiars i professionals, o potenciant realment que els homes assumeixin les feines de la llar.

D'altra banda, la norma analitzada manca de nous suports econòmics a les feines de la dona, llevat de la nova prestació de Seguretat Social per risc durant l'embaràs. La bonificació de les quotes empresarials als empresaris que facin

contractes d'interinitat per raó de maternitat no és un ajut econòmic directe a la dona, sinó a l'empresari, mitjançant el qual es pretén reduir el cost que implica la suspensió del contracte.

A més, potser la crítica més important que es pot fer a aquesta llei rau, no en allò que va poder fer i no va fer, sinó en el que fa, ja que, malgrat que la major part de les normes tenen com a destinataris l'home i la dona, i abandonen criteris sexistes, el legislador enfoca de fons el tema de la conciliació de la vida familiar com un tema que afecta exclusivament la dona, més que no com un tema de coresponsabilitat en què homes i dones assumeixen igualment els rols familiars domèstics.

La Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere enfoca aquest tipus de violència des d'un punt de vista integral i multidisciplinari. Hi ha en aquesta llei un ànim de transversalitat, en què es tracten diferents aspectes lligats a la violència domèstica: el penal, el civil, el publicitari, l'administratiu, el social, entre d'altres.

Aquesta llei dissenya un programa integral, transversal i multidisciplinari, que pretén oferir a les víctimes d'aquest tipus de violència una protecció que inclogui totalment totes les seves necessitats, en repari tots els perjudicis i possibiliti que la víctima es recuperi psíquicament i socialment, i el que és més important encara: prepari tota la societat pel que fa a la sensibilització i la prevenció davant d'aquestes agressions.

Activitats

1. Relacioneu els orígens històrics del dret del treball amb el context actual de globalització econòmica.
2. Quina és la diferència entre el model anglosaxó i el model nòrdic d'intervenció de l'Estat en el mercat de treball?
3. En quins passatges de la Llei 4/2000 es pot detectar un model de regulació del fenomen de la immigració basat en el control dels fluxos migratoris?
4. On es poden detectar les mancances més rellevants quant a la regulació del teletreball?
5. En què es diferencia una empresa de treball temporal d'una agència de col·locació? Quina d'aquestes empreses us sembla que exerceix un paper actiu pel que fa a l'increment dels índexs d'ocupació?
6. Relacioneu el foment de la contractació temporal amb la disminució de la taxa d'atur.
7. Expliqueu la funció que té el fet de reduir el temps de treball en les polítiques actives d'ocupació. Vinculeu-ho amb el treball a temps parcial i expliqueu-ne les diferències. Quina d'aquestes dues mesures opineu que és la més adequada per a incentivar que la dona s'integri en el mercat de treball?
8. Expliqueu si hi ha cap connexió entre la flexibilització de l'acomiadament i l'increment de la taxa d'ocupació.

Autoavaluació

1. L'Estatut dels treballadors no preveu cap permís per a assumptes personals. Si un conveni col·lectiu hi preveïés dos dies, quina relació hi hauria entre llei i conveni?
 - a) D'exclusió.
 - b) De suplementarietat.
 - c) De complementarietat.
 - d) De supletorietat.
2. El model continental d'intervenció de l'Estat en el mercat de treball es caracteritza per...
 - a) la desregulació normativa.
 - b) la individualització de les relacions laborals.
 - c) un intervencionisme estatal alt.
 - d) l'abstencionisme estatal.
3. L'Organització Internacional del Treball neix l'any...
 - a) 1929.
 - b) 1958.
 - c) 1938.
 - d) 1919.
4. L'Acord europeu sobre teletreball de l'any 2002 preveu per al teletreballador...
 - a) drets en matèria de salut laboral.
 - b) dret a jubilar-se anticipadament.
 - c) dret a un treball a temps parcial.
 - d) dret a un ordinador proporcionat per l'empresa.
5. La primera etapa de construcció europea, des del Tractat de Roma del 1957 fins als anys vuitanta aproximadament, es caracteritza per...
 - a) la preocupació de la Unió Europea per la política d'ocupació.
 - b) la intervenció europea en totes les qüestions socials.
 - c) la no-intervenció de la Unió Europea en matèria social.
 - d) la promulgació de directives que prohibeixen la discriminació en l'ocupació per motius de raça, ètnia, sexe, religió, ideologia i orientació sexual.
6. L'exclusió dels transportistes –article 1.3.g ET– que va dur a terme la reforma de l'any 1994 ha estat considerada...
 - a) un fenomen de força expansiva del dret del treball.
 - b) un fenomen d'evasió del dret del treball.
 - c) un supòsit de *vis attractiva* del dret del treball.
 - d) una relació laboral de caràcter especial.
7. Els estrangers, segons la Llei 8/2000, tenen dret de vaga i a manifestar-se en els casos següents:
 - a) Sempre.
 - b) Mai.
 - c) Quan es nacionalitzin ciutadans comunitaris.
 - d) Quan resideixin legalment a Espanya.

8. Les funcions de mediació en el mercat de treball són exercides per l'entitat o les entitats següents:

- a) El servei públic d'ocupació.
- b) El servei públic d'ocupació i les empreses de treball temporal.
- c) Les agències de col·locació i el servei públic d'ocupació.
- d) Les agències de col·locació i les empreses de treball temporal.

9. Les agències de col·locació...

- a) poden ser públiques o privades.
- b) poden tenir ànim de lucre.
- c) poden funcionar sense autorització administrativa prèvia.
- d) cap de les opcions anteriors no és correcta.

10. Les empreses de treball temporal...

- a) dirigeixen i controlen l'activitat del treballador que es posa a disposició.
- b) paguen el salari i la Seguretat Social del treballador que es posa a disposició.
- c) són responsables del recàrrec de prestacions quan es produeix un accident de treball o una malaltia professional.
- d) no tenen cap vincle contractual amb el treballador que es posa a disposició.

11. En cas de part, el període de suspensió es distribuirà...

- a) a opció de la interessada.
- b) 10 setmanes abans del part i 6 setmanes després.
- c) La *a* és certa, sempre que 6 setmanes siguin immediatament anteriors al part.
- d) La *a* és certa, sempre que 6 setmanes siguin immediatament posteriors al part.

12. La reducció de jornada de treball i salari per guarda legal serà...

- a) mínim $\frac{1}{4}$, màxim $\frac{1}{2}$.
- b) mínim $\frac{1}{3}$, màxim $\frac{1}{2}$.
- c) mínim $\frac{1}{6}$, màxim $\frac{1}{2}$.
- d) No està establert legalment un límit màxim ni mínim.

13. L'excedència per cura de familiars fins al segon grau, per raons d'edat, tindrà una durada...

- a) de 3 anys.
- b) de 2 anys.
- c) d'1 any.
- d) En tot cas, dependrà del conveni col·lectiu aplicable.

14. Pel naixement d'un fill, la mare podrà cedir al pare, en iniciar-se el període de descans per maternitat...

- a) un màxim de 10 setmanes.
- b) un màxim de 4 setmanes.
- c) un mínim de 10 setmanes.
- d) un màxim de 16 setmanes.

15. L'excedència per cura de fills aollits o adoptats té una durada no superior a...

- a) tres anys, a comptar del naixement del fill, en tot cas.
- b) tres anys, a comptar de la data de la resolució administrativa o judicial.
- c) un any, a comptar del naixement del fill, en tot cas.
- d) un any, a comptar de la data de la resolució administrativa o judicial.

16. Quan s'acomiadi una treballadora embarassada de 6 mesos, l'acomiadament serà...

- a) irregular.
- b) improcedent.
- c) nul.
- d) nul, llevat que es declari que l'acomiadament és improcedent per raons no relacionades amb l'embaràs.

Solucionari

Autoavaluació

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)

Abreviatures

Ar. *m* Referència del repertori jurídic Aranzadi

art. *m* Article

BOE *m* *Butlletí Oficial de l'Estat*

CC.OO. *fpl* Comissions Obreres

CE *f* Constitució espanyola

CEOE *f* Confederació Espanyola d'Organitzacions Empresariales

CEE *f* Comunitat Econòmica Europea

CEEP *f* Centre Europeu de l'Empresa Pública

CEPIME *f* Confederació Espanyola de Petites i Mitjanes Empreses

CES *f* Confederació Europea de Sindicats

DOCE *m* *Diari Oficial de les Comunitats Europees*

ET *m* Estatut dels treballadors

ETT *f* Empresa de treball temporal

Inem *m* Institut Nacional d'Ocupació

LO *f* Llei orgànica

OIT *f* Organització Internacional del Treball

RD *m* Reial decret

STC *f* Sentència del Tribunal Constitucional

STS *f* Sentència del Tribunal Suprem

TA *m* Tractat d'Amsterdam

TR *m* Tractat de Roma

UE *m* Unió Europea

UEAPME *f* Unió Europea de l'Artesanat i de les Petites i Mitjanes Empreses

UNICE *f* Unió d'Indústries de la Comunitat Europea

UGT *f* Unió General de Treballadors

Glossari

acomiadament *m* Decisió unilateral adoptada per l'empresari, en virtut de la qual dóna per extingit un contracte de treball. En el nostre dret ha de ser sempre causal, és a dir, no és vàlid l'acomiadament lliure. Les categories més comunes són les d'acomiadament disciplinari i acomiadament econòmic.

contracte de treball *m* Negoci jurídic pel qual un treballador passa a prestar els seus serveis a un empresari, subjectant-se al seu poder de direcció i en canvi d'una retribució. Les condicions de treball més significatives són la jornada i el salari, encara que n'hi ha d'altres d'importants (règim disciplinari, vacances, etc.). El contracte pot ser objecte de modificacions i d'extinció.

conveni col·lectiu *m* Acord fet entre els representants dels treballadors o els sindicats, d'una banda, i els representants dels empresaris o patronals, d'una altra, amb què es pretén regular les condicions de treball en un àmbit determinat. És el resultat de la negociació col·lectiva, que és, al seu torn, un dret constitucional.

directiva *f* Norma comunitària de dret derivat que obliga els Estats membres a assolir uns objectius, i que els permet llibertat quant als mitjans i els instruments per a accedir-hi.

empresa de treball temporal *f* Empresa l'activitat de la qual consisteix a posar a disposició d'una altra empresa (denominada usuària), amb caràcter temporal, treballadors contractats per aquesta.
sigla: ETT

Estatut dels treballadors *m* Llei reguladora dels drets i les obligacions d'una categoria de ciutadans, que són els treballadors que presten els seus serveis retribuïts per compte d'altri i dins de l'àmbit d'organització i direcció d'una altra persona anomenada empresària.

ETT *f* Vegeu **empresa de treball temporal**.

mediació en el mercat *f* Fenomen que té lloc quan els subjectes legalment autoritzats (Inem i agències de col·locació sense ànim de lucre) posen en contacte l'oferta amb la demanda de treball.

reglament *m* Norma comunitària de dret derivat, que té eficàcia directa i és d'observança obligatòria per als Estats membres de la Unió Europea un cop s'ha publicat en el Diari Oficial de les Comunitats Europees (DOCE).

treballador -a *m i f* Persona que voluntàriament presta els seus serveis retribuïts per compte d'altri i dins de l'àmbit d'organització i direcció d'una altra persona, física o jurídica, denominada ocupador o empresari.

Bibliografia

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).

Diversos autores (2006). *La reforma laboral de 2006*. Valladolid: Lex Nova.

Diversos autores (2006). *Aspectos puntuales de la reforma laboral de 2006*. Sevilla: Laborum.

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.

