


CRÍTICA A UN NUEVO DERECHO DEL TRABAJO AL SERVICIO DE LA FLEXIBILIDAD Y SUBORDINADO AL CRECIMIENTO, LA COMPETITIVIDAD Y EL EMPLEO

View metadata, citation and similar papers at core.ac.uk

brought to you by  CORE

provided by idUS. Depósito de Investigación Universid

*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

Fecha de recepción: 29-9-2014

Fecha de aceptación: 24-10-2014

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. EL DERECHO DEL TRABAJO SUBORDINADO AL EMPLEO: DEL EMPLEO DE CALIDAD AL EMPLEO SIN ADJETIVOS. ALGUNOS EJEMPLOS SIGNIFICATIVOS. 2.1 La inserción laboral como justificación de una nueva precariedad laboral. 2.2 El trabajo a tiempo parcial: fomento del empleo, flexibilidad e incentivos al empresario. 2.3 La huida del Derecho del Trabajo: el fomento del emprendimiento y el autoempleo. 2.4. La tarifa plana: una nueva vuelta de tuerca a los incentivos a la contratación indefinida. 3. EL FORTALECIMIENTO DE LOS PODERES UNILATERALES DEL EMPRESARIO Y LA REDUCCIÓN DE COSTES LABORALES COMO OBJETIVOS ÚLTIMOS DEL MOVIMIENTO REFORMADOR. 3.1 El pretendido nuevo equilibrio entre flexibilidad interna y externa. 3.2 De la flexibilidad interna negociada a la flexibilidad unilateral e impuesta: el debilitamiento del poder social. 4. EL CAMBIO DE ÓPTICA EN LA GARANTÍA DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: DE NÚCLEO DURO DE LA TUTELA LABORAL A SIMPLE CARGA ADMINISTRATIVA A «ALIGERAR» EN ARAS AL EMPRENDIMIENTO. 5. A MODO DE CONCLUSIÓN: RECHAZO A UN DERECHO DEL TRABAJO FLEXIBLE Y SUBORDINADO AL EMPLEO DESPROVISTO DE SU FUNCIÓN TUITIVA.

Revista Derecho Social y Empresa
ISSN: 2341-135X

nº 2, Diciembre 2014
págs. 115-148

RESUMEN: El Derecho del Trabajo vive momentos de incertidumbre motivados por las constantes reformas urgentes, que implican un auténtico giro copernicano desde su tradicional función de ordenamiento equilibrador de las desiguales posiciones de las partes, a una defensa acérrima de la empresa, la competitividad, el crecimiento y el empleo. Partiendo de la culpabilización del ordenamiento laboral de los gravísimos problemas del mercado de trabajo, se han adoptado disposiciones que institucionalizan la precariedad laboral, en defensa del empleo, con un importante recorte de derechos y tutelas. La falta de resultados positivos de esta opción refuerza la defensa del carácter esencial e irrenunciable de la función tuitiva de la disciplina, en tanto la desigualdad de partida persiste, aun cuando no se ceje en la búsqueda de un justo equilibrio con otros intereses también dignos de tutela.

ABSTRACT: Due to constant urgent reforms these are uncertain times for labour law, which has suffered a real seismic shift from its traditional role of equilibrium of a system of unequal positions of the parties, to become a staunch defender of the company and of competitiveness, growth and jobs. After blaming labour law for the very serious problems of the labour market, measures have been taken to defend employment that are responsible for the current job insecurity, and represent a significant reduction on the rights of workers and their protection. The lack of positive results of this option strengthens the need to defend the fundamental and inalienable nature of the protective function of our discipline, while inequality exists, even though we continue to seek a balance with other interests also worthy of protection.

PALABRAS CLAVE: Empleo, competitividad, flexibilidad, seguridad, tutela.

KEYWORDS: Employment, competitiveness, flexibility, security, protection.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como es notorio, vivimos inmersos en una vorágine de normas reformativas, de urgencia en su mayoría¹, que se suceden sin solución de continuidad, creando numerosas situaciones de inseguridad e incertidumbre y que, aunque teóricamente planificadas dentro de un estructurado paquete de reformas, contienen disposiciones de distinto signo, no siempre bien coordinadas y caminando, incluso, en ocasiones en direcciones opuestas. No pretendemos, obviamente, hacer un recorrido por todas las disposiciones de contenido laboral aprobadas en la última legislatura, en especial a raíz de la gran Reforma Laboral emprendida en febrero de 2012². Nuestro objetivo es bastante más modesto y se ciñe a analizar una serie de medidas adoptadas que muestran el clarísimo giro dado al Derecho del Trabajo en un período inferior a un trienio, aun cuando en algunos casos los cimientos se habían puesto en normas precedentes, como es sabido. Los cambios operados en la mayoría de las instituciones básicas de la disciplina llevan, sin lugar a dudas, a cuestionarse la propia función de la misma y la pérdida injustificada de rumbo de algunas decisiones de corte más bien político.

En definitiva, hemos pasado, aunque ya se habían dado pasos en esa dirección en especial desde comienzos del siglo XXI, de un Derecho equilibrador y tutelador de los

¹ Sobre el criticable abuso del Decreto-Ley como instrumento de aprobación de las reformas laborales y la crisis democrática que ello pone de manifiesto, se han vertido ríos de tinta en numerosos estudios doctrinales a cuya consulta nos permitimos remitir al lector. Por todos, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER y M. E. CASAS BAAMONDE, “El uso del Decreto-Ley como instrumento de las reformas laborales. La garantía juvenil y la tarifa plana para el fomento del empleo y la contratación indefinida”, *Relaciones Laborales* nº 4, 2014, pp. 1 ss de la versión consultada en www.laleydigital.es; A. VICENTE PALACIO, “Crisis, Derecho del Trabajo y legislación de urgencia: ¿un trío inseparable?”, en AA.VV. *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil, 2008-2014*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 45 ss.

² Entre otros, M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, “Las reformas del PP: autoritarismo, retórica y restricción de derechos”, *Lan Harremanak* nº 26, 2012, pp. 35 ss. Para el período inmediatamente precedente resulta ilustrativa la lectura del trabajo de L. E. DE LA VILLA GIL, “Las reformas sociales y laborales del presidente Rodríguez Zapatero”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* nº 34, 2013, pp. 1 ss.

intereses de la clase trabajadora a un Derecho dominado por grandes desequilibrios³ y donde los valores en alza son, sin duda, la empresa, la competitividad, el crecimiento y el empleo⁴. Tras un largo período de tiempo en el que se ha ido forjando la leyenda del Derecho del Trabajo como el culpable de los males que acechan a nuestro mercado de trabajo⁵, se han llegado a aceptar algunas de las premisas de este planteamiento y se han implantado diversas medidas justificadas en la creación de empleo que, a la larga, suponen la institucionalización de una lamentable precariedad laboral, admitida por los Gobiernos, que presenta múltiples facetas y que lleva a una nueva clase social de trabajadores «pobres», desprovistos de determinados derechos y que supone la pérdida de algunos de los logros alcanzados en los últimos treinta años. Esta situación consagrada en nuestra sociedad hace volver la vista a la Organización Internacional del Trabajo y a sus conocidos planteamientos sobre el trabajo digno-trabajo decente y en sus recientes advertencias sobre los riesgos de la excesiva rotación laboral y la importancia de poner freno al progresivo deterioro laboral⁶.

³ Para M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, “Una ruta bajo sospecha: hacia la creación de empleo a través de la facilitación y el abaratamiento de los despidos (acerca de la reforma laboral 2012 del gobierno del partido popular)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* nº 34, 2013, p. 95, se ha producido un desplazamiento sensible de la línea de equilibrio del modelo laboral en vigor hacia el territorio de los intereses empresariales. En la misma línea se mueve R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “La aplicación de la Reforma Laboral de 2012 o el anunciado Requiem por la flexiseguridad”, *Relaciones Laborales* nº 12, 2013, p. 2 de la versión consultada en www.lalcydigital.es. Vid asimismo, M. L. MARTÍN HERNÁNDEZ y A. GARCÍA TRASCASAS, “Reflexiones en torno a la inclusión de la creación de empleo como objetivo prioritario del Derecho del Trabajo actual”, en AA.VV., *Las Reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La Reforma Laboral de 2012*, Tirant lo Blanch. AEDTSS, Valencia, 2013, pp. 239 ss.

⁴ La situación no es nueva, ya reformas anteriores como la del 94 se planteaban como remedio para luchar por mejorar los niveles de empleo, por todos, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “Derecho del trabajo y empleo”, *Relaciones Laborales* 1994-I, pp. 1 ss de la versión consultada en www.lalcydigital.es.

⁵ Es fácil coincidir con quien sostiene que “imputar a la legislación laboral la responsabilidad del desempleo es una falacia consciente (un sofisma) que intenta justificar de manera engañosa la reforma laboral”, M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, “Las reformas del PP...”, cit., p. 45. De obligada lectura son las reflexiones de J. L. MONEREO PÉREZ, “El Derecho del Trabajo y el legislador de la crisis económica. Técnica legislativa y política del Derecho Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 38, 2014, pp. 21 ss.

⁶ Entre otros, resultan interesantes los documentos “Tendencias mundiales del empleo 2012: prevenir una crisis mayor del empleo” y “Trabajo en el mundo 2012: mejores empleos para una mejor economía” que pueden consultarse en www.ilo.org. Sobre la conexión entre la dignidad y el trabajo decente propugnado por la OIT puede verse C. CHACÁRTEGUI JÁVEGA, *Dignidad*

Esta es la coyuntura que han aprovechado las distintas reformas laborales, pero también aparece de forma diáfana en el conocido Informe de Evaluación del Impacto de la Reforma Laboral⁷, elaborado por el Gobierno. En él se afirma sin pudor que el Derecho del Trabajo, en tanto reconoce y garantiza derechos a los trabajadores y a los sujetos colectivos, es el responsable de nuestras altísimas tasas de desempleo y de la falta de competitividad y productividad de la economía española. Ahora bien, a nuestro entender, esta aseveración no casa excesivamente bien con el reconocimiento expreso de que es obvio que en el último año no cabría esperar que con esta reforma, o con cualquier otra, se hubiera creado empleo. A lo máximo que se podía aspirar en esa situación era que el marco de relaciones laborales de la Reforma Laboral contribuyera a moderar el ritmo de destrucción de empleo que la economía española viene experimentando desde hace años, conclusión desmentida con la puesta en marcha de las nuevas normas.

Como hemos señalado, las numerosas reformas y contrarreformas aparecidas en el BOE afectan a la mayoría de las instituciones del ordenamiento laboral, reconfigurando, en aras de una mal entendida flexiguridad, aspectos basilares de la disciplina. Porque los cambios no afectan solamente a la contratación, a los despidos, o a la modificación de las condiciones de trabajo, sino también a la protección social, al papel institucional de los agentes sociales y a las propias fuentes del Derecho del Trabajo. Lógicamente, razones espaciales y temporales, hacen poco recomendable intentar exponer siquiera todas estas modificaciones, de las cuales, además, ha dado y sigue dando cumplida cuenta la doctrina laboral. Nos limitaremos a exponer algunos de los más significativos, que confirman que la creación de empleo, la maximización de los beneficios empresariales y una mal entendida defensa de la competitividad, están conllevan un nuevo orden jurídico laboral, donde predomina la precarización y el recorte de derechos básicos de los trabajadores, en especial en relación con el derecho al trabajo, la estabilidad en el empleo, la suficiencia del salario e, incluso, la garantía de la seguridad y salud.

Asistimos atónitos a una auténtica huida institucionalizada del Derecho del Trabajo, que no hace sino confirmarse con cada nueva disposición, hacia el Derecho del empleo o pseudoempleo o hacia el emprendimiento y el autoempleo, como ha destacado autorizada doctrina⁸. La importancia del empleo y su logro en la nueva

de los trabajadores y derechos humanos del trabajo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Bomarzo, Albacete, 2013, en especial, pp. 17 ss.

⁷ MESS, Gobierno de España, 2013.

⁸ Puede verse, M. E. CASAS BAAMONDE, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, y F. VALDÉS DAL-RÉ, “La huida del derecho del trabajo hacia el “emprendimiento”, las reformas de

ordenación laboral y su capacidad de debilitar al Derecho del Trabajo, también es patente en significativos cambios terminológicos, entre ellos el de trabajo por empleo, incluyendo el de la propia designación del Ministerio, el de empresario por emprendedor y el auge de términos como la empleabilidad⁹, a la que nos referiremos *infra*.

2. EL DERECHO DEL TRABAJO SUBORDINADO AL EMPLEO: DEL EMPLEO DE CALIDAD AL EMPLEO SIN ADJETIVOS. ALGUNOS EJEMPLOS SIGNIFICATIVOS

2.1 La inserción laboral como justificación de una nueva precariedad laboral

Son diversas las medidas de inserción laboral, más o menos encubiertas, que institucionalizan una nueva precariedad laboral. Entre ellas, centrarán nuestra atención de modo especial el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores y el contrato de primer empleo joven. Si volvemos la vista hacia el tan laudado por el Gobierno como criticado por la doctrina contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores¹⁰, contrato estrella de la reforma 2012, constatamos sin dificultad que, pese a presentarse como de duración indefinida, viene a tornarse fácilmente en un contrato temporal, cuya principal especialidad es la de permitir la extinción libre y no indemnizada por voluntad del empresario durante su primer año de vigencia. Por

la Reforma Laboral de 2012 y otras reformas: la Ley 11/2013 y el RDL 11/2013”, *Relaciones Laborales* nº 10, 2013, pp. 1 ss de la versión consultada en www.laleydigital.es. M. E. CASAS BAAMONDE, “El Derecho del Trabajo y el empleo asalariado en los márgenes: de nuevo el emprendimiento y el autoempleo”, *Relaciones Laborales* nº 11, 2013, versión consultada en www.laleydigital.es.

⁹ Con mayor detalle, M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, “Las reformas del PP...”, cit., p. 48.

¹⁰ Sobre el mismo, entre otros, R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “El nuevo contrato indefinido de apoyo a los emprendedores”, en AA.VV., *Las Reformas...*, cit., pp. 127 ss; J. M. MIRANDA BOTO, “El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores”, *Actualidad Laboral* nº 8, 2012, pp. 1 ss de la versión consultada en www.laleydigital.es; J. PÉREZ REY, “Un nuevo contrato estrella: la modalidad contractual de apoyo a los emprendedores”, en A. BAYLOS GRAU, *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma 2012*, Bomarzo, Albacete, 2012, pp. 73 ss; F. RAMOS MORAGUES, “El contrato de apoyo a los emprendedores como medida de fomento de empleo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 157, 2013, pp. 201 ss; R. ROQUETA BUJ, “Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores”, *Relaciones Laborales* nº 23, 2012, pp. 1 ss de la versión consultada en www.laleydigital.es.

tanto, no es más que un contrato falsamente indefinido o un contrato temporal encubierto, como simulados resultan el equilibrio entre contratos temporales e indefinidos proclamado por la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 o los otros que abandera, desmentidos por una norma claramente desequilibrada y escorada hacia los intereses empresariales. Según dicho texto, su creación tiene por objeto facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial. En la práctica conlleva un claro incremento de la flexibilidad concedida unilateralmente al empresario a costa de la seguridad del trabajador, que se reduce a la nada durante el primer año de vida del contrato. Al margen de las dudas de constitucionalidad¹¹ suscitadas por la duración del período de prueba y despejadas por el Tribunal Constitucional¹², en absoluto resulta dudoso que su regulación choca con la naturaleza y objetivo de dicho período¹³, que quedan enormemente desdibujados.

¹¹ En sede doctrinal se ha argumentado con consistencia el posible choque con el texto constitucional, ya que vulneraría el derecho al trabajo reconocido por el art. 35.1 CE al consagrar tácticamente un despido no causal, por todos, A. VALDÉS ALONSO, "Sobre la posible inconstitucionalidad del art. 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", *Relaciones Laborales* nº 21, 2012, pp. 1 ss de la versión consultada en www.laleydigital.es. B. SUÁREZ CORUJO, "Aspectos de dudosa constitucionalidad contenidos en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", en AA.VV., *Las Reformas...*, cit., pp. 265 ss. Alguna Sentencia ha considerado que el período de prueba contraviene textos internacionales, en concreto la Carta Social Europea, Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013.

¹² Para la STC 119/2014, de 16 de julio (BOE 15 de agosto), aunque existe una limitación de la vertiente individual del Derecho al Trabajo, la entiende justificada y legitimada constitucionalmente, en tanto resulta necesario primar la vertiente colectiva, esto es, la política orientada al pleno empleo, en especial dado el carácter coyuntural de la medida, así como la legítima finalidad de potenciar la iniciativa empresarial. Pese a lo anterior, parece claro que el propio Tribunal tiene sus dudas pues se encarga de dejar patente que "como es obvio, la eventual aprobación futura de normas legales que incidan sobre la duración del período de prueba en la contratación laboral, así como el control de constitucionalidad a que pudieran someterse, requerirán de este Tribunal una nueva valoración y decisión, no necesariamente condicionada por la solución ahora adoptada".

¹³ Aspecto en el que reina la unanimidad doctrinal, entre otros, I. BALLESTER PASTOR, "Inestabilidad e intermediación laboral desde 2010 a 2014: riesgos asumidos a costa de activar el empleo", en AA.VV. *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil, 2008-2014*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 166. A. VALDÉS ALONSO, "Sobre la posible inconstitucionalidad...", cit., p. 2. El TC en su

Con posterioridad, se ha considerado con acierto, que la aprobación del RDL 3/2014, de 28 de febrero, de medidas para el fomento del empleo y la contratación indefinida, que vuelve a optar por una política de incentivo del empleo centrada en la reducción de las cotizaciones sociales, supone el reconocimiento de la ineficacia de las reformas precedentes en la creación de empleo, en especial del contrato que ahora nos ocupa¹⁴. Según su Exposición de Motivos se busca una rápida creación de empleo, en especial empleo estable, reduciendo a su vez la dualidad del mercado laboral. Se intenta favorecer a las empresas que apuesten por incrementar sus plantillas de forma estable, las cuales deben constituir el motor de la transformación estructural de la economía española, siendo además “coherente” con la política económica del Gobierno en el largo plazo.

En la práctica, como se sabe, el contrato ha sido poco utilizado y parece que ha contribuido escasamente a crear empleo indefinido, algo que reflejan los últimos datos sobre temporalidad, con predominio de los contratos temporales. Pero, además, si nos asomamos a los datos contenidos en el Informe sobre la Reforma Laboral del Gobierno, tampoco allí encontramos conclusiones ni excesivamente positivas ni certeras. Por una parte, se le atribuye cierto papel en el repunte de la contratación indefinida; por otra, se niega que se haya convertido en un mecanismo adicional de celebración, justificando su baja utilización en sus destinatarios y sus requisitos de temporalidad, justificando su baja utilización en sus destinatarios y sus requisitos de celebración. Pero, además, aunque el Informe refuta el planteamiento de la rescisión de estos contratos antes de la superación del período de prueba, no proporciona datos seguros sobre su tasa de supervivencia y de mantenimiento del empleo (muy próxima a la de los contratos ordinarios por tiempo indefinido y superior a la de los contratos temporales, aventura el Informe), pues eran pocos los contratos de emprendedores con más de un año de vida desde su formalización a la fecha de realización del informe¹⁵.

A pesar de estos datos, resulta llamativo cómo el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, admite la concertación de este contrato también a

Sentencia 119/2014 deja clara su incompetencia para conocer de esta cuestión en tanto es un asunto de mera legalidad ordinaria.

¹⁴ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER y M. E. CASAS BAAMONDE, “El uso del Decreto Ley...”, cit., p. 9.

¹⁵ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS y M. E. CASAS, “La aplicación de la reforma laboral”, *Relaciones Laborales* nº 12, 2013, p. 15 de la versión consultada en www.laleydigital.es. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “La aplicación de la Reforma...”, cit., p. 10, estima que los exigüos resultados en términos estadísticos de esta nueva modalidad contractual y el ocultamiento en el número de los extinguidos a lo largo de su primer año de vigencia indican que los propósitos legales no se corresponden, una vez más, con la realidad.

tiempo parcial, sin exigir un mínimo de horas a realizar por el trabajador, consagrando, nuevamente, y pese a la denominación o las apariencias, una doble precariedad laboral¹⁶, como veremos en relación con el contrato para primer empleo joven. Pero es que, a mayor abundamiento, el propio TC (S. 119/2014) afirma que antes del derecho a la estabilidad en el empleo figura el propio derecho de acceso al mismo, legitimando formas de precariedad laboral e inseguridad, frente a la lacra del desempleo.

En relación con el duramente criticado contrato de primer empleo joven, sin necesidad de entrar a analizar en detalle su régimen jurídico, suficientemente conocido, es demostrativo de unas normas laborales y unas políticas de fomento del empleo marcadas por los recortes, la falta de ideas y de originalidad y por la vuelta cíclica sobre los mismos errores del pasado¹⁷, en este caso, la utilización de contratos temporales de fomento del empleo, de nefastos resultados. Sin duda, una vuelta atrás, un evidente retroceso y una concesión injustificada a la temporalidad.

El Gobierno en RDL 4/3013, posterior Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo¹⁸, movido por la necesidad acuciante de crear empleo a toda costa, en especial, entre los jóvenes, dada la gravedad del problema, diseña un contrato peculiar por tres de sus características: su duración (que puede ser bastante efímera –3 meses–), la clara ruptura del principio de causalidad en la contratación temporal, al menos en su concepción tradicional y sus destinatarios (jóvenes menores de 30 años). A la notable ampliación del tope de edad se añade como requisito específico del contrato que el trabajador esté desempleado y no tenga experiencia laboral o ésta sea «descartable», por ser inferior a tres meses. La plasmación legal de esta exigencia acentúa la preocupación

¹⁶ La doctrina también apunta a esta figura como inserta en una dinámica de consolidación de la precariedad, M. A. BALLESTER PASTOR, “La flexibilidad interna o el fortalecimiento del *ius variandi* empresarial en contexto: los defectos del modelo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 34, 2013, p. 190.

¹⁷ Se ha criticado que buena parte de las medidas contempladas ahora fueron ensayadas por otros Gobiernos, hace ya un cuarto de siglo y gradualmente descartadas por erráticas, M. R. VALLECILLO GÁMEZ, y C. MOLINA NAVARRETE, “La Reforma de segunda generación del mercado laboral: incentivos al «espíritu emprendedor» y retorno del «pensamiento mágico»”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 361/2013, p. 10. Vid también A. OJEDA AVILÉS y E. M. SIERRA BENÍTEZ, “La segunda fase de la nueva reforma laboral española”, *Revista Derecho del Trabajo*, nº 6, 2013, pp. 1309 ss.

¹⁸ BOE de 27 de julio.

por una generación que ha tenido y tiene muy difícil su inserción en el mercado laboral.

Volvemos a una creación de empleo «sin adjetivos», esto es, al fomento de la temporalidad exenta de una causa ligada a las necesidades temporales de mano de obra del empresario, justificada por la supuesta necesidad de acceder a una primera experiencia profesional. En lo que ahora más nos interesa, se instaura una nueva y doble precariedad laboral (temporalidad y parcialidad del contrato) y una clara huida del contrato indefinido, en un intento seguramente también desmedido de fuga de la aplicación del régimen jurídico del despido, pese a la flexibilización operada en las últimas reformas legales. Aun cuando medidas como la presente nacen como coyunturales (hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15 por 100), no parecen, de momento, tendentes a desaparecer.

El elemento más llamativo del contrato lo encontramos en la falta de coincidencia entre su causa (o excusa) y su carácter coyuntural y su régimen jurídico, remitido por el art. 12 Ley 11/2013 al del contrato eventual (estructural), con algunas normas particulares, entre ellas que «se considerará causa del contrato la adquisición de una primera experiencia profesional». Causa de cobertura o huida de una descausalización abierta, choca con la concepción tradicional de la causa del contrato. No estamos más que ante un recurso viejo y poco eficaz para el mantenimiento del empleo¹⁹, centrado en la temporalidad con efectos claramente perniciosos: aumento de las desigualdades y diferencias en el nivel de protección de la mano de obra, contracción del consumo y consiguientemente de la producción, escasa cualificación y formación de los trabajadores que impide la introducción de nuevas tecnologías, e incluso aumento de la siniestralidad laboral²⁰. Efectos que se han mantenido en el tiempo y que han consolidado elevadísimas tasas de temporalidad en España, sin parangón en otros

¹⁹ M. E. CASAS BAAMONDE *et alrri*, “La huida del derecho del trabajo...”, cit., p. 3. En p. 23 no dudan en manifestar la perplejidad que puede suscitar la consideración de la adquisición de una primera experiencia profesional como causa justificadora de contratos breves de duración determinada.

²⁰ R. AGUILERA IZQUIERDO, “El principio de «causalidad» en la contratación temporal”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 33, 2011, p. 105. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, “Un diagnóstico sobre el modelo español de temporalidad”, *Relaciones Laborales* nº 19, 2004, p. 3 de la versión consultada en www.laleydigital.es. Vid. también las reflexiones sobre la ruptura del principio de causalidad y generalización abusiva de la contratación temporal de M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, “Contratos de trabajo indefinidos y temporales (la duración del contrato como observatorio de las transformaciones económicas del ordenamiento laboral)”, *Relaciones Laborales* nº 17, 2009, p. 7 de la versión digital de www.laleydigital.es.

países europeos, pese a las restricciones posteriores y los cambios de enfoque de las políticas hacia el fomento del empleo estable²¹.

La descausalización evidente del contrato lleva a plantearse su necesidad y los objetivos que viene a satisfacer. A nadie escapa que en buena medida viene a cubrir el mismo y criticable papel ocupado por los contratos formativos, de acceso por cualquier medio al mercado laboral, pero prescindiendo incluso de la finalidad formativa que justifica éstos que, como es notorio, también está siendo objeto de una enorme relajación²². Desde el momento en que nos situamos ante una medida de inserción laboral para desempleados sin experiencia, amparada por la situación de crisis económica y de empleo, surgen una serie de cuestiones en absoluto baladíes: ¿está justificada realmente la creación de esta modalidad contractual? ¿Los supuestos o presumibles beneficios reportados a la inserción laboral y a la adquisición de experiencia avalan la implantación de una nueva modalidad temporal de contrato de trabajo? ¿No estamos ante una ruptura absoluta con los principios predicados respecto a la política de empleo de los que hacen gala sin pudor nuestros gobernantes? ¿Es coherente la vuelta al fomento de la temporalidad con los problemas que acarrea para nuestro mercado de trabajo? ¿La creación de empleo neta que pudiera conllevar es suficiente beneficio? La insatisfactoria respuesta a estas interrogantes hace retornar la idea de que la temporalidad en nuestro sistema opera o con el efecto de un período de

²¹ Para R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Los estímulos a la contratación laboral: una apuesta, no del todo uniforme, en favor del empleo estable”, *Relaciones Laborales* n° 6, 2000, p. 5 de la versión consultada en www.laleydigital.es, las reformas posteriores no consiguieron, ni por asomo, contrarrestar los demoledores efectos de la extrema flexibilización de la contratación temporal efectuada en 1984 que siguió enseñoreándose en nuestra práctica contractual hasta situarse en unas abusivas e inaceptables tasas de temporalidad.

²² Las constantes reformas de los contratos formativos priman su papel como mecanismo de acceso al mercado de trabajo y olvidan en parte su necesaria e indispensable finalidad formativa. Entre otros, J. R. MERCADER UGUINA, y A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Medidas para la creación de empleo estable: el impulso de la contratación indefinida y el fortalecimiento de la contratación temporal de calidad como objetivos”, *Diario La Ley* n° 7488, 2010, pp. 9 ss, www.laleydigital.es; C. SOLÍS PRIETO, “El contrato para la formación y el aprendizaje: ¿medio de contención del desempleo juvenil o vía de precariedad?”, en P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS (Dir.), *La Reforma Laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 93 ss; E. M. SIERRA BENÍTEZ, “Las medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: aspectos laborales tras la promulgación de la Ley 3/2012”, *Economía Española y Protección Social*, V, año 2013, en especial pp. 213 ss.

prueba o como una forma de gestión de la mano de obra, tratando de asegurarse mediante la precariedad un rendimiento aceptable²³.

La instauración de este nuevo contrato resulta contradictoria con el propósito de mejorar la calidad del empleo y la estabilidad, puesto que no se consigue ni lo uno ni lo otro. Tampoco se satisface el objetivo de mejora de la empleabilidad (vocablo sin entrada en el diccionario de la RAE²⁴) de los jóvenes, entendida como capacidad de una persona de posicionarse favorablemente ante el mercado de trabajo²⁵, siendo insuficiente para su logro la adquisición de una mera experiencia profesional seguramente exigua, que habría de venir acompañada de otras actuaciones que permitieran un incremento en las capacidades o habilidades, una mejora formativa o una efectiva cualificación profesional. Pero es que, además, tales objetivos, al menos desde un punto de vista teórico, se satisfacen mejor a través de las modalidades formativas, también de carácter temporal, respecto a las que también se han adoptado diversas medidas «coyunturales» para ampliar su espectro; en especial, una notable ampliación y flexibilización del contrato para la formación y aprendizaje, que resaltan su faceta de contrato temporal de inserción en el mercado de trabajo, con sus altísimas dosis de precarización laboral.

Con tales premisas, resulta difícil entender la justificación del contrato, más allá del objetivo de ofrecer a los empresarios un contrato temporal sin sujeción a causa y

²³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, “Un diagnóstico sobre...”, cit., p. 2.

²⁴ M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, “Una ruta bajo sospecha...”, cit., p. 82.

²⁵ Empleabilidad en la que suelen entenderse incluidos hasta cinco elementos básicos: las actitudes, las competencias personales, las competencias profesionales, los elementos laborales y los elementos sociales. Con mayor amplitud, C. GARCÍA COMAS, “Empleabilidad y empresas de inserción”, *Documentación Social* nº 117-118, 1999-2000, pp. 313 ss; R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, “El contrato de inserción [art. 15.1 d) ET]”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 33, 2001, pp. 205 ss; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, “Empleabilidad y acceso a la formación”, *Relaciones Laborales* nº 10, 2001, pp. 117 ss. T. LAWRENCE, “Empleabilidad: un valor en alza”, *Qualitas Hodie: excelencia, desarrollo sostenible e innovación*, nº 103, 2005, pp. 45 ss. Sobre el fomento de la empleabilidad en las últimas reformas, entre otros, I. BALLESTER PASTOR, “Intermediación laboral y mejora de la empleabilidad: perspectiva española actual”, en J. CABEZA PEREIRO y F. FERNÁNDEZ PROL (Coords.), *Políticas de empleo*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013; B. GARCÍA ROMERO y A. SELMA PENALVA, “Medidas para favorecer la empleabilidad de los trabajadores”, en F. CAVAS MARTÍNEZ (Coord.), *La Reforma laboral 2012: análisis del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Laborum, Murcia, 2012; P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, “Formación y empleabilidad en la reforma laboral 2012. El modelo alemán como base de la formación dual en España”, en P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS (Dir.), *La Reforma Laboral...*, cit.

sin sometimiento a requisitos o compromiso alguno relacionado con la adquisición de una verdadera experiencia relacionada con el objeto de los estudios (para el contrato en prácticas), o de garantizar al trabajador una necesaria formación teórica y práctica (para el contrato para la formación). En lo que ahora nos interesa, este tipo de contrato (de fomento del empleo temporal) contradice las propias premisas recogidas en la Estrategia española de emprendimiento y empleo joven 2013-2016. Aunque su objetivo (búsqueda de soluciones a la problemática del abandono escolar temprano y a las elevadas cifras de desempleo juvenil) pueda resultar loable, choca frontalmente con la igualmente grave situación de doble precariedad motivada por la temporalidad y parcialidad no deseadas. Según la Estrategia, más de las tres cuartas partes de los jóvenes empleados trabajan, de forma temporal, parcial, o ambas, en contra de su voluntad. Por tanto, el objetivo del contrato pasa por la mera inserción juvenil en el mercado de trabajo, de la manera más flexible posible.

En definitiva, se vuelve a situar la flexibilidad en la temporalidad sin mayores añadidos, facilitando al empresario un nuevo contrato cuyo principal incentivo no es otro que la duración y la extinción sujeta a término, chocando con las numerosas tentativas de alterar la tendencia hacia el trabajo precario tan arraigadas en la cultura empresarial²⁶. A ello se unen las laxas restricciones a la contratación previstas en la norma en relación a decisiones extintivas improcedentes, posteriores a la fecha de entrada en vigor del RDL, para puestos del mismo grupo profesional e idéntico centro o centros de trabajo, fácilmente esquivables, que seguirán incidiendo en la destrucción de empleo, en la rotación y en la sustitución de empleo por otro más precario aún si cabe.

Como es patente, la precariedad en España no se agota en la temporalidad, pero en ella tiene su más visible, persistente y desmedida expresión o, en otras palabras, la temporalidad es el altar en el que se rinde culto a la flexibilidad laboral²⁷. De nuevo se admite en relación con quienes acceden por primera vez al mercado de trabajo el presupuesto implícito de que es mejor alternativa que el desempleo un empleo precario e inestable²⁸. Al parecer, en este momento resulta suficiente que el joven acceda al mercado de trabajo aunque sea para una prestación de muy escasa duración, solución notoriamente inadecuada al problema del subempleo de los jóvenes, esto es, su exclusión de buenas expectativas laborales o de acceso a empleos estables y

²⁶ F. VALDÉS DAL-RÉ, “25 años de precariedad en la contratación temporal”, *Relaciones Laborales* nº 25, p. 3 de la versión consultada en www.laleydigital.es.

²⁷ F. VALDÉS DAL-RÉ, “25 años de precariedad...”, cit., p. 4.

²⁸ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, “Un diagnóstico sobre el modelo...”, cit., p. 2.

cualificados²⁹. Además, la norma muestra una escasa confianza en la estabilización posterior de este tipo de relación, plasmada en las bonificaciones previstas para la conversión, que parecen apuntar a un contrato a tiempo parcial (con un mínimo garantizado del 50% de la jornada del trabajador comparable) y cuya duración alcance el año³⁰. Lamentablemente, no se muestra muy exigente el legislador ni ha estado a la altura de la gravedad y del carácter estructural del problema. Si se siguen adoptando medidas de este tipo, difícilmente se corregirán los desequilibrios del mercado, ni se conseguirá un aumento de la contratación indefinida ni logrará la flexibilidad interna su verdadero objetivo, de medida alternativa a la destrucción de empleo, pues los empresarios se conformarán con esta vía flexible de satisfacción de sus necesidades de mano de obra, caracterizada por una importante precariedad laboral, fácilmente intercambiable y que, a la larga, llevará a un reequilibrio de la dualización de los mercados, a costa de igualar a todos los trabajadores a la baja.

2.2 El trabajo a tiempo parcial: fomento del empleo, flexibilidad e incentivos al empresario

En cualquier estudio sobre el trabajo a tiempo parcial son habituales las referencias a sus indudables ventajas para empresario y trabajador, que teóricamente ve facilitada la conciliación familiar o la compatibilización con actividades formativas o de otro tipo. Ahora bien, para éste son de gran calado los inconvenientes³¹, en especial de disminución de la remuneración y protección social, además del subempleo que supone, dada la escasa cualificación exigida por gran parte de estos trabajos, lo que unido a las escasas expectativas de promoción profesional, hace que nos encontremos con una clarísima situación de precariedad laboral, más aun si los contratos son de duración determinada. Situación que se agrava por la generalización del carácter «no deseado» de la parcialidad en nuestro país, ante la imposibilidad de encontrar un trabajo a tiempo completo.

Las distintas modificaciones del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial muestran su utilización como instrumento de fomento del empleo, dotándolo de grandes dosis de flexibilidad para hacerlo atractivo para los empresarios y con una

²⁹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, “Empleo juvenil y política de empleo”, *Relaciones Laborales* nº 12, 1998, p. 1 de la versión consultada en www.laleydigital.es.

³⁰ Esta cuestión con más detalle en M. R. VALLECILLO GÁMEZ y C. MOLINA NAVARRETE, “La Reforma de segunda generación...”, op. cit., p. 58.

³¹ En detalle, J. CABEZA PEREIRO, *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 19 ss.

notoria precarización³² de las condiciones laborales del lado del trabajador, unido a una importante política en los últimos tiempos de incentivos económicos a esta modalidad contractual, en sus diferentes vertientes.

Es verdad que bien pudiera alegarse que el trabajo a tiempo parcial puede tener un carácter transitorio, suponer la puerta de acceso al mercado laboral, o permitir el paso a situaciones «normalizadas» de contratos a jornada completa. El problema es que la práctica demuestra que el tránsito entre el tiempo parcial y la jornada completa no es frecuente en la práctica en nuestro país; que en los últimos tiempos seguramente es más habitual el trayecto en sentido inverso y que, además, existe un riesgo patente de que estemos ante una situación que se torna crónica para un número importante de trabajadores, pérdidas además, como vimos, las expectativas de promoción³³. Situación que, seguramente, se verá agravada tras la desaparición en el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, de las preferencias a favor de trabajadores que hubieran pasado voluntariamente de un contrato a tiempo completo a otro a tiempo parcial o viceversa, o que llevaran un determinado lapso temporal prestando servicios a tiempo parcial, para retornar a la situación de partida (art. 12. 4 e) ET).

Si tradicionalmente la regulación del contrato a tiempo parcial se ha caracterizado por unas condiciones ventajosas, en especial de reducción de costes o de ajuste a las necesidades productivas, que inclinaban la balanza del lado del empresario, el saldo es aún más favorable tras los distintos cambios operados progresivamente en la norma legal, en especial en las reformas 2012-2013, que suponen una flexibilización importante de los requisitos propios del contrato³⁴.

La consagración de la posibilidad de realizar horas extraordinarias en este tipo de contrato por Ley 3/2012, a través de la modificación del art. 12.4 c) ET, claramente flexibilizadora de la facultad empresarial de distribución del tiempo de trabajo, a costa

³² Sobre la pérdida del carácter marginal de la precarización laboral hacia un carácter estructural y generalizado puede verse J. L. MONEREO PÉREZ, “El Derecho del Trabajo y el legislador...”, cit., p. 53.

³³ J. CABEZA PEREIRO, *El trabajo a tiempo parcial...*, cit., p. 35.

³⁴ Por todos, F. A. GONZÁLEZ DÍAZ y M. B. FERNÁNDEZ COLLADO, “Los contratos de trabajo a tiempo parcial y a distancia como instrumentos de flexibilización organizativa en la empresa”, en AA.VV., *Las reformas...*, cit., pp. 557 ss; M. MIÑARRO YANINI, “El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia”, *Relaciones Laborales* nº 3, 2014, pp. 1 ss de la versión consultada en www.laleydigital.es. También J. LÓPEZ GANDÍA, “Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma”, en A. BAYLOS GRAU, *Políticas de austeridad...*, cit., pp. 133 ss.

de horas compensadas por descanso, puesto que para aumentar la jornada se utilizarían las horas complementarias y sobre las horas extraordinarias retribuidas pesa el límite infranqueable de las 80 al año (aplicado de forma proporcional), ha tenido una vida efímera, al haber sido derogada por RDL 16/2013. Horas a las que la doctrina había puesto algunas objeciones, en particular en relación con la voluntariedad, dado que su realización puede venir pactada por convenio colectivo, sin necesidad de acuerdo individual, y por la falta de unos períodos mínimos de preaviso para su realización³⁵.

El RDL 16/2013 ha considerado ahora necesario dotar al contrato de un nuevo régimen jurídico en lo que respecta a las horas complementarias, con altas dosis de flexibilidad para el empresario, que ve ampliadas sus facultades de gestión y adaptación del tiempo de trabajo, aunque éstas eran ya bastante elevadas con la regulación precedente, incidiendo en la desnaturalización del contrato³⁶. A las horas complementarias «tradicionales», aumentadas en número, vienen a sumarse ahora las «de aceptación voluntaria».

Es cierto que podría reportar ciertas ventajas al trabajador, en especial si el tiempo parcial no es deseado, pues le permite realizar un mayor número de horas y, por tanto, una mejora retributiva. Pero también lo es, aspecto preocupante, que por esta vía se alienta a la empresa a suscribir contratos con jornadas ordinarias muy cortas, completadas con horas complementarias, de adición flexible, perjudicando a los trabajadores, redundando en su precariedad y haciendo más difícil compatibilizar su jornada con su vida personal y/o laboral³⁷. Precarización en la que incide la norma al eliminar el requisito del carácter indefinido del contrato para la realización de horas complementarias pactadas, manteniéndolo para las «de aceptación voluntaria».

En la base de la nueva regulación parece pesar más esta situación de premio de consolación del trabajo a tiempo parcial, de situación asumida aun cuando no querida, primando la vertiente de inserción en el mercado, que las posibles necesidades del trabajador a tiempo parcial que podríamos considerar «genuino», esto es, que opta voluntariamente por este tipo de contrato atendiendo a sus necesidades y/o intereses, seguramente poco proclive a una ampliación de la jornada por esta vía, en la práctica difícil de rechazar. Si siempre se ha sostenido el carácter o sesgo *pro empresa*³⁸ de las horas complementarias, este matriz sale fuertemente reforzado tras la última reforma legal, donde el empresario goza de la posibilidad de exigir las horas, que sin embargo no quedan garantizadas, e impone grandes dosis de disponibilidad para el trabajador,

³⁵ J. CABEZA PEREIRO, *El trabajo a tiempo parcial...*, cit., p. 107.

³⁶ M. MIÑARRO YANINI, “El contrato a tiempo parcial...”, cit., p. 4.

³⁷ M. MIÑARRO YANINI, “El contrato a tiempo parcial...”, cit., p. 4.

³⁸ J. CABEZA PEREIRO, *El trabajo a tiempo parcial...*, cit., p. 108.

que se compromete a su hipotética realización. Asimismo, se ha operado una reducción aún mayor del plazo de preaviso que, además, sigue siendo dispositivo para la autonomía colectiva (pasa de 7 a 3 días). Esta mayor flexibilidad contrasta con el mantenimiento del régimen de denuncia del pacto por parte del trabajador, con causas tasadas, que dificultan desvincularse del acuerdo una vez alcanzado.

El paroxismo en el intento de utilizar el contrato a tiempo parcial como medida de fomento del empleo se alcanza en la peculiar figura del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa (ciertamente diluida), regulada en el art. 9 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor. Razones temporales y espaciales impiden el estudio detallado de su régimen jurídico, pero resulta patente que da entrada a altas dosis de precariedad laboral «incentivada», en tanto el empresario podrá beneficiarse de las tan manidas como ineficaces para la creación de empleo reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social. Aun cuando sobre el papel la formación aparece como elemento esencial en el contrato, las exigencias al empresario son excesivamente laxas, de forma que el compromiso del contrato con la formación puede tacharse de ambivalente, incluso testimonial, temporal, huidizo, aparente, casi una mera excusa³⁹. De nuevo, como en el caso anterior, el contrato puede celebrarse por tiempo determinado y aparece sujeto a un incomprensible límite de jornada (50%)⁴⁰, desconectado del tiempo dedicado a la formación y que no se acompaña de limitaciones a la realización de horas complementarias, horas que a buen seguro pueden plantear mayores problemas a la hora de hacer compatibles trabajo y formación. Por tanto, la doble precariedad laboral está también aquí servida.

³⁹ C. GALA DURÁN y A. J. VALVERDE ASENCIO, “Incentivos a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa”, en M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ y F. J. CALVO GALLEGOS (Dirs.), *La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 180. Sobre el mismo también M. MIÑARRO YANINI, “El contrato a tiempo parcial con vinculación formativa para el fomento del empleo juvenil: la formación como excusa de la precarización incentivada del trabajo”, en J. L. MONEREO PÉREZ (Coord.), *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil. XXXII Jornadas Universitarias de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (CD)*, CARL, Sevilla, 2014.

⁴⁰ Límite que, tras las modificaciones operadas por el art. 108 del RDL 8/2014, de 4 de julio, se amplía al 75% para aquellas personas beneficiarias de la garantía juvenil.

2.3 La huida del Derecho del Trabajo: el fomento del emprendimiento y el autoempleo

Notorio resulta que uno de los caminos tomados por el Gobierno en su lucha contra el desempleo ha sido el del fomento del emprendimiento, que se convierte en el santo grial que habrá de resolver los graves problemas derivados de la situación económica del país. Reflejo de la falta de rumbo fijo de las medidas de reforma emprendidas hemos asistido a la aprobación de dos leyes, bastante próximas en el tiempo, dedicadas a la misma materia⁴¹. En primer lugar, se aprobó la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor, sucedida por la inmediatamente posterior (dos meses de diferencia) Ley 14/2013, de 27 de septiembre⁴², de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Si en ambas el emprendimiento hace de hilo conductor, el cambio de perspectiva en esta segunda norma es evidente. Si en la primera el objetivo declarado es la creación de empleo asalariado, que junto a la iniciativa emprendedora y el desarrollo empresarial vertebran el conjunto de medidas contenidas en la norma, en la Ley 14/2013 asistimos a una visión pesimista sobre la falta de oportunidades para el trabajo por cuenta ajena, poniendo su punto de mira en el autoempleo, el emprendimiento y la actividad empresariales y, por tanto, consagrando una abierta y clara huida o fuga de la regulación laboral ordinaria⁴³. Se amplía notablemente la noción de emprendedor, pasando de incluir básicamente a los trabajadores por cuenta propia y los pequeños y medianos empresarios a cualquier persona, bien física o jurídica, siempre que desarrolle una actividad económica, empresarial o profesional. Se caracteriza, igual que otras de las normas de los paquetes de reforma, por un contenido bastante heterogéneo donde priman aspectos extralaborales y se fomenta, ante todo y sobre todo, el

⁴¹ Como se ha sostenido, el plan de reformas estructurales no sigue, pues, un trazado planificado y seguro, coherente y equilibrado, vid. M. E. CASAS BAAMONDE, "El Derecho del Trabajo...", cit., p. 7.

⁴² BOE de 28 de septiembre.

⁴³ C. MOLINA NAVARRETE, "La dimensión socio-laboral del pretendido -¿o pretencioso?- nuevo «estatuto promocional del emprendedor»", en AA.VV., *Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Análisis de los ámbitos educativo, mercantil, tributario y laboral*, Ediciones CEF, Madrid, 2013, p. 218, quien constata cómo los titulares de tarifa plana son más falsos autónomos que nuevos emprendedores, p. 230.

autoempleo, que se erige en el objetivo a alcanzar por los jóvenes, para tener oportunidades de trabajo que el mercado de trabajo no les da, sirviéndoles, además, para que ellos creen empleo. Aspecto, sin embargo, bastante «olvidado» en el desarrollo concreto de los estímulos en el texto legal. Reflejo de esta tendencia es también el fomento del alta en el RETA de trabajadores de régimen general que además realizan actividad por cuenta propia, a través de un descuento en las cuotas. Política de incentivos en la que se «recae» con reiteración a pesar de haberse demostrado fallida en el ámbito de la creación de empleo. Se insiste, por su parte, en el tema de la concienciación social de este nuevo camino por recorrer, en tanto se considera imprescindible un cambio de mentalidad en el que la sociedad valore más la actividad emprendedora y la asunción de riesgos, algo que pretende lograrse a través de la incorporación de contenidos y competencias relativas al emprendimiento en los distintos ciclos formativos. Destaca también, aspecto que tendremos ocasión de desarrollar *infra*, una consagración de la tendencia ya iniciada en regulaciones anteriores de la visión de determinadas normas laborales como meras cargas para el empresario que es necesario aligerar. Criticable, cuando menos, resulta esta visión del Derecho del Trabajo como elemento que viene a disturbar el adecuado funcionamiento de los mercados que grava de forma especial a las pequeñas empresas. En este sentido, se afirma sin pudor en el preámbulo de la Ley que resulta crucial impulsar ganancias de productividad y ahorrar recursos que actualmente se dedican al cumplimiento del marco jurídico. Por tanto, no se oculta que la finalidad última también aquí perseguida no es otra que la reducción de los gastos derivados del trabajo⁴⁴.

Estas disposiciones que «instan» a trabajar de forma autónoma, como es notorio, son caldo de cultivo para posibles irregularidades y fraudes o para la simulación que encubre verdaderas relaciones laborales, difíciles de controlar. A buen seguro, chocan con la «decidida» e implacable lucha contra el empleo irregular emprendida por el Gobierno que, lamentablemente, no está arrojando los resultados deseados, a pesar de la autocomplacencia del gobierno con su efectividad, que quizás encubre la propia complacencia de los poderes públicos con las irregularidades⁴⁵. El 15 de julio de 2014 la Ministra de Empleo, siguiendo el mandato al Gobierno contenido en la DA Única Ley 13/2012, hizo públicos los principales resultados, que calificó de «modestos» pero

⁴⁴ Sobre el fenómeno de la deslaboralización para reducir costes, vid. S. RODRIGUEZ ESCANCIANO, “La crisis de identidad del modelo «clásico» de contrato de trabajo: la incidencia del paro y la precariedad, *Diario La Ley* D-159, 2012, p. 13 de la versión consultada en www.laleydigital.es.

⁴⁵ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “La aplicación de la Reforma...”, cit., p. 2.

importantes. Lo más destacable, el afloramiento de 170.941 empleos irregulares, la imposición de 5.496 sanciones y su impacto económico global que alcanza los 9.271 millones de euros⁴⁶.

Ahora bien, la precariedad propiciada y consentida desde las propias instituciones supone también un acicate para la prestación irregular por parte de los trabajadores que ven ventajas inmediatas al optar por esta vía laboral, aun cuando pueda tener notables efectos negativos en el futuro. A pesar de que las causas del fenómeno del empleo no declarado son muchas y variadas⁴⁷, su notable extensión, junto a motivos burocráticos y de costes para el empresario, también está ligada a las tasas de desempleo, las situaciones de especial necesidad y la cada vez más delgada línea que separa la precariedad laboral de las situaciones de irregularidad, fraude o trabajo no declarado. El Gobierno aparece más preocupado en la extracción de sujetos de las listas del desempleo, por la vía que sea, que en la lucha contra el fraude o la irregularidad (sea total o parcial) o la garantía de unos derechos básicos que permitan un trabajo digno.

2.4. La tarifa plana: una nueva vuelta de tuerca a los incentivos a la contratación indefinida

En esta especie de reforma constante, de períodos cíclicos de cambio y de vuelta constante al pasado y a la reiteración de fórmulas manidas y nada imaginativas, de nuevo el RDL 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida, vuelve a la conocida fórmula de los incentivos a la contratación indefinida centrados en la reducción de las cotizaciones sociales pero revestidos de un halo de novedad en la calificada como tarifa plana. En esencia, no se trata más que de una reducción de las cotizaciones empresariales (por contingencias

⁴⁶ <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/deralle/2264>. También en el Informe del Impacto de la Reforma Laboral, MESS, Gobierno de España, pp. 34 y ss y 135 ss, se destacan como resultados la incorporación de nuevos efectivos a la ITSS destinados a la lucha contra el fraude, el afloramiento de miles de empleos y el efecto disuasorio desplegado por las cuantiosas multas.

⁴⁷ Entre otros, L. E. DE LA VILLA GIL, "La economía sumergida y los arañazos superficiales a la realidad social a través de las medidas adoptadas por el Gobierno. Breve comentario al Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 26, 2011, pp. 175 ss; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Economía sumergida y empleo irregular", *Relaciones Laborales*, 1985-I, pp. 43 ss; S. M. RUESGA BENITO, "El empleo no declarado. Apuntes para una interpretación estructural", *Relaciones Laborales* 1988-I, pp. 1122 ss.

comunes) a la Seguridad Social, que conlleva una cuota empresarial reducida de cuantía uniforme (la general sería de 100 €, y de 75 ó 50 € para contrataciones a tiempo parcial) que opera sobre nuevas contrataciones indefinidas, siempre que supongan el mantenimiento de empleo neto durante un período mínimo de tres años. Incentivos a la contratación de los que pueden beneficiarse todas las empresas, al margen del tamaño de la plantilla, para los contratos celebrados entre el 25 de febrero y el 31 de diciembre de 2014 y a salvo de una serie de exclusiones legales. En relación con las exclusiones debidas a extinciones previas de contrato en empresas del grupo o a trabajadores que prestasen servicio en la empresa mediante contrato indefinido, resultan claramente inoperantes desde el momento en que se incluye una inexplicable inaplicación de las mismas para extinciones acaecidas antes del 25 de febrero de 2014, fecha de anuncio de la adopción de la medida.

Ante estas disposiciones parece claro, en especial tras el análisis de las normas relativas al cálculo del incremento del nivel de empleo de la empresa (en los 30 días anteriores a la celebración del contrato), el control del mantenimiento del empleo durante 36 meses y la exclusión de determinadas extinciones en el examen del mantenimiento del empleo que, aunque la norma abanderara una política de creación de empleo estable, se consagra una extrema facilidad para sustituir trabajadores de la empresa, sin tarifa plana, por nuevos trabajadores con menores salarios, con tarifa plana y, además, sin creación de empleo neto⁴⁸. Conclusión que se agrava habida cuenta que el incumplimiento del período de mantenimiento del empleo únicamente acarrea a la empresa una obligación de reintegro parcial en función del tiempo que reste por alcanzar el tope mínimo legal de 36 meses. Fórmula que se reitera, con requisitos específicos para la contratación de personas beneficiarias de la garantía juvenil en el art. 107 del RDL 8/2014, de 4 de julio⁴⁹, donde el importe de la cotización se fija en 300 euros, con tarifas reducidas si el contrato es a tiempo parcial, y el mantenimiento del trabajador en su puesto de trabajo alcanza los seis meses. La precarización es evidente en este caso, como también lo es la finalidad de las previsiones en relación con la inscripción en el sistema de garantía juvenil, que no es otra que «adelgazar» las cifras de desempleados.

⁴⁸ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M. E. CASAS BAAMONDE, “El uso del Decreto Ley...”, cit., p. 19.

⁴⁹ BOE de 5 de julio.

3. EL FORTALECIMIENTO DE LOS PODERES UNILATERALES DEL EMPRESARIO Y LA REDUCCIÓN DE COSTES LABORALES COMO OBJETIVOS ÚLTIMOS DEL MOVIMIENTO REFORMADOR

Una visión de conjunto de las distintas reformas operadas en el trienio reformador 2012-2014, sin necesidad de entrar a analizar todas y cada una de las medidas adoptadas, permite extraer una serie de conclusiones globales conducentes a una afirmación certera: la notable ampliación de los poderes unilaterales del empresario⁵⁰ y la constatación de que la reducción de los costes laborales⁵¹ ha operado como el resorte que justifica la mayor parte de los cambios normativos. En especial, se ha puesto el mayor empeño en facilitar la moderación y devaluación salarial, sea a través de la negociación colectiva o de los procedimientos de inaplicación o de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Todas ellas parten de la implantación y reforzamiento de un modelo de competitividad sostenido sobre el bajo precio del trabajo y no sobre la productividad de los trabajadores, el empleo de calidad, la formación, la innovación, la modernización tecnológica y la internacionalización de las empresas⁵². El modelo en sí mismo no resulta sostenible ni a la larga conllevará un crecimiento del tejido productivo, a lo que debemos añadir que una vez asentado va a ser difícil pasar a otro basado en el empleo de calidad, la formación, las redes de I+D y la innovación⁵³.

⁵⁰ También para R. QUESADA SEGURA, “Los nuevos derechos del trabajador”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 34, 2013, p. 210, el sistema favorece ahora el poder de decisión y gestión empresarial en detrimento del modelo promocional de la autonomía colectiva y de garantía del mantenimiento del empleo.

⁵¹ En la misma línea apunta M. A. BALLESTER PASTOR, “La flexibilidad interna...”, cit., p. 177. vid. también las conclusiones en este sentido de J. L. MONEREO PÉREZ, “El Derecho del Trabajo y el legislador...”, cit., pp. 33 ss.

⁵² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M. E CASAS BAAMONDE, “El uso del Decreto Ley...”, cit., p. 14.

⁵³ M. RODRIGUEZ-PIÑERO *et altri*, “La aplicación...”, cit., pp. 1-2.

3.1 El pretendido nuevo equilibrio entre flexibilidad interna y externa

Resulta bien conocido que la Ley 3/2012 decía establecer un nuevo equilibrio entre flexibilidad interna⁵⁴ y externa, entre la movilidad interna en la empresa y los mecanismos extintivos del contrato de trabajo y afirmaba aceptar la primera en su condición de «mal menor» comparada con la segunda. Ahora bien, en ningún caso se defiende claramente la flexibilidad interna ni se prioriza sobre la externa. Esto es, el pretendido carácter «preferente» de la flexibilidad interna frente a la destrucción de empleo ha sido más bien un espejismo, un desiderátum, desmentido por la aplicación de las nuevas normas laborales. La Reforma 2012 contiene un sustancioso paquete de medidas, retocado en disposiciones ulteriores, cuyo principal beneficiario resulta ser el empresario. Sin ánimo de exhaustividad, se amplía la movilidad funcional, se fomenta la distribución irregular de la jornada, atribuyendo un porcentaje en exclusiva a la decisión unilateral del empresario, en defecto de pacto y se flexibiliza la movilidad geográfica, con ampliación de las causas, desaparición de la intervención de la autoridad laboral y disminución de los plazos. A ello se une la ampliación considerable de las capacidades empresariales en orden a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, extendiendo el ámbito de las individuales al ceñir su distinción de las colectivas a un mero criterio numérico; la simplificación de la inaplicación salarial o de condiciones de trabajo, incluso sin acuerdo, impuesta a través de un arbitraje obligatorio, unido a las consabidas medidas de ajuste temporal de jornada o de plantilla, liberadas de la pertinente autorización administrativa. Pero esta flexibilización de la gestión de la mano de obra no se ha visto acompañada, en ningún caso, de la adopción de disposición alguna que situara en primer plano el mantenimiento del empleo, ni de cautelas capaces de frenar su destrucción. En definitiva, no se ha configurado un verdadero uso alternativo de las distintas vías de flexibilización ni, menos aún, se exige a las empresas demostrar un intento serio de utilización de la flexibilidad interna, en alguna de sus manifestaciones, antes de proceder a la extinción de contratos de trabajo.

⁵⁴ Sobre los aspectos conceptuales y los nuevos perfiles de la flexibilidad interna, en los que no hemos de entrar, nos permitimos una remisión a un trabajo anterior, M. T. IGARTUA MIRÓ, “Los nuevos perfiles de la flexibilidad interna: algunos interrogantes tras la Ley 3/2012, de 6 de julio”, *Aranzadi Doctrinal* nº 6, 2012, pp. 33 ss. Asimismo, M. LLANO SÁNCHEZ, “¿Existe un verdadero equilibrio entre flexibilidad externa y flexibilidad interna en la reforma laboral 2012?, en AA.VV., *Las reformas...*, cit., pp. 597 ss.

La evidencia respecto a la inexistencia de una verdadera apuesta por la flexibilidad interna o un planteamiento secuencial o escalonado de las diferentes medidas que conforman la flexibilidad⁵⁵ es fácilmente constatable. No cabe apreciar en modo alguno en nuestro ordenamiento la exigencia al empresario de utilizar previa y prioritariamente facultades propias de adaptación en el curso de la relación laboral o medidas de ajuste temporal, antes de llegar a la reducción de plantilla. Ello ha propiciado una situación muy favorable para la empresa, donde el empresario ha podido «beneficiarse» simultánea o sucesivamente de decisiones de distinto género, incluidos los despidos individuales o colectivos, objeto de importantes ajustes encaminados a su agilización y simplificación, unidos a la reducción de su coste⁵⁶. En definitiva, en ningún caso se ha planteado el despido por crisis como *ultima ratio* ni tampoco se han graduado los distintos instrumentos de la flexibilidad interna⁵⁷. A la hora de la verdad, en el caso de una pequeña empresa, a simple vista, el sistema de inaplicación salarial resulta ser más complejo que el de despido colectivo, con la intervención de distintas instancias y a la postre con el recurso a un procedimiento arbitral obligatorio, cuando la extintiva resulta ser una decisión unilateral, por debajo de un determinado umbral numérico. Pero ocurre algo similar con la suspensión contractual o la reducción de jornada, pues mientras que en tales supuestos habrá de sujetarse a un procedimiento de comunicación a la autoridad laboral *ex art.* 47 ET, con independencia del número de trabajadores afectados y de la empresa, será factible proceder a un despido individual, siempre que se mantenga por debajo de los topes legales contenidos en el art. 51 ET.

Esta realidad, que choca con las primeras afirmaciones sobre la Reforma, es asumida en cierto modo en el Informe sobre la misma elaborado por el Gobierno, donde se asume que las medidas de flexibilidad son decisiones empresariales alternativas al despido que responden a la lógica de proteger la competitividad

⁵⁵ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “La aplicación de la Reforma...”, cit., p. 2. Es obvio que el único procedimiento para fomentar la utilización preferente de los mecanismos adaptativos internos debía pasar inevitablemente por el encarecimiento de los mecanismos extintivos así como por la penalización de la utilización masiva e injustificada de contratos temporales, M. A. BALLESTER PASTOR, “La flexibilidad interna...”, cit., p. 185. Sobre la aplicación de este paquete de medidas es interesante la lectura de J. C. BENITO-BUTRÓN OCHOA, “La recepción judicial de las medidas de flexibilidad interna en las empresas”, en J. C. BENITO-BUTRÓN OCHOA, J. I. MARCOS GONZÁLEZ y C. MOLINA NAVARRETE, *Primeras Interpretaciones Judiciales de la Reforma Laboral 2012 ¿Aplicación o Recreación?*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 21 ss.

⁵⁶ In extenso, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, “Una ruta bajo sospecha...”, cit., pp. 67 ss.

⁵⁷ M. A. BALLESTER PASTOR, “La flexibilidad interna...”, cit., p. 197.

empresarial y –no siempre– de evitar la destrucción de empleo. Planteamiento que se refleja en la clamorosa ausencia de protección del empleo en la definición legal de las causas que justifican las medidas empresariales de flexibilidad interna o de extinción contractual, desapareciendo cualquier referencia al mantenimiento del empleo o la estabilidad en el empleo o fórmulas similares en los arts. 40, 41 y 82.3 ET⁵⁸.

A la vista de estas conclusiones, sorprende bastante que el argumento central de la STC 119/2014, de 16 de julio, a la hora de legitimar el arbitraje obligatorio previsto en orden a la inaplicación salarial y de condiciones de trabajo, gire casi en exclusiva sobre la protección de la estabilidad y del empleo. En este sentido, para el Alto Tribunal, la regulación del art. 82.3 ET, que constituye una excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos, responde a una finalidad constitucionalmente legítima; pretende posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias sobrevenidas que concurren en una empresa después de la aprobación del convenio, ante el riesgo de que el mantenimiento de tales condiciones pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa y, con ello, el empleo, cuya protección constituye un deber de los poderes públicos (art. 40 CE). El argumento sería irreprochable si la regulación legal hubiera en efecto procedido a garantizar la estabilidad del empleo e impediera la extinción de contratos de trabajo, bien secuenciando la adopción de las distintas medidas de flexibilidad, bien estableciendo límites a la flexibilidad de salida, condicionando su utilización al agotamiento previo de medidas de ajuste menos drásticas. A pesar de ello, para el Tribunal resulta claro que «el propósito perseguido por el legislador con la medida cuestionada ha sido facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo», para terminar afirmando que «son, pues, intereses constitucionales vinculados a la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo, los que permiten concluir que la intervención decisoria o arbitral diseñada en el art. 82.3 ET goza de justificación legítima».

⁵⁸ M. RODRIGUEZ-PIÑERO *et alri*, “La aplicación...”, cit., pp. 1-2. También M. A. BALLESTER PASTOR, “La flexibilidad interna...”, cit., p. 197; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, “El “favor por la flexibilidad interna negociada en el Real Decreto-Ley //2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva”, en AA.VV. (I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. R. MERCADER UGUINA, Dirs.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 203.

3.2 De la flexibilidad interna negociada a la flexibilidad unilateral e impuesta: el debilitamiento del poder social

A estas alturas, existe un alto grado de consenso a la hora de admitir que la Reforma Laboral 2012 ha supuesto la configuración de la empresa como un centro de decisión que se autorregula, y donde el poder del empresario se refuerza, como consecuencia de la negociación colectiva entendida como obstáculo a la flexibilidad, que se debilita⁵⁹. Como es bien sabido, en un corto lapso temporal se pasa del fomento de la flexibilidad interna negociada a la imposición de una serie de medidas de flexibilidad⁶⁰, a instancias del empresario, partiendo de que la reforma en profundidad del sistema de negociación colectiva responde al objetivo de procurar que ésta sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa, implicando una notable desnaturalización de su función reguladora⁶¹, con un palpable debilitamiento de la fuerza vinculante del convenio al erosionar su eficacia jurídica y personal⁶². Estamos muy lejos, por tanto, de las proclamas de textos anteriores (Ley 35/2010) sobre la negociación colectiva como el mejor instrumento para favorecer la adaptabilidad y para encontrar puntos de equilibrio entre la flexibilidad requerida por las empresas y la seguridad demandada por los trabajadores que, no obstante, también venía desmentida por el articulado de la Ley.

En esta línea, el Informe sobre la Reforma Laboral afirma que la flexibilidad interna negociada es deseable pero que la flexibilidad interna adecuadamente justificada también es preferible a la flexibilidad externa. Planteamiento que ha permitido la generalización de medidas de este tipo, en especial, inaplicaciones de convenios, con rebajas considerables de salario o con incrementos de tiempo de trabajo, que no vienen acompañadas de la correspondiente subida salarial, facilitando

⁵⁹ M. RODRIGUEZ-PIÑERO *et alrri*, “La aplicación...”, cit., p. 23; A. BAYLOS GRAU, “La ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario en la Ley 3/2012”, en A. BAYLOS GRAU (Coord.), *Políticas de austeridad...*, cit., pp. 11 ss.

⁶⁰ *In extenso*, M. A. BALLESTER PASTOR, “La flexibilidad interna...”, cit., p. 185. Para J. L. MONEREO PÉREZ, “El Derecho del Trabajo y el legislador...”, cit., p. 29, en la reforma subyace una opción de política del Derecho contraria a la flexibilidad negociada y se ha preferido debilitar la posición jurídica e institucional de los sindicatos más representativos.

⁶¹ M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, “Una ruta bajo sospecha...”, cit., p. 88.

⁶² Por todos, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “La aplicación de la Reforma...”, cit., p. 11.

enormemente el camino para cometer abusos y poniendo de manifiesto la ruptura del equilibrio en la relación trabajado—empresario. De esta forma, pese a que desde el Ministerio de Empleo se «presuma» del número de descuelgues operados desde la reforma y de que la gran mayoría fueron consensuados en el período de consultas⁶³, ello no se debe en absoluto a un equilibrio de poderes entre las partes ni a un fomento de la flexibilidad negociada, sino a una regulación donde el poder del empresario se ve fuertemente incrementado y donde los representantes de los trabajadores se ven compelidos a pactar o a acatar las soluciones individuales impuestas por el lado empresarial. Situación que se repite tras el otorgamiento directo en el art. 34.2 ET al empresario de la distribución irregular de un porcentaje de la jornada, en defecto de pacto, pues con ello se «incentiva» el interés de los representantes en la negociación de esta concreta cuestión, quedando roto el equilibrio en las relaciones laborales⁶⁴ en caso contrario, pero a costa de asegurar básicamente una posición reforzada al empresario.

A todo lo anterior hemos de unir, aspecto en el que no vamos a detenernos, las relevantes modificaciones operadas en el régimen de la negociación colectiva, incluyendo la prioridad aplicativa del convenio de empresa o la reforma del régimen jurídico de la ultraactividad, cuya revisión tuvo por objetivo principal lograr una tan intensa como extendida devaluación salarial⁶⁵, pero es que también puede provocar que a la postre las garantías de algunos trabajadores queden ceñidas a los mínimos legales, efecto drástico que está siendo tamizado por los tribunales en la aplicación de la norma⁶⁶.

4. EL CAMBIO DE ÓPTICA EN LA GARANTÍA DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: DE NÚCLEO DURO DE LA TUTELA LABORAL A SIMPLE CARGA ADMINISTRATIVA A «ALIGERAR» EN ARAS DEL EMPRENDIMIENTO

En el plano legislativo, una diferencia esencial separa la seguridad y salud de otros ámbitos laborales, puesto que no está afectada por una coyunturalidad tan acusada ni

⁶³ Así F. BÁÑEZ GARCÍA, “La nueva cultura del empleo”, *Actualidad Laboral* nº 4, 2014, p. 5 de la versión consultada en www.laleydigital.es.

⁶⁴ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Contenido mínimo del convenio colectivo”, *Relaciones Laborales* nº 23-24, 2011, p. 58 de la versión consultada en www.laleydigital.es.

⁶⁵ M. RODRIGUEZ-PIÑERO *et al*ri, “La aplicación...”, cit., p. 39.

⁶⁶ *In extenso*, vid. C. MOLINA NAVARRETE, *Escenarios de “post-ultraactividad” del convenio: soluciones judiciales a la incertidumbre*, Bomarzo, Albacete, 2014.

por la voracidad normativa que venimos analizando. Más bien al contrario, el marco jurídico de la prevención goza de un elevado grado de estabilidad, si lo comparamos con el resto del ordenamiento jurídico-laboral. Seguramente la ausencia de nuevas normas en este ámbito refleja que el principal problema no es la ausencia de regulación legal sino su falta de eficacia y de cumplimiento real y eficiente, como se ha denunciado reiteradamente, en especial desde la OIT (Convenio nº 187). A ello cabría añadir la existencia en estos momentos de un latente desinterés por la materia, admitida la idea de que son más acuciantes otros problemas, en especial la falta de empleo. Además, se han instalado unos planteamientos demasiado optimistas en relación con la considerable reducción de las cifras de accidentes de trabajo en nuestro país, reflejo natural de las abultadas cifras de desempleo, del colapso en el sector de la construcción y de la desaparición de determinadas prácticas laborales y salariales. Ahora bien, siendo pocos los cambios normativos, y sin ser excesivamente significativos, reflejan dos datos bastante preocupantes. El primero, habría que residenciarlo en la propia forma de legislar, huyendo de la aprobación de disposiciones específicas, optando por incluir modificaciones en normas de contenido heterogéneo, a veces con difícil encaje. Pero es que, en segundo lugar, y ello es mucho más grave, se aprecia un cambio de rumbo desde una concepción de la seguridad y salud como un derecho básico del trabajador, inherente al contrato de trabajo e integrante del núcleo duro del ordenamiento laboral y máximo exponente de su carácter tuitivo, a una nueva visión del mismo como «carga» económica o traba para el empresario, de la que debe ser librado a toda cosa.

He aquí una nueva manifestación de la idea central de los nuevos aires que respira el Derecho del Trabajo, de huida de la norma laboral, rebaja de garantías y reducción de costes, del tipo que sean. Me referiré solamente a uno de estos cambios, quizás el más significativo, enmarcado en una política tendente a la eliminación de las trabas para las PYMES y fomento de la asunción personal por el empresario de las tareas preventivas. Téngase en cuenta, como punto de partida, que esta modalidad de organización de la prevención en la empresa constituye una clara excepción a la obligación empresarial de designar trabajadores o de dotarse de servicios de prevención (propios o externos), por tanto su aplicación habría de ser lo más restrictiva posible. Pues bien, asistimos con el paso del tiempo a una expansión considerable del número de empresas que pueden optar por este tipo de «organización» preventiva, que suscita no pocas dudas en cuanto a su eficacia y al conflicto de intereses subyacente. Si tras la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, esta alternativa venía reservada a empresas de hasta seis trabajadores, el número pasa a ser de diez tras la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, ley ómnibus para adaptar distintas leyes a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, creciendo

ahora hasta los veinticinco, cifra nada despreciable, si bien condicionado a que se trate de una empresa con un único centro de trabajo.

Interesa destacar la norma donde esta modificación legal cobra vida y el planteamiento del legislador en cuanto al tipo de reforma que acomete. Es, en este sentido, la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la que incluye un artículo (art. 39) sobre prevención de riesgos laborales en las PYMES. Este precepto, situado dentro del capítulo I, del Título IV dedicado a la simplificación de cargas administrativas⁶⁷, da una idea bastante clara de la concepción que prima en la modificación legal del art. 30.5 LPRL. Aun cuando es fácil coincidir con quien valora positivamente la compensación que de alguna forma se opera entre número de trabajadores y unicidad del centro de trabajo, pues la actividad preventiva se podría realizar de forma centralizada⁶⁸, a nuestro juicio, el importante número de trabajadores implicados hace seguramente que la complejidad de la actividad preventiva sea notable, los requerimientos formativos elevados (nivel superior, casi con toda seguridad) y considerable el tiempo requerido para su desarrollo. Y todo ello, en definitiva, no hace más que incrementar el riesgo de que en este tipo de empresas no haya un sujeto realmente competente y técnicamente responsable de la prevención de riesgos laborales⁶⁹ y, por ende, asistamos a una nueva degradación de las condiciones de seguridad y salud en este ámbito. Volvemos, otra vez, de la mano del propio legislador, que intentó poner remedio con la Ley 54/2003 al cumplimiento más burocrático que real y eficiente, a una reiterativa y nefasta concepción de la prevención de riesgos laborales como un aspecto meramente «formal» de la relación laboral, susceptible de ser simplificado, aun a costa de su degradación.

Para concluir, esta exoneración al empresario de dotarse de una organización preventiva, más o menos estructurada y en manos de terceros, aunque aparentemente está en sintonía con las últimas tendencias de la política comunitaria en la materia, camina en una dirección diametralmente opuesta. Si nos acercamos al marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020⁷⁰, parte

⁶⁷ Puede verse, M. E. LÓPEZ RUBIA, “La aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en las PYMES: últimas modificaciones normativas”, *Lan Harremanak*, 28, 2013-I, pp. 252 ss. Destaca también esta visión del Derecho del Trabajo como carga administrativa M. E. CASAS BAAMONDE, “El Derecho del Trabajo...”, cit., p. 17. Muy crítico también C. MOLINA NAVARRETE, “La dimensión socio-laboral...”, cit., pp.239 ss.

⁶⁸ M. E. LÓPEZ RUBIA, “La aplicación de la normativa...”, cit., p. 262.

⁶⁹ C. MOLINA NAVARRETE, “La dimensión socio-laboral...”, cit., p. 242.

⁷⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas 6.6.2014, COM (2014) 332 final.

de la afirmación de que la inversión en salud y seguridad en el trabajo contribuye al bienestar de los trabajadores y es rentable, aspecto que olvidamos a nivel nacional. El primer reto del documento es la mejora del historial de aplicación en los Estados Miembros, en particular mediante el refuerzo de la capacidad de las microempresas y las pequeñas empresas para poner en marcha medidas efectivas y eficaces para la prevención del riesgo. Una de las causas en las que se sitúa la dificultad inherente a respetar las disposiciones reglamentarias y administrativas por parte de estas empresas es no disponer de asesoramiento directo o ausencia de orientación. En este sentido, el asesoramiento, esencial para este tipo de empresas, es objeto de atención en el art. 39.2 Ley 14/2013 que añade una nueva DA 7ª a la LPRL sobre asesoramiento técnico a empresas de menos de 25 trabajadores, encomendado al INSHT⁷¹. Medida sin duda insuficiente y que difícilmente va a dar respuesta eficaz a la ausencia de prevención en estas empresas. Habría que poner sobre la mesa también mayores ayudas financieras para garantizar la eficacia de las medidas e incidir en los ejemplos e intercambios de buenas prácticas, aspectos que centran también la atención del marco estratégico mencionado. Es verdad que este también alude a la eliminación de cargas administrativas innecesarias, pero seguramente en el sentido de evitar los requisitos documentales exorbitantes y la complejidad de algunos instrumentos, inadecuados al tamaño y los riesgos de la empresa. El objetivo pretendido no va a alcanzarse a costa de sustituir los recursos dedicados a la prevención, especializados y objetivos, por la asunción personal de la actividad que, acompañada de la posibilidad de eximirse de la realización de la auditoría y de la frecuente falta de presencia de representantes de los trabajadores va a llevar, casi con total seguridad, a una desprotección de los trabajadores implicados, en clara contradicción con el objetivo comunitario de la garantía de un elevado nivel de protección de la salud y seguridad. Se echa en falta también una atribución de un papel de asesoramiento y vigilancia específica para este tipo de empresas por parte de la Inspección de Trabajo y la dotación de efectivos especializados, en paralelo a lo acontecido en el ámbito de la lucha contra el fraude y el empleo irregular, situaciones que, como se sabe, también inciden en la tutela de la seguridad y salud⁷².

⁷¹ Atribución objeto de un recurso de inconstitucionalidad (nº 7473/2013), promovido por el gobierno catalán y admitido a trámite por Providencia de 28 de enero de 2014 (BOE 4 de febrero).

⁷² F. A. GUINDÍN SANCENA, "Economía irregular y trabajo no declarado: impacto sobre la salud y condiciones de trabajo", en M. I. RAMOS QUINTANA y M. C. GRAU PINEDA, *Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes*, Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 145 ss.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: RECHAZO A UN DERECHO DEL TRABAJO FLEXIBLE Y SUBORDINADO AL EMPLEO DESPROVISTO DE SU FUNCIÓN TUTIVA

Resulta patente que las últimas reformas laborales han sido un canto a la flexibilidad⁷³, con independencia de la pátina de «flexiguridad» con que se han revestido en discursos políticos y preámbulos, que hablan sin pudor de la garantía tanto de la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como de la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social, meros intentos de justificar y legitimar el nuevo orden jurídico laboral. El empresario ha visto crecer su ámbito de maniobra, se ha beneficiado, incluso simultáneamente, de un incremento de la flexibilidad sea externa o interna, a costa de una rebaja considerable de derechos⁷⁴ y de tutelas para los trabajadores asalariados⁷⁵. Las tutelas en el contrato de trabajo han disminuido a la vista de la fortísima inseguridad en el trabajo que dificulta o impide las denuncias y

⁷³ El desencanto con la flexiguridad, desvestida de la segunda parte del binomio, es patente en las aproximaciones doctrinales. Entre otros, resulta de sumo interés la consulta de trabajos como los de J. M. QUINTANA HERNÁNDEZ, “¿Flexibilidad laboral, flexiseguridad o flexplotación?”, *Lan Harremanak* nº 26, 2012, pp. 131-159. De flexibilidad insegura, dependiente de las decisiones unilaterales del empresario de flexibilidad interna, que no proporciona a los trabajadores seguridad profesional en el empleo y fuera del empleo hablan M. RODRIGUEZ-PIÑERO *et alri*, “La aplicación...”, cit., p. 21. Sobre la formulación comunitaria de la flexiseguridad y su deriva hacia el primero de sus elementos, entre otros, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “La aplicación de la Reforma...”, cit., pp. 3 ss. Es interesante también el trabajo de G. LOY, “Apuntes sobre el libro verde «modernizar el Derecho del Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI»”, *Relaciones Laborales* nº 15, 2007, pp. 157 ss.

⁷⁴ Baste como muestra traer a colación cómo la doctrina denuncia la degradación de los derechos fundamentales en el ámbito de la flexibilidad interna, con particular rotundidad en el tratamiento otorgado a la movilidad geográfica, cuya repercusión en colectivos vulnerables es evidente o el retroceso directo y rotundo en los derechos de conciliación, M. A. BALLESTER PASTOR, “La flexibilidad interna...”, cit., pp. 203 y 207.

⁷⁵ Resulta notorio el aumento de las desigualdades en la relación entre empleador y empleado donde la precariedad y la fragmentación, entre otros, se han vuelto elementos incontestables de esta nueva realidad, vid. F. J. TOVAR MARTÍNEZ y J. C. REVILLA CASTRO, “La institucionalización de la individualización del trabajo: el concepto de flexiguridad”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 30, num.1, p. 236.

reclamaciones por parte de los trabajadores y sus representantes⁷⁶. El ordenamiento jurídico laboral y sus pretendidas rigideces ocupan desde hace tiempo un lugar destacado entre los presuntos causantes del desempleo, falacia que lleva a considerar enormemente deseable la disminución de los mínimos legales, de la regulación protectora dimanante del Estado y, por supuesto, el progresivo debilitamiento de los poderes ostentados por la representación de los trabajadores.

Aunque la flexibilidad laboral facilita las estrategias empresariales de gestión de la mano de obra, a la postre se convierte en un instrumento para disciplinar a los trabajadores, pues allana la resistencia de estos a la aceptación del empeoramiento de las condiciones de trabajo, a la que, por otra parte –se insiste cual letanía inevitable– obliga la terrible competitividad fruto de la globalización⁷⁷. El principal efecto de los cambios introducidos en la normativa laboral, todos de signo flexibilizador, es la notable reducción de niveles de protección y de estabilidad de los trabajadores, resultado de la concesión de un mayor espacio al juego de la libertad de mercado y de empresa, sobrentendiendo que los límites al poder de dirección en el desarrollo del contrato de trabajo han podido o pueden incidir negativamente en la eficacia económica y en el éxito empresarial⁷⁸.

Hemos podido comprobar a lo largo de estas líneas que las sucesivas modificaciones legales son reflejo de una política decidida de reducción de costes, que conlleva la de las correspondientes tutelas y garantías, legitimada por un hipotético incremento de los niveles de empleo. Por tanto, asistimos a un intercambio, pretendidamente justificado, entre la función tuitiva y la defensa de la empresa y a la postre una nueva ponderación de valores e intereses que anteponen la competitividad de la empresa, los imperativos del mercado y los niveles de empleo, a los valores tradicionales de tutela del trabajo⁷⁹. Ahora bien, la ineficacia de estas reformas en orden a su pretendido objetivo, unida a sus nocivos efectos para la clase trabajadora, llevan a una acerada crítica y a un frontal rechazo del giro emprendido. Son hoy aún más certeras las palabras del profesor Rodríguez-Piñero, puesto que «la flexibilidad debe ser un medio y no un fin, pero la búsqueda obsesiva de la flexibilidad ha llevado a convertirla en finalidad, a recurrir a la flexibilidad sin motivo, de forma exagerada y sin

⁷⁶ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “La aplicación de la Reforma...”, cit., p. 3.

⁷⁷ J. M. QUINTANA HERNÁNDEZ, “¿Flexibilidad laboral...?”, cit., pp. 131-159.

⁷⁸ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO *et alii*, “La aplicación...”, cit., p. 8.

⁷⁹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, “La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo (1)”, *Relaciones Laborales* n° 20, 2011, p. 2 de la versión consultada en www.laleydigital.es.

asegurar efectos positivos sobre la eficiencia, el resultado productivo y la rentabilidad de las empresas»⁸⁰.

Estos cambios han reforzado algunos de los rasgos característicos de lo que podría considerarse un nuevo Derecho del Trabajo. Sin ánimo de exhaustividad, citaremos la ampliación de los poderes empresariales, la relajación del carácter tuitivo, la protección de la competitividad y de la posición empresarial en el mercado y, de modo particular, la mayor defensa del empleo que del trabajador. Y todo ello a pesar de la evidencia de la ineficacia de las reformas laborales para resolver el problema del desempleo y, menos aún, los de la rotación o la precariedad laboral. Seguramente, ha llegado el momento de buscar fórmulas nuevas y dejar de insistir reiterada y machaconamente en los mismos esquemas, error de base compartido por las últimas reformas. Este nuevo Derecho del Trabajo invierte su función protectora para reconocer derechos a los empresarios y proteger los valores empresariales para crear empleo o evitar su destrucción⁸¹.

Son ya diversas las voces que se vienen alzando contra la situación apenas descrita, especialmente crítica en el último trienio, y que consideran que el papel de la doctrina laboral debe ser tratar de encauzar los cambios, para que el necesario proceso de revisión y modernización del Derecho del Trabajo no implique un debilitamiento de sus valores y principios originarios, sin poner en peligro su propia esencia⁸². La solución no es reducir derechos para ampliar mercado erosionando la calidad del trabajo y del empleo, sino asegurar los valores profundos del Derecho del Trabajo, las libertades, garantías y derechos del trabajador como trabajador y como persona⁸³. Es obvio que la creación de empleo no va a venir de la mano de la promulgación de normas restrictivas de derechos, sino que depende de modo directo de la salud de la actividad económica general, de la inversión y del consumo, y de las políticas públicas que se propongan de modo decidido su crecimiento⁸⁴.

Hay que descartar que la función del Derecho del Trabajo pueda ser reducida a la creación de empleo, y menos a través de políticas agotadas e inoperantes, puesto que su

⁸⁰ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Una nueva fase del Estatuto de los Trabajadores”, *Relaciones Laborales* 2005-I, p. 108.

⁸¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO *et alrri*, “La aplicación...”, cit., p. 9.

⁸² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “La difícil coyuntura...”, cit., p. 3; también R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “La aplicación de la Reforma...”, cit., p. 5, pone de manifiesto cómo el sentido del Derecho del Trabajo debe seguir siendo la compensación de las desigualdades en la relación entre empresarios y trabajadores.

⁸³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “La difícil coyuntura...”, cit., p. 3.

⁸⁴ *In extenso*, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, “Una ruta bajo sospecha...”, cit., pp. 67 ss.

misión sigue siendo la de establecer un marco jurídico protector del trabajo y de los trabajadores⁸⁵. Para admitir el cambio genético pretendido y la desaparición de la necesidad de cumplir con su finalidad inicial, deberían haber decaído las desigualdades económicas y sociales inherentes a la relación laboral⁸⁶. La situación actual es más bien la contraria, tras las nuevas brechas abiertas y los desequilibrios patentes, pues se ahonda en un progresivo debilitamiento de los derechos del trabajador, desprovisto de buena parte de su tutela y un fortalecimiento de los poderes empresariales, en buena medida injustificado si tenemos en cuenta su ineficacia para el objetivo abanderado.

María Teresa Igartua Miró
Profesora Titular de Universidad
Departamento de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla
igartua@us.es

⁸⁵ M.E. CASAS BAAMONDE, “Derecho del Trabajo y empleo (1)”, *Relaciones Laborales* nº 4, 2012, p. 9-10 de la versión consultada en www.laleydigital.es.

⁸⁶ G. LOY, “Apuntes sobre el libro verde...”, cit., p. 172.