

## **CUESTIONES ACTUALES (Y NO TANTO) DEL DERECHO DEL TRABAJO**

**SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid*

### **EXTRACTO**

El presente artículo aborda, desde una perspectiva general, algunas de las cuestiones y problemas centrales que hoy se plantean al Derecho del Trabajo, en cuanto disciplina jurídica, derivadas de las transformaciones y de los cambios que las estructuras productivas han experimentado en los últimos años. Unas exigencias que ponen en cuestión desde la propia legitimidad ordenadora del Derecho del Trabajo hasta principios, como el de protección, considerados centrales; que suscitan interrogantes referidos a aspectos como la propia delimitación de su ámbito, su función homogeneizadora de condiciones de trabajo, la identificación de la figura empresarial y la función tradicional de los sistemas representativos y participativos en la empresa. El artículo pone en evidencia todos estos conflictos, proporciona explicaciones a los mismos, analiza formas de solución y propone alternativas de adaptación de la disciplina jurídico-laboral que, sin hacerle perder los rasgos que han constituido siempre su propia razón de ser, le permitan, no obstante, seguir cumpliendo sus funciones en un contexto profundamente renovado.

## ÍNDICE

1. Introducción
2. La pérdida de legitimidad del Derecho del Trabajo tradicional como sustrato de las exigencias de cambio
3. Los factores productivos u organizativos justificadores de los cambios exigidos en el Derecho del Trabajo
4. La delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo
5. La dispersión como fenómeno complejo versus la unidad del ordenamiento jurídico-laboral: dualización y status profesional
6. La recuperación de los valores de la empresa y los viejos y nuevos derechos del trabajador
7. La individualización y el contrato frente a ley y el convenio colectivo
8. Dispersión del riesgo y difuminación de la figura empresarial
9. Conclusión

## 1. INTRODUCCIÓN

En la literatura jurídico-laboral de los últimos tiempos se ha hecho frecuente el interrogarse acerca del futuro del Derecho del Trabajo; interrogante que se propone aplicando un modo de plantearse las cuestiones al que, aparentemente, es difícil hacer objeciones de método. La pregunta sobre el qué sucederá en los próximos años al conjunto de principios, valores, normas, instituciones y categorías jurídicas que convencionalmente denominamos Derecho del Trabajo se suscita previo un análisis de la realidad productiva; a partir del cual se identifican nuevas circunstancias económicas y sociales, nuevos conflictos de intereses o de finalidades o nuevas formas de manifestarse éstos, nuevas exigencias y nuevos condicionamientos referidos al modo de producir, a sus consecuencias organizativas en lo que afecta al trabajo y a la forma de inserción social del conjunto de las relaciones laborales. En definitiva, se parte de la identificación de cambios o transformaciones (términos igualmente habituales en los últimos tiempos) de la realidad social y productiva que da razón de ser al Derecho del Trabajo (la prestación de un trabajo para otro inserta en una organización ajena, coincidente, dentro de ese contexto organizativo, con otras muchas prestaciones de igual índole sustantiva y volcadas todas ellas a la satisfacción, en competencia, de una demanda variada y cambiante), y que supuestamente exigen de él las soluciones técnico-jurídicas (vale decir, normativas pero también de principios y valores) que como toda forma de organización social está obligado a proporcionar si quiere seguir cumpliendo su papel.

Ese análisis de la realidad ha conducido, de manera general, a un diagnóstico de cambios o mutaciones profundas; como si, en los últimos tiempos, esa realidad social hubiera sufrido una sacudida que la hiciera radicalmente diferente a como ha venido siendo calificada y tratada hasta ahora por las nor-

mas y las instituciones jurídico-laborales. De ser esto cierto, la consecuencia lógica es aplastante: el Derecho del Trabajo, justificado por un proceso de tipificación social en torno al trabajo productivo prestado en condiciones de subordinación, no puede sustraerse a las transformaciones que la alteración de la realidad social le exige. Cambian las formas de trabajo y de producción, cambian sus contextos y sus exigencias, de la misma forma el Derecho del Trabajo debe cambiar adaptándose a esas mutaciones. Cualquier otra actitud puede ser, y lo es de hecho, tachada de obsoleta, conservadora o, lo que es peor, negadora de la evidencia de dichos cambios e irracionalmente renuente a aceptar la dinámica de transformación que es típica de las formas de organización social, e incluso más, una garantía de su propia supervivencia. Dicho sintéticamente, se concluye que el Derecho del Trabajo debe evolucionar si quiere seguir desempeñando algún papel en el marco del sistema productivo, siempre sobre la base de un tajante juicio de inutilidad, plena o parcial o, más sencillamente, de inadecuación sobrevenida de las soluciones técnico-jurídicas que ha venido proporcionando hasta el momento.

Las cosas no son, sin embargo, tan lineales como aparentan y, desde luego, no tan determinadas ni en sus presupuestos ni en sus consecuencias. Que ha habido transformaciones muy relevantes en las circunstancias económicas y sociales y que éstas han influido de forma decisiva en la organización de la producción y, en consecuencia, en la forma de insertarse en ella el trabajo, es algo indiscutible; y que estas transformaciones no pueden dejar de influir en el ordenamiento jurídico-laboral, también lo es. Negarlo sería negar la propia esencia de un ordenamiento jurídico que se ha caracterizado por su ductilidad, su predisposición innata al cambio y su relativo antidogmatismo. No en balde, surge rechazando principios clásicos, negando convenciones muy arraigadas, y confrontándose con instituciones jurídicas contractuales y del derecho de obligaciones consolidadas a lo largo de siglos. La experiencia del cambio no le sorprende porque ha sido siempre su caldo de cultivo.

Pero que esto sea así no significa que a lo largo del proceso lógico que lleva desde el diagnóstico de los cambios a la afirmación de sus exigencias, supuestamente ineludibles, para el Derecho del Trabajo no existan momentos en los que los prejuicios (entendidos no en sentido peyorativo sino en cuanto aceptación de valores previos al análisis y que se superponen al mismo, condicionándolo), las valoraciones de los acontecimientos (con la carga de subjetividad que ello comporta en virtud de la posición que se adopte, de la transcendencia relativa que se les otorgue, o de las finalidades que se persigan), o las actitudes ideológicas, no se inmiscuyan condicionando el desarrollo argumental y sus consecuencias. Entre esos momentos relevantes se destacan, por mencionar algunos, el del análisis mismo de la realidad, el de la selección de los factores de la misma que cambian, el de su jerarquización en orden a su importancia relativa que es, a su vez, una opción del intérprete, el de la estimación de la entidad de los cambios y sus consecuencias, el de la

valoración de su impacto en el cuadro vigente de las instituciones jurídico-laborales, el del juicio acerca de su inadaptación según qué intereses, valores o funciones, el de la expresión de las exigencias de transformación de esas instituciones en según que sentido u orientación lo que está, lógicamente, determinado por la funcionalidad que se espera de las mismas, etc.

Con ello sólo se quiere indicar que en la formulación de las tendencias u orientaciones del Derecho del Trabajo no hay un elemento de inevitabilidad que marque el cambio mismo y su sentido; siempre son posibles interpretaciones divergentes y soluciones alternativas que están o se producen en razón de todas esas opciones ideológicas o de valores de las que el intérprete parte. Por eso, las afirmaciones acerca del futuro del Derecho del Trabajo no pueden considerarse como una profecía sobre algo que sucederá de forma inevitable; sino más bien una afirmación de lo que, en opinión de quien lo sostiene, debe suceder ya que la conclusión es, aunque pretenda negarlo, más prescriptiva que anticipadora. Y como tal potencialmente variada y opinable; siendo, en todo los casos, igualmente válida si coherente con los principios de los que se parte. Entender lo contrario, esto es que el Derecho del Trabajo debe ajustarse ineluctablemente a la exigencias de los cambios es, de una parte, asumir un muy discutible determinismo que vendría impuesto por la realidad económica y productiva; de otra, ignorar que el Derecho del Trabajo no es sólo una técnica de organización sino también un conjunto de valores que pretenden condicionar esa misma realidad social, filtrando sus requerimientos y sometiénolos a un control de adecuación y funcionalidad. Por último, es también ignorar que el Derecho del Trabajo ha surgido y se ha afirmado, precisamente, contra esas exigencias de matriz puramente económica; lo que se evidencia cuando se piensa en su condición de límite al poder empresarial, en su función de eliminación de desigualdades y discriminaciones injustificadas mediante la introducción de un trato homogéneo o uniforme, en la garantía de mínimos garantizados, o en la potenciación de los instrumentos colectivos como factor de reequilibrio frente a la desmesura del poder empresarial.

## **2. LA PÉRDIDA DE LEGITIMIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO TRADICIONAL COMO SUSTRATO DE LAS EXIGENCIAS DE CAMBIO**

Tras de todas las exigencias de transformación del Derecho del Trabajo, al margen de que se encuentren más o menos justificadas en razones productivas, se encuentra una sostenida operación de puesta en cuestión de su legitimidad y de las funciones que ha desempeñado hasta ahora.

Comenzando por su consideración de factor impeditivo de la ocupación y del empleo, cuando no, pura y simplemente, generador de desempleo o, alternativamente, de un empleo sumergido y al margen de la ley que busca, justa-

mente, eludir la aplicación de reglas disfuncionales al sistema productivo. El argumento es conocido: la imposición de condiciones laborales homogéneas por la ley o por el convenio (o las garantías mínimas, o los límites al poder directivo empresarial, o la irrenunciabilidad de derechos) constituye un factor de rigidez en la utilización de la mano de obra, que dificulta extraordinariamente su adaptación a las exigencias del mercado o de la producción, que encarece su coste y que, en consecuencia, desincentiva la contratación laboral (ya sea en sentido amplio, ya más selectivamente, la contratación por tiempo indefinido o estable); fomentando, en cambio, políticas de inestabilidad o precarización (que es la moneda de cambio frente a la rigidez) o, al límite, de reestructuración que abocan a una imparable destrucción del empleo existente (regulaciones de plantilla, bajas incentivadas, jubilaciones anticipadas) o, cuando menos a su externalización (empresas de trabajo temporal, contratas). Por su parte, la utilización del empleo que se conserva se hace costosa, poco funcional a las exigencias del mercado y, en consecuencia, afecta a la capacidad de la empresa de adaptarse a dichas necesidades, reduciendo su competitividad y sus posibilidades de expansión y de supervivencia.

La consecuencia lógica, ya formulada hace tiempo de forma insistente, no es otra que la de reducir esa rigidez, ductilizando las reglas jurídicas y flexibilizando los distintos aspectos de la relación laboral, ya sea en cuanto al acceso al empleo, ya sea en lo que hace a las condiciones de trabajo, ya en los términos de la extinción de las relaciones contractuales. En definitiva, restituyendo al empresario (sea de forma directa, bien mediante la negociación individualizada en situación de superioridad, o bien en forma de procedimientos de consulta y participación que no de negociación) el poder de decidir respecto de todos los aspectos de la organización productiva y en relación con la forma, tiempo, ritmo y circunstancias con las que el trabajo se añade o incorpora a esa organización. Lo que a nadie puede ocultarse que viene a socavar la tarea que, de forma paciente y sostenida, el Derecho del Trabajo ha venido desempeñando en los últimos decenios: limitación del poder empresarial, condicionamiento de sus decisiones productivas, suplantación por vías legales o convencionales de la inferior capacidad contractual del trabajador, garantías de condiciones mínimas con tendencia a definir un status laboral caracterizado por la estabilidad en el empleo, la ocupación continuada, una convicción de irreversibilidad de las condiciones obtenidas, una fundada expectativa de promoción basada en la experiencia laboral y en la antigüedad, la defensa frente a decisiones empresariales de cambio de condiciones o de finalización de la relación de trabajo salvo la exigencia de una causa bien justificada.

A partir de esta puesta en cuestión del modelo laboral, la discusión de la legitimidad del Derecho del Trabajo se ha extendido a otros aspectos que no se refieren ya sólo a los estándares normativos, cualquiera que sea el mecanismo para implantarlos (lo que pudiera considerarse una cuestión adjetiva y no sustancial); por el contrario, afecta ya directamente a instituciones nuclea-

res del Derecho del Trabajo, a su función y a los fines que este ordenamiento persigue. Sus manifestaciones pueden identificarse en las siguientes:

Si el establecimiento de ciertas condiciones mínimas de trabajo es un factor de rigidez, el rechazo de esas mismas condiciones se ha extendido a los instrumentos normativos que las ponen en práctica. Se someten a sospecha y se ponen obstáculos a la intervención normativa del Estado, al papel de la ley, a su función de tutela del contratante débil, a la imposición de mandatos imperativos o prohibitivos que sean un límite a la voluntad contractual o al poder de decisión empresarial, a la homogeneización o uniformidad de condiciones mínimas, a la propia existencia de éstas y, finalmente, a los instrumentos de control de la aplicación de tales normas. Es la discusión de la heteronomía estatal como factor de limitación tanto de la autonomía colectiva como, sobre todo, de la individual; el rechazo a su función igualatoria u homogeneizadora y de base o mínimo de otros acuerdos (colectivos o individuales) de mejora. Y de la misma forma que se debate acerca del principio de norma mínima o de condición más beneficiosa (considerados elementos de rigidez y freno a una disciplina más funcional, particular y adaptada a las condiciones reales de trabajo, proporcionada ya por el acuerdo de empresa, ya por el propio acuerdo individual), se rescata la función del contrato y de la autonomía individual como instrumento más respetuoso de la individualidad (también rescatada como valor) y de las opciones, más humanas en cuanto más personalizadas, del trabajador.

El debate acerca del papel de la ley o deslegalización, preñada de sugerencias de desregulación, se traslada igualmente al instrumento regulador que se dice alternativo, cual es la negociación colectiva. Criticada en su función generalizadora y uniformadora de tratamientos normativos para todos los trabajadores de un mismo sector, modificada desde su función como reguladora de las condiciones de trabajo hasta convertirla en instrumento de gestión de las relaciones laborales, puesta en cuestión como límite discutible a la autonomía individual y a la libertad de contratación, sólo encuentra justificación en el plano en el que no cumple esa función de igualación colectiva y de disciplina de los contenidos de la prestación laboral. Esto es, en el plano de la empresa en la que cobran relevancia los acuerdos de este nivel, por reivindicación de su mayor adaptabilidad, singularidad y especificidad respecto del convenio colectivo del que predicen su autonomía e independencia. Un tipo de acuerdo en el que el protagonismo fuerte del empresario es paralelo a la pérdida de presencia (o de necesidad de presencia), del sujeto colectivo por excelencia cual es el sindicato. Una negociación, en fin, que se hace realidad en la frontera entre el acuerdo colectivo, el acuerdo de gestión o las formas de ejercicio compartido o negociado del poder empresarial que, en todo caso, resulta reforzado.

Como puede fácilmente concluirse, todo este planteamiento lleva a revisar necesariamente las estructuras tradicionales de negociación (con protago-

nismo absoluto del nivel estatal o, al menos, condicionador de la estructura negociada y de los contenidos de los demás niveles), el papel del convenio sectorial (ahora enfrentado a la constelación de acuerdos de empresa), las posibilidades de eludir los mandatos convencionales mediante procedimientos, preferiblemente formalizados, de huida del convenio, o el propio contenido de los convenios colectivos, más volcados a incluir mecanismos proceduralizados de influencia en las decisiones empresariales (que adscriben, genéricamente, a la voz participación y consulta) que, directamente, condiciones de trabajo que deban ser respetadas (porque, cuando aparecen, comienzan a aceptar derogaciones colectivas a más bajo nivel o singulares por vía del acuerdo). La imperatividad del convenio (como antes de la de la ley), su carácter mínimo, su prevalencia como norma más favorable, todos estos principios son, por lo dicho, igualmente sometidos a revisión y crítica.

Discutida la función normativa de las reglas laborales, se discute también la legitimidad del sujeto típico que ha sido hasta el momento el adalid, defensor y creador de las mismas cual es el sindicato. Se pone en cuestión su calidad representativa confrontada, en cuanto representación general o institucional, con la diversidad del perfil laboral de los actuales trabajadores por cuenta ajena, de la divergencia de sus intereses, de la diferencia entre el colectivo de quienes tiene un empleo estable y a tiempo completo (clientela habitual del sindicato y para los que las formas clásicas de acción colectiva son funcionales) y quienes sólo se insertan en la realidad productiva mediante formas atípicas de empleo (temporales, a tiempo parcial, de empresas de trabajo temporal) o ilegales (economía sumergida) quienes difícilmente pueden encontrar en el sindicato el instrumento idóneo para la defensa de sus intereses. Se niega la procedencia de la homogeneización de condiciones de trabajo que es el resultado natural de la acción colectiva así como se subraya la pérdida de funcionalidad, incluso la obsolescencia, de los instrumentos clásicos de presión en un sistema productivo descentralizado y, frecuentemente, inmunizado frente a ese tipo de acciones. Se evidencia la disminución de su implantación, la crisis de representatividad, sus dificultades para hacerse presente en colectivos de trabajadores precarios, atípicos, o muy cualificados, o la inadecuación de un discurso reivindicativo frente a la realidad de una empresa en la que se asientan valores de participación, colaboración y consenso.

Todas estas objeciones de legitimidad llevan a reivindicar del Derecho del Trabajo la aceptación de dos espacios centrales (y en esta centralidad, opuesta a otras, se contiene la novedad) de su proyección reguladora. En primer lugar, la empresa como en ámbito idóneo de la regulación laboral. Esto significa conceder el protagonismo a los acuerdos de empresa frente a los convenios colectivos clásicos, subrayando la especificidad y su naturaleza de acuerdo de gestión frente a los de puro establecimiento de las condiciones de trabajo; como también significa promocionar los procedimientos de participación colectiva en la toma de decisiones. En ambos casos, el poder empresarial, racionalizado en

acuerdo y respaldado por la participación, resulta reforzado adquiriendo centralidad y convirtiéndose en la fuente y la sede última de las facultades de decisión en la empresa. El segundo ámbito es el contrato. Tras la puesta en cuestión de la regulación heterónoma, el contrato recupera un papel regulador de las condiciones de trabajo que, teóricamente, sirve para expresar mediante él dos necesidades convergentes: la de la empresa a la hora de individualizar las condiciones de empleo, como expresión máxima de la flexibilidad de las mismas y de su adaptación a las exigencias del proceso productivo; y las del trabajador, capacitado mediante el contrato para expresar sus propias necesidades de flexibilidad y para recuperar a través del mismo las facultades de organización individualizada de su libertad que le había sido limitada, cuando no suprimida, por la ley o por la negociación colectiva.

Culpable, en su configuración tradicional, de la disminución del empleo (o, cuando menos, factor impeditivo de su crecimiento) el Derecho del Trabajo, para huir de este estigma, acaba asumiendo una función de ajuste o de intermediación entre las exigencias del mercado y las condiciones reales de prestación del trabajo. De tal manera que se convierte en un Derecho del Empleo más que un Derecho del Trabajo (un Derecho para el trabajo), concebido tanto como el conjunto normativo que establece las condiciones de acceso al trabajo (procedimiento de colocación y recluta de trabajadores, procesos de formación profesional, menú de vínculos contractuales favorecedores de la inserción laboral, mecanismos de fomento de la contratación ya general ya de colectivos específicos de trabajadores) previo, en consecuencia, al surgimiento de la relación laboral; como la disciplina de las condiciones de trabajo presididas por el criterio de la flexibilidad que haga posible la más plena y mejor adaptación del trabajo contratado a las exigencias productivas de la empresa en aras al logro del mayor grado posible de competitividad; justo el factor que, y aquí se encuentra la dimensión como Derecho del Empleo, permite la conservación de los puestos de trabajo o evita su destrucción.

Lo anterior ha provocado, en primer lugar, una extraordinaria dosis de coyunturalidad o inestabilidad de los contenidos normativos del derecho estatal, amén de una gran dispersión del propio instrumento normativo. De manera semejante a la legislación fiscal, las normas laborales se someten a un proceso de cambio constante, integrando leyes de medidas (urgentes o no) que como tales se proyectan como normas de respuesta inmediata a las exigencias económicas, convirtiéndose en muchos casos en normas-prueba o normas-testigo, elaboradas con una fuerte dosis de experimentalidad y sometidas a procesos de control a plazo fijo para comprobar si se obtienen de ellas los resultados esperados. Con lo que ello significa de inestabilidad y pérdida de fundamento de principios básicos y la puesta en cuestión de la esencialidad de ciertas instituciones (la estabilidad frente a la temporalidad, el salario mínimo frente a instrumentos en los que prima la inserción o la formación, el patrimonio profesional frente a la flexibilidad, el conocimiento del oficio o del tra-

bajo frente a la nueva obligación de asumir las innovaciones tecnológicas, la causalidad del despido frente a la contratación por tiempo determinado no estructural, etc.). Puesto que se trata de propiciar el empleo, la diversidad de colectivos y necesidades genera una diversidad y una fragmentación similar de la norma jurídica; elaborada “ad casum” ya que acepta que puede ser útil sólo para colectivos muy concretos de trabajadores (jóvenes, mujeres, parados de larga duración, trabajadores de edad madura, inmigrantes, minusválidos). Ruptura, también por tanto, de la homogeneización. Y, en segundo lugar, la inversión de los valores que han presidido las normas laborales: la promoción o el fomento del empleo, o la defensa del existente hace subordinar a este objetivo cualesquiera otras funcionalidades del ordenamiento jurídico-laboral. Donde el empleo está amenazado no sirven requerimientos de mejora o defensa de estándares o conquistas logradas; cualquier interés, cualquier logro debe sujetarse al principio, tan descarada como frecuentemente formulado ya en los primeros años ochenta, cuando se decía que no merece la pena defender numantamente una serie de conquistas para luego comprobar que esas conquistas son sólo cenizas porque su propia defensa elimina el soporte de su existencia que es el empleo. En definitiva, el dilema de ser funcional a las exigencia económicas, plegándose a ellas y convirtiéndose en un instrumento de las mismas, o soportar el reproche (y el riesgo) de la inutilidad, del obstruccionismo, de la regresión y, finalmente, de la inaplicación.

### **3. LOS FACTORES PRODUCTIVOS U ORGANIZATIVOS JUSTIFICADORES DE LOS CAMBIOS EXIGIDOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO**

El elemento clave que se sitúa en el corazón de los cambios es la necesidad de reforzar o de garantizar la competitividad de las empresas, ya sea como una exigencia derivada de las transformaciones en los modos de producción, ya sea como un valor convertido hoy día en prioritario, tanto productiva como socialmente. Aunque este segundo aspecto, la competitividad como valor prioritario e incluso garantía de la salud del funcionamiento de cualquier organismo social, sí es algo nuevo, no lo es tanto como exigencia de las empresas ya que siempre ha sido la condición central de la existencia de las mismas si entendida como capacidad de conquistar, conservar y acrecentar una parte del mercado.

Lo novedoso, sin embargo, es la forma en que se plantea actualmente, con un grado de exigencia mucho más directo e inmediato, solicitando de las empresas una más eficaz y rápida adaptación a los requerimientos del mercado y eliminando las circunstancias que atenuaban su impacto por cuanto las defendían de la competencia de otras (fronteras nacionales, proteccionismo). La apertura de los mercados (lo que se ha denominado como globalización o mundialización), las exigencias de calidad y diversidad de productos, la constante y acelerada innovación tecnológica (convertida en un factor clave de esa

competitividad), todo ello ha forzado a las empresas a alterar sus estructuras productivas dedicando una atención particular a la adaptación, a la rapidez de la respuesta, a la calidad formativa del trabajador (como garantía de adaptabilidad y de facilidad para la implantación de las innovaciones tecnológicas), a la polivalencia y a la flexibilidad en la forma de producir y de trabajar (por cuanto más susceptible de responder a las exigencias variables, diversificadas y de calidad de esos mercados).

De esta forma, las empresas tienden a modificar la organización del trabajo alejándose de los modelos en los que prima la certidumbre de la tarea y la definición precisa de las funciones para sustituirlos por otros en los que la polivalencia funcional, la interdependencia, la potenciación del más adecuado nivel de perfeccionamiento formativo y la valoración de aptitudes y capacidades son principios que inspiran la forma de inserción del trabajo en las estructuras productivas. Como se convierte en valor la facilidad en adaptar la forma de trabajar, en cuanto al tiempo, al lugar y al medio de trabajo a las fluctuaciones del mercado, a las exigencias particularizadas o a las innovaciones tecnológicas. Y como también cobran relevancia la participación productiva de los trabajadores, su inserción en los procesos de toma de decisiones, la articulación de un sistema retributivo adecuado a los resultados donde se reduzca notablemente la parte fija garantizada y, en general, todas las formas de interesamiento e implicación en la marcha de la empresa y en sus resultados.

Por otra parte, las exigencias de la competitividad han llevado a las empresas, con el fin de reducir costes y riesgos, a revolucionar sus estructuras productivas mediante la externalización de parte de sus actividades (para lo que se acude a la contrata externa con otras empresas prestadoras de los servicios o a trabajadores autónomos) o al recurso a empresas suministradoras de fuerza de trabajo sin que la misma, pese a incorporarse prácticamente a organización de la empresa que recibe los servicios, figure jurídicamente como trabajo asalariado de ésta (es la función asignada a las empresas de trabajo temporal). Son formas de gestión flexible del personal disponible, de adaptación de la fuerza de trabajo a las exigencias de la demanda orillando los procedimientos tradicionales de gestión de plantillas mediante procesos de reestructuración, de disminución o de incremento de efectivos, de dispersión del riesgo, de adaptación de la capacidad productiva a las exigencias del mercado y de descentralización y especialización como lo puede ser el fenómeno de los grupos de empresa, integrados por entidades formal y jurídicamente independientes pero que en la práctica funcionan como una unidad en lo que se refiere a la organización del trabajo merced a una dinámica de circulación de trabajadores, de préstamos internos y de unidad del conjunto de quienes integran la plantilla de las diversas empresas.

En conclusión, las empresas necesitan trabajadores mejor formados, con un tipo de conocimientos dotado de un mayor grado de adaptabilidad o plas-

tividad, más polivalentes y susceptibles de adaptarse, con eficacia y prontitud, a los cambios tecnológicos y funcionales. Requieren jornadas de trabajo y horarios más flexibles para adaptar estrictamente el tiempo de trabajo a los requerimientos productivos. Eliminar o reducir notablemente la parte fija del salario, vinculando la retribución a los resultados de la empresa o de su propia actividad. Disponer de plantillas modulables al compás de las exigencias de producción, utilizando la vinculación temporal cuando sea necesaria y sin mayores cortapisas y pudiendo, eventualmente, desprenderse de los trabajadores con facilidad, sin excesivos costes económicos, procesales o de conflicto. Poder tomar decisiones rápidas y sin contratiempos que no estén en relación directa con los procesos de producción, teniendo permanentemente abiertos los mecanismos de puesta en práctica de esa regulación adaptable: el acuerdo de empresa, cuando se requiera un cierto grado de homogeneidad, el acuerdo individual cuando se pretenden individualizar las condiciones de empleo, el poder directivo como recurso último en el que resida la capacidad de decisión. Excluir los obstáculos procedimentales y representativos cuando la aplicación de las decisiones, si bien tener abiertos canales de comunicación y participación en los casos en que esas decisiones necesiten el consenso y la aceptación del conjunto de los trabajadores. Dispersar la responsabilidad y el riesgo, o atenuarla, y reducir los costes recurriendo a la externalización productiva, a la subcontratación y al fomento del trabajo independiente; o limitarla a una sola parte del conglomerado empresarial estableciendo fronteras entre las distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo o red. Tener interlocutores sensibilizados con las necesidades de la empresa, partícipes de la idea de la confluencia de intereses, dispuestos a gestionar con el empresario las políticas de personal y partidarios de la idea del consenso y del conflicto expreso como una patología del sistema, en cuanto alternativa a una oposición reivindicativa basada en la expresión del conflicto mediante la huelga u otros medios de presión colectiva.

Todos estos cambios del sistema productivo y las exigencias empresariales que se derivan de ellos afectan, como no podía ser de otra forma, al Derecho del Trabajo y es aquí donde la constatación de los cambios se proyecta como una exigencia inevitable de su adaptación so pena de despertar el fantasma de la inadecuación, de la falta de adaptabilidad, o del riesgo de elusión de sus normas por el recurso a la economía sumergida o no estructurada. Aunque no es esta la única alternativa. Por eso, en las páginas que siguen se identificarán en el plano jurídico algunas de las tendencias transformadoras del Derecho del Trabajo valorando en cada caso su alcance, estableciendo alternativas y fijando los límites que la función de las normas laborales (todavía de protección, de tutela del contratante débil, de reequilibrio de situaciones de desigualdad, de garantía de ciertos mínimos, de ofrecimiento de una cierta regulación homogénea dentro de la diversidad) impone esos posibles cambios.

#### 4. LA DELIMITACIÓN DE LAS FRONTERAS DEL DERECHO DEL TRABAJO

Una de las primeras consecuencias de esos cambios es el replanteamiento de las fronteras del propio Derecho del Trabajo, como un ordenamiento rígido sólo útil para regular relaciones de trabajo clásicas ancladas en un modelo organizativo ya superado, o cuando menos, no predominante. De manera que la forma jurídica de procurar los servicios que la empresa necesita se materializa más ahora mediante contratos de empresa o contratos no laborales de prestación de servicios. No procedería, en consecuencia, mantener la centralidad del contrato de trabajo sino, por el contrario, frenar su tendencia expansiva y abrir las posibilidades de esas otras formas contractuales que se colocarían fuera de las fronteras del Derecho del Trabajo.

Desde el punto de vista del Derecho del Trabajo concebido como un derecho de reequilibrio y de tutela del contratante débil (aunque se acepte que, a la vez, cumple la función de legitimar jurídicamente una relación de dominación de una persona por otra), la expansión de su territorio aplicativo se ha venido valorando como una ampliación de su ámbito de protección conforme a la lógica de que, mientras más se fueren esas fronteras, mayor número de personas quedarán acogidas por sus normas y a mayor número de ellas se dispensará el trato protector específico de los preceptos laborales. Esta es la lógica que ha dominado las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales de los últimos decenios, siempre sobre tres presupuestos: que el Derecho del Trabajo efectivamente es un derecho de protección; que quedar excluido del mismo significaba adscribirse a un conjunto normativo (civil o mercantil) donde la igualdad de los contratantes, incluso material y no sólo formal, era un dogma y, en consecuencia, donde no había ninguna exigencia de tutela de quienes se relacionaban en ese mismo plano de igualdad; y que la exclusión significaba también quedar al margen de las normas tuteladoras (no sólo referidas al contrato) que reconocían la dimensión colectiva del trabajo, dotándola de legitimidad jurídica y de instrumentos de ejercicio, y que aparejaban a la condición laboral las ventajas de una protección específica y más extensa en el plano social. Y con una condición obvia: que se estuviera en presencia de una prestación de servicios a otro en un régimen dotado de alguna dosis, aunque mínima, de dependencia, de subordinación, o de ajenidad.

Este esfuerzo de ampliación ha tenido éxitos notables y un precio en el terreno de la técnica jurídica. Que ha sido exitoso se comprueba con sólo mirar la nómina de los actuales trabajadores por cuenta ajena o asalariados. Junto a aquél típico protagonista central de las normas jurídico-laborales (el trabajador de fábrica, el prototipo del obrero industrial) se han ido colocando otros muchos subtipos de personas activas, trabajadores para otro, asemejados por esa corriente interpretativa a los primeros trabajadores por cuenta ajena y considerados tales. Desde las primeras asimilaciones, lógicas y obvias por demás dado el carácter coyuntural de la exclusión, de empleados de comercio y servicios o tra-

bajadores agrícolas, hasta las más recientes de altos directivos, profesionales liberales, profesores, empleados variados de los medios de comunicación, representantes de comercio, mensajeros, trabajadores a domicilio, presos, servicio doméstico, o deportistas profesionales, el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo ha sufrido una ampliación evidente. Que se ha producido, sobre todo, empujada por razones de identidad o similitud de situación socio-económica (razón evidentemente conectada con la lógica protectora del Derecho del Trabajo), pero, que a la vez ha tenido lugar al precio de atenuar los criterios dogmáticos que se establecieron en su origen para fijar dichas fronteras.

De esta forma, la debilitación aunque no desaparición de la dependencia por persistir algunos de sus indicios; la sujeción aunque sea muy flexible a las órdenes empresariales convertidas casi en indicaciones o instrucciones de trabajo; una cierta aunque no señalada asunción del riesgo; la manifestación de un cierto grado de autonomía directiva o técnica; una limitada, aunque existente, capacidad económica, inversora o técnica; o ciertas posibilidades de un beneficio especial que no constituye sin embargo el total de la retribución, no impiden la calificación de una prestación de servicios como laboral. De manera que las manifestaciones o indicios de la subordinación han variado de los síntomas clásicos (referidos al poder directivo, a la jornada, al salario y a la integración en una organización productiva ajena que no se controla) a otros modernizados como la permanencia de la relación de servicios, la prestación personal, la exclusividad, la propiedad ajena de los medios de trabajo, la nula o mínima asunción del riesgo. Síntomas que tienen más que ver, curiosamente, con la relación entre empresas u organizaciones productivas que entre personas. En todo caso, la frontera entre lo que es laboral y lo que está fuera ha acabado siendo así una frontera débil, movable, permeable en un sentido u otro, sometida a un avatar interpretativo que hace de los síntomas de algo, como tales identificables y valorables en virtud de la opinión del intérprete, el criterio de calificación difícilmente extrapolable a ninguna otra relación que no sea ésta en la que tiene lugar la operación hermenéutica.

Pero ni ha sido ni es hoy un problema del Derecho del Trabajo esta porosidad o falta de definición de sus fronteras que ha hecho posible la asalarización técnica de muchas actividades. Es algo con lo que ha convivido siempre, consciente de que ciertas ampliaciones han sido operaciones de política normativa donde ha primado la lógica de protección, y de que en otros casos, esas ampliaciones han sido consecuencia inevitable (aunque perversas) de la progresiva falta de definición del criterio, permitiendo la invasión en el campo laboral de quien nunca ha sido el objeto de esa tutela, como es el caso de los altos directivos, quienes acaban pleiteando, como ahora sucede, por su protección frente al despido, por el respeto de las indemnizaciones pactadas, por la garantía de sus salarios o por sus derechos en el terreno de la protección por desempleo. Con la consecuencia, si acaso, de incrementar la diversidad interna, lo que es un rasgo que se analizará más adelante.

Si hoy se plantea el debate sobre las fronteras del Derecho del Trabajo no es debido a la insatisfacción que pueda derivarse de la ductilidad excesiva del criterio. La razón es otra y, como se ha dicho, está constituida por la generalización, voluntariamente querida y fomentada, del trabajo que, por definición, es inasimilable al trabajo asalariado: el trabajo autónomo o por cuenta propia. Generalización que se basa en una configuración consciente de aquellos elementos que hacen imposible que la prestación se configure como asalariada, y que es más tolerable socialmente porque, estando dotado de una protección social muy semejante a la del trabajo por cuenta ajena (tras un largo proceso de asimilación que ha profesionalizado tras haberlos salarizado, los sistemas de seguridad social), sirve para acoger ciertas expectativas o aspiraciones de colectivos de trabajadores que no encuentran en la protección de las normas laborales la suficiente compensación a la renuncia de un margen de autonomía y de beneficio económico que la independencia puede proporcionarles. Por último, esta generalización del trabajo independiente está relacionada y es consecuencia de los procesos de externalización productiva y de dispersión del riesgo y de los costes que inspira las modernas formas de organización de las empresas. El caso de profesionales muy calificados y técnicamente autónomos pero dependientes económicamente de la empresa cliente; trabajadores que aportan como mejor valor añadido su propio trabajo personal pero sin grandes medios de capital, sin aparecer en consecuencia en el mercado como verdaderos empresarios por carecer de acceso al mismo; o el de autónomos, antiguos trabajadores de la empresa, que asumen la parte del proceso productivo de la misma que ésta ha decidido exteriorizar mediante las contrata; muchos ejemplos, y cada vez más crecientes, de teletrabajo, sea itinerante, a domicilio o en centros informáticos fuera del control directo de la empresa cliente.

De forma que el debate se centra en la renuncia definitiva a asimilar estas nuevas formas de trabajo, ni aun las más intermedias, buscando la mínima dosis de similitud que permita aplicarles el conjunto de normas laborales; renuncia que es, al fin, un cambio de actitud en el proceso expansivo que se vería frenado, con un repliegue hacia expresiones menos dudosas del trabajo por cuenta ajena, dejando que sea el canon de la independencia el que se manifieste con toda su virtualidad. Ejemplo de esto hay en lo que se ha venido a llamar la freno a la tendencia expansiva en la supresión de las presunciones, en la revalorización todavía leve del criterio individual en la calificación de la relación. O, por el contrario, en forzar la línea diferenciadora acudiendo a otros criterios más precisos de delimitación del trabajo asalariado, lo que llevaría a distinguir con nitidez, en primer lugar, entre el trabajo falsamente autónomo (reconducible sin duda a la categoría de trabajo asalariado por cuanto sólo disimulado bajo la apariencia de independencia), trabajo relativamente independiente, y trabajo autónomo en forma absoluta.

Esta segunda opción significa insistir en el criterio expansivo del Derecho del Trabajo pero ahora sobre la base de un nuevo concepto de subordinación

que, partiendo de una situación de semi-independencia, buscaría la subordinación en el dato económico o técnico. Su razón es la necesidad de protección de formas de trabajo personal, formal y jurídicamente independientes, pero que, en la práctica, se encuentran en una situación semejante a la del trabajador asalariado: subordinado ahora por otros aspectos, como la dependencia económica, la subordinación técnica, la prestación en régimen de exclusividad, la carencia de una estructura organizativa propia realmente independiente. Se trata de los llamados autónomos por cuenta ajena o autónomos subordinados. La identidad socio-económica es la clave, como en todas las operaciones de expansión del Derecho del Trabajo, que guía esta opción interpretativa que daría como resultado la asalarización de tales independientes, aunque sea sometiéndolos sólo parcialmente y de manera selectiva a las reglas laborales. Hasta el extremo de dotarles de una suerte de estatuto intermedio entre el trabajo propiamente asalariado y el decididamente autónomo.

Una tercera opción que ha venido cobrando fuerza en los últimos tiempos es la de no insistir en el forzamiento del criterio de laboralidad, frenar su tendencia expansiva, reconducir sus síntomas a los de los trabajos indudablemente subordinados; pero, a la vez, elaborar un nuevo criterio que sirviera como factor de imputación de las normas laborales: el del trabajo para otro, o el de la actividad productiva y socialmente útil. De forma que la aplicación de las normas laborales (entendidas en sentido amplio) o, cuando menos parte de ellas, tendría lugar a partir de la identificación de un tipo de actividad profesional para otro mediante la cual se participa (con mayor o menor grado de autonomía o subordinación, esto sería válido sólo en una segunda etapa, para seleccionar el bloque normativo interno aplicable) en un proceso productivo que está bajo el control ajeno. Si bien se piensa, el resultado es el mismo que el de interpretar la subordinación de forma elástica; pero el camino es mucho más directo porque la identificación de la actividad-llave es, por genérica, mucho más fácil. Con dos consecuencias importantes: suprimir desde el origen la diferencia de protección entre uno y otro tipo de trabajos y, sobre todo, abandonar el criterio de que sólo el trabajador subordinado es merecedor de tutela: lo sería más ampliamente todo este tipo de trabajo, sin que, además, el modelo de referencia fuera ya el subordinado clásico sino el activo para otro. El Derecho del Trabajo se habría convertido en el Derecho de la actividad productiva en régimen de alteridad más que en el Derecho del trabajo estrictamente subordinado.

## **5. LA DISPERSIÓN COMO FENÓMENO COMPLEJO VERSUS LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-LABORAL. DUALIZACIÓN Y STATUS PROFESIONAL**

Si las tendencias anteriormente expresadas (tanto las que vienen de la ampliación del campo de aplicación de las que ya habría que denominar como normas profesionales más que laborales, como las que derivan de la configu-

ración del Derecho del Trabajo como un derecho del empleo) se materializan, una de sus consecuencias más evidentes es la fragmentación interna del ordenamiento laboral. Si el fomento de la contratación laboral ya ha creado innumerables variedades de contrato (los que pretenden la inserción de los jóvenes sin empleo –formación, aprendizaje–; los que incentivan la contratación de personas con dificultades particulares –contratos de solidaridad para desempleados, contratos de inserción social, contratos especiales de minusválidos–; toda la gama de contratos temporales, estructurales o no; el trabajo a tiempo parcial, etc.); si la incorporación de nuevos colectivos a la disciplina jurídico-laboral se ha realizado mediante relaciones de trabajo especiales dotadas de un régimen jurídico algo particular (directivos, deportistas, artistas); si las razones de empleo han justificado regímenes jurídicos diferenciados y a veces coyunturales (el salario de los aprendices, la diferencia de protección social complementaria de los trabajadores temporales, la distinta indemnización por despido improcedente según la fecha del contrato), la nueva tendencia expansiva del Derecho del Trabajo (formulada, en todo caso, como incorporación de, al menos, ciertas categorías de autónomos) acentuará este fenómeno de diversidad y de carencia de unidad interna si se acepta, por ejemplo, su incorporación en un marco selectivo de normas.

De nuevo hay que señalar que éste no es un fenómeno nuevo del Derecho del Trabajo, acostumbrado también aquí a procesos de expansión por fases de acogimiento a colectivos profesionales no siempre en situación de identidad respecto del modelo inicial. Es cierto que el contrato de trabajo y su disciplina jurídica siempre han tenido vocación unitaria, pero ésta es una tendencia nunca materializada de forma plena. La cuestión, por tanto, no es el hecho en sí de la dispersión, la diversidad o la fragmentación interna cuando las razones que la provocan son aceptables y encuentran justificación en los propios fundamentos del Derecho del Trabajo (la aplicación de los instrumentos de protección conforme al grado de necesidad de la misma). Lo negativo es cuando esa fragmentación se expresa en lo que se ha llamado la dualización que, como diferencia vertical o de mundos, niega en esencia lo que la otra diferencia, la horizontal o de sectores, afirma también en esencia: que existe un referente central y que el grado de acercamiento al mismo es mayor o menor en razón de la propia tutela racional del trabajador implicado.

La diversidad en cuanto dualización es separación radical de estratos que no han de encontrarse nunca. Es la creación de una especie de segundo tipo de Derecho del Trabajo o un Derecho del Trabajo secundario o subalterno donde encuentran acogida y legitimación todas las excepciones a un régimen jurídico que sigue teniendo aplicación plena en el otro mundo primario. La excepción a la estabilidad o a una cierta confianza en un empleo mantenido por las formas atípicas de contratación (trabajos temporales, sucesión de vínculos de este tipo, la alternativa empleo-desempleo-empleo como secuencia sin salida, el trabajo a tiempo parcial como opción no voluntaria frente a la

falta de empleo), las derogaciones al régimen salarial, de jornada, de despido de los contratos incentivados (el caso del aprendizaje o del contrato de formación), el tratamiento en peor de las condiciones de trabajo, sometidas por generales, a un constante cambio a tenor de los requerimientos productivos (el caso de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal en relación a los de las empresas en las que de hecho prestan sus servicios), la disminución de garantías de todo tipo (salariales, de conservación del empleo, de seguridad física y de salud en el trabajo, de formación y de promoción) de los trabajadores ubicados en la red de pequeñas empresas contratistas al servicio, y al albur, de la empresa principal; las extraordinarias dificultades, tanto de orden práctico como jurídico, para acceder al disfrute y a la práctica real de los derechos colectivos de sindicación, negociación y huelga; el tratamiento diferente en el terreno de la protección social como ha sucedido, y puede volver a plantearse, con los trabajadores a tiempo parcial o los temporales.

Todo esto son manifestaciones de ese Derecho del Trabajo del segundo, y más reducido, nivel, surgido y consolidado a partir de las crisis económicas y de la conversión del desempleo en un elemento estructural de las economías y que no sólo es una manifestación estable de derogación del régimen jurídico común. Es, también, un constante reproche a los trabajadores del primer nivel (y, por extensión, a sus representantes colectivos o sindicales) supuestamente empeñados en acantonarse insolidariamente en un status que sólo puede sobrevivir, precisamente, por la existencia de ese segundo nivel; el reproche del privilegio, del empecinamiento sordo en condiciones de trabajo altamente costosas y sólo soportables por las empresas mediante la compensación en menos de los costes a afrontar en ese segundo mundo es constante y constituye un ejemplo de la deslegitimación del Derecho del Trabajo de que se hablaba páginas atrás.

Pero lo más negativo de la existencia de esta fractura vertical del Derecho del Trabajo es, aparte de su propia existencia, el que es, a la vez, una fractura subjetiva. No se trata de dos mundos, ciertamente separados e irreconciliables, pero entre los que transitan, de forma indistinta, todos los trabajadores. Lo característico de la dualización es, por el contrario, que separa regímenes jurídicos y personas. Porque, quienes se integran en esa dimensión minusvalorada del Derecho del Trabajo se convierten en usuarios habituales de la misma. Jóvenes sin formación específica en busca de un primer empleo, condenados a contratos de aprendizaje o de inserción, con graves dudas de su eficacia formativa y muchas certezas de su menor coste para el empresario a partir de la degradación de las condiciones de empleo; estos mismos trabajadores son los candidatos ideales de la contratación temporal, del encadenamiento de contratos de esta naturaleza que, aparte de excluir de ventajas salariales vinculadas a la permanencia, también excluyen de toda real expectativa de promoción o mejora del patrimonio profesional. Trabajadores éstos, como los desempleados de larga duración que, al margen la temporalidad, la

atipicidad o el trabajo a tiempo parcial, no pueden aspirar a integrarse en empresas sólidas caracterizadas por la innovación tecnológica, siendo reconducidos a empleos de escasa cualificación que sólo encuentran en pequeñas empresas contratistas, en empresas de trabajo temporal, o en sectores en declive de uso intensivo de mano de obra pero de muy dudosa estabilidad en el empleo. En definitiva, lo que hace tiempo se vienen denominando como trabajadores periféricos en el doble sentido, laboral y social.

Frente a este fenómeno, mucho más grave que el de la mera fragmentación interna que puede afrontarse con una potenciación del concepto y de la práctica de la igualdad de trato (o de la justificación solvente de la desigualdad), sólo cabe establecer caminos de acceso hacia la condición de trabajador estable o nuclear, no periférico desde la condición de subalternidad del segundo mundo. Estos caminos van desde la proyección de la igualdad (el caso de la exigencia de un salario igual por un trabajo semejante para los trabajadores de las empresas de trabajo temporal en relación con los de la empresa usuaria), o incluso en el sentido de la discriminación positiva (de forma semejante a como ya se aplica al caso de las trabajadoras femeninas), la limitación de los factores que conducen de forma inexorable a la secundarización (la precariedad en el empleo, la temporalidad excesiva) y la potenciación de los instrumentos que mejor permiten el salto contrario: la formación profesional no sólo inicial sino continuada, la vinculación de las situaciones de desempleo protegido con acciones de inserción o promoción o recualificación profesional, la financiación suplementaria por parte de los empresarios de los costes sociales de la dualización (por ejemplo, una aportación añadida en los casos de la contratación temporal, ya aplicada).

Ideas de este tipo son las que presidieron las reflexiones acerca de la creación de un status profesional adaptado a las nuevas circunstancias productivas que se materializaron en el documento sobre el futuro del trabajo en Europa, elaborado por encargo de la Unión Europea. Partiendo de la base de que las formas de trabajo son plurales y la movilidad entre ellas frecuente e inevitable, se trata de proporcionar al trabajador (sin adjetivos de laboral o autónomo, estable o precario) un status profesional que tenga en cuenta la diversidad de estatutos jurídicos. Que, desde luego, no puede basarse en los conceptos de seguridad, estabilidad, trabajo a tiempo completo y derechos plenos de Seguridad Social, sino en la continuidad del estado profesional más allá de la diversidad de los empleos, actividades u ocupaciones. Un estatuto que incida especialmente en el derecho al trabajo como derecho al empleo mediante instrumentos contractuales adecuados y una imaginativa y eficaz política de formación (aprendizaje, formación, becas, stages, cursos de perfeccionamiento, contratos de primer empleo con especial atención a su funcionalidad de integración). Y también que considere las fórmulas de garantía o de fomento del paso del paro al empleo (formación continua, reclasificación, desempleo condicionado a acciones de perfeccionamiento profesional o

de búsquedas activas de ocupación o a la disponibilidad a aceptar una ocupación ampliamente considerada como adecuada, incentivos a los empleadores); o que acepte una mayor flexibilización del despido colectivos o por causas económicas a cambio de compromisos empresariales serios de recolocación, formación alternativa, o plan social. O, finalmente, el recurso a las medidas de protección social (lo que significa su conceptualización en cuanto complemento de las políticas de empleo al margen la pretendida autonomía sobre todo en el campo financiero) como atenuadoras del impacto de la pérdida del empleo y favorecedoras de la línea de continuidad del status profesional. Como puede comprobarse, toda una formulación de objetivos que acerca, en los términos ya vistos antes, al Derecho del Trabajo a su consideración como Derecho del Empleo.

## **6. LA RECUPERACIÓN DE LOS VALORES DE LA EMPRESA Y LOS VIEJOS Y NUEVOS DERECHOS DEL TRABAJADOR**

Uno de los aspectos más significativos de la evolución de los últimos años es el evidente redescubrimiento de los valores de la empresa, desde su aportación considerada esencial al crecimiento y al empleo, hasta su constante sentido emulativo o de mejora, simbolizado en la competitividad y la innovación. Además la empresa, como ya se ha dicho páginas atrás, se ha convertido en el ámbito central de las relaciones laborales, el espacio donde mejor se formulan los objetivos productivos, donde se gestiona su aplicación y donde se abordan sus exigencias con eficacia y, en consecuencia, donde deben resolverse las cuestiones que afectan al trabajo. Por último, el redescubrimiento de la empresa significa igualmente que sus objetivos se han convertido en interés de todos quienes participan en la misma ya que todos, empresario y trabajadores, están interesados en su mejor funcionamiento, en la defensa de su competitividad y en la conservación de los puestos de trabajo. Es la confluencia de intereses que ha venido a sustituir a la vieja identidad propia de la concepción comunitaria de la empresa. En su versión actual no es que se produzca un rescate de esas viejas teorías. El posicionamiento es más pragmático en el sentido de que la marcha de la empresa y el mantenimiento de su espacio en el mercado es un interés común porque, de un lado, garantiza el beneficio y, de otro, es la base para la conservación del empleo y la mejora de las condiciones de trabajo. La marcha, buena o mala, de la empresa no es ya cuestión que afecte sólo al empresario ya que también los trabajadores se juegan con ella el propio mantenimiento de sus puestos de trabajo.

Esta reubicación y potenciación de los valores empresariales ha tenido sus consecuencias directas en el campo del Derecho del Trabajo. Todas las modificaciones debidas a la flexibilidad (en las funciones o polivalencia, en la jornada, en las estructuras salariales, en los modos de extinción o despido), no son sino expresión de ese valor superior de la competitividad tan estrecha-

mente dependiente, pero en sentido inverso, de la rigidez, las garantías inamovibles y de la conservación de las condiciones de trabajo concebidas como conquistas irrenunciables. A esa exigencia y por esa causa se han plegado los ordenamientos laborales introduciendo innovaciones como el carácter fuertemente dispositivo de muchas reglas legales o convencionales, la polivalencia funcional o la ampliación de los poderes empresariales en la asignación de funciones y sus cambios, el fomento de definiciones funcionales en el contexto del grupo profesional y no de la categoría, la supresión de los conceptos fijos del salario y su sustitución por formas retributivas vinculadas, precisamente, a esa marcha de la empresa, la anualización de la jornada, la mayor facilidad en los procedimientos de cambio de las condiciones de trabajo, o la facilitación de los despidos ya sea porque se hace una interpretación más amplia de las causas justificadoras, ya sea porque se hace menos costoso económicamente el recurso a la decisión extintiva unilateral.

No acaban aquí las consecuencias de ese redescubrimiento de la empresa. Incluso los modos de presencia colectiva de los trabajadores han sido afectados en la misma medida que las reglas referidas a las condiciones de empleo. Se ha producido una revalorización, con un alto componente ideológico, de la participación y la consulta de los trabajadores en la toma de decisiones en la empresa, como una forma de condicionar las decisiones empresariales frente a los métodos clásicos de limitación externa de esa decisión por medio de las tradicionales vías de conflicto. Ahora el conflicto se anula, se hace extemporáneo ya que lo que acontece en la empresa es que el empresario no actúa de forma unilateral sino que procedimentaliza su decisión abriendo la posibilidad a los representantes de los trabajadores de integrar una fase de ese proceso mediante opiniones o sugerencias y, eventualmente, una negociación informal. La capacidad de presión, de existir, no es ya la amenaza del conflicto sino la de la inutilidad y falta de eficacia de una medida si adoptada contra el parecer de quienes deben ser sus aplicadores inmediatos; dicho de otro modo, la falta de sentido de una opción productiva impuesta sin que haya obtenido previamente el consenso de los trabajadores.

Para este tipo de práctica colectiva es claro que el sujeto idóneo no es ya el sindicato, salvo que asuma este tipo de actitudes. Reaparecen, pues, en la misma medida que los valores de la empresa, organismos representativos, normalmente unitarios y no infrecuentemente paritarios, creados para la colaboración, el intercambio de información con la empresa, el apoyo a las medidas económica y gestionalmente correctas; organismos que, de tenerla, había sido una vida lánguida, sólo revitalizada en la medida en que así lo eran por los sindicatos. Ahora la situación ha cambiado. Estos órganos son la forma de expresión más genuina de un sistema de relaciones laborales basado en el consenso, sistema del que los sindicatos, en principio, no participan; sólo en la medida en que se incorporen a esta nueva dinámica podrán conservar presencia en la empresa. Por otra parte, la ideología del consenso y la participación

ha cambiado también el contenido de los convenios (aparte de su propia identidad, ahora mucho más frecuentemente de empresa y no de sector) pasando de la regulación de condiciones a la de procedimientos participados de toma de decisiones productivas. Y la figura reguladora típica es el acuerdo de empresa referido, además, a materias concretas rehuyendo tanto una disciplina global e íntegra de todos los aspectos de la relación laboral como su naturaleza, más firme e indiscutible y menos inestable, del convenio colectivo.

El redescubrimiento de los valores de la empresa, con lo que ello supone de subordinación de otros intereses a su buena marcha y resultados puede servir para afirmar una nueva constelación de derechos de los trabajadores que vendrían a sustituir a los basados en la intangibilidad de las condiciones alcanzadas, en la certeza, la estabilidad y la garantía. Se trata de derechos funcionales a esos nuevos valores, pero que sólo han recibido hasta el momento una regulación pobre, ambigua y escasamente efectiva. Si los trabajadores deben subordinar sus intereses a la buena marcha de la empresa es responsabilidad de ésta el procurar que la aceptación de la prioridad empresarial pueda ser alcanzada con éxito por el trabajador. Se trata, en definitiva, de convertir en obligación empresarial el proporcionar al trabajador los instrumentos para hacer posible esa adaptación a las exigencias del mercado y de la innovación tecnológica. Y la única forma posible es mediante la formación tanto inicial como permanente. De forma que la empresa vendría a asumir, con carácter general, un sentido de centro formativo, debiendo proporcionar a los trabajadores todos los medios para no sólo ser rentables para la empresa sino también para poder asumir, sin pérdida del puesto o de sus ingresos, las modificaciones del trabajo debido a innovaciones organizativas o tecnológicas y para incrementar su patrimonio profesional que le facilitará, en su caso, la obtención de un nuevo empleo. Obligaciones concretas como el diseño de un plan de formación, facilitar la misma (bien proporcionándola directamente, bien financiándola), el hacer posible la combinación de formación y trabajo (no sólo en los contratos de formación sino también en los demás contratos ordinarios mediante permisos formativos u otras licencias semejantes), el garantizar la recualificación profesional en el caso de obsolescencia de tareas u oficios, el diseño de un plan social que contemple acciones formativas conducentes a la recolocación de los trabajadores en la hipótesis de despidos colectivos. En síntesis, introducir la obligación formativa en el núcleo del sinalagma contractual.

Junto a estos nuevos derechos y obligaciones vinculados a la profesionalidad, también se afirman en la empresa (como consecuencia de un nuevo modo de estar en ella, pero también a causa de la incidencia de los procesos de individualización de que se hablaba páginas atrás) los derechos del trabajador como persona y como ciudadano. La que se ha llamado nueva dimensión de la acción social en la empresa estaría así volcada, además de a los contenidos formativos, a la garantía de respeto de los derechos fundamenta-

les de la persona vinculados a la prestación laboral y al medio ambiente de trabajo: la libertad personal (de creencias, políticas, sindicales, de apariencia o imagen), de expresión, la dignidad y la protección frente a los abusos, acosos y violencias, la seguridad física y la salud, la igualdad de trato, la prohibición de discriminación, etc. Una defensa, además, frente a la propia empresa y que es un freno u obstáculo respecto de ciertos condicionamientos, cada vez más intensos, derivados de la aplicación de nuevas tecnologías, sistemas de selección y control de aptitudes laborales. El trabajador, nuevo ciudadano en la empresa, a cuya buena marcha sacrifica otros derechos más contingentes, reclama entonces el respeto de un núcleo de intangibilidad que no puede subordinarse a los intereses puramente económicos de la empresa. El alcance de este debate, el punto de equilibrio entre respeto y condicionamiento en razón de la contemplación que no prioridad de otros intereses es una de las cuestiones abiertas.

## **7. LA INDIVIDUALIZACIÓN Y EL CONTRATO FRENTE A LEY Y EL CONVENIO COLECTIVO**

Ya se han hecho repetidas referencias al proceso de individualización que afecta desde hace algunos años al Derecho del Trabajo. La flexibilidad y la individualización de las exigencias productivas, unido a cierto interés de algunos grupos de trabajadores (unos por su posición privilegiada en el mercado de trabajo –caso de los directivos o del personal muy cualificado–, otros por necesidades de coordinación entre trabajo y otras actividades o necesidades –estudiantes, personas con responsabilidades familiares–, y otros por pura y simple debilidad negociadora) a establecer de forma singularizada sus condiciones de trabajo frente a la uniformidad y la homogeneización impuesta por la norma laboral y el convenio colectivo. En este sentido se hablado de una recuperación del contrato como instrumento de regulación que exigiría un campo de desarrollo más amplio que el sólo de la derogación in melius de las condiciones establecidas en normas imperativas, abarcando también la posibilidad de establecer condiciones alternativas a las de la norma laboral al considerarse ésta meramente dispositiva.

Este renovado protagonismo del contrato o la autonomía individual, si bien es cierto que no puede equipararse plenamente a la situación previa al surgimiento del Derecho del Trabajo, no obstante vuelve a plantear la cuestión del contratante débil y la duda acerca de cuánto hay de apertura real de espacios de libertad al individuo y cuánto en cambio de recuperación empresarial de un ámbito de decisión unilateral. No puede olvidarse, además, que la reivindicación de un mayor protagonismo a la autonomía individual se inserta en un proceso que comienza por la discusión del papel de la ley en beneficio del convenio colectivo (repliegue normativo, garantía colectiva, atribución de la capacidad reguladora y de la responsabilidad al convenio

colectivo), que es seguida por el debate acerca del propio papel del convenio colectivo al ponerse en cuestión su condición de ley del sector o de la profesión, la intangibilidad de sus mandatos respecto de otros convenios colectivos inferiores y al afirmarse la posibilidad de suplantar lo en él establecido por lo fijado en acuerdos de empresa derogatorios. En todo este proceso hay una tendencia en cascada a la reapertura de espacios libres a la decisión empresarial, si acaso condicionada por esos mecanismos de participación y consulta a que antes se hacía mención, y a una nueva reasignación fundamentada de facultades y competencias al empresario. En este esquema, donde los principios de norma mínima o norma más favorable han perdido virtualidad, el restablecimiento de la facultad individual de fijar las condiciones de trabajo de acuerdo con el empresario no sólo es un desafío a la autoridad reguladora de la norma estatal y, lo que es más importante, convencional, con lo que ello significa de rechazo de esa función institucional de mediación; es también el establecer las bases para la desaparición del principio de irrenunciabilidad de derechos y para legalizar disposiciones de derechos y aceptación de condiciones de trabajo cuya razón última de ser no es otra, como en los primitivos contratos civiles, que la imposición unilateral del empresario y la debilidad negociadora del trabajador

En consecuencia, la reivindicación de mayor libertad negociadora y de la capacidad de adaptar, no sólo desde la perspectiva del empresario sino también del trabajador, el trabajo a sus necesidades personales, a sus intereses, o a sus modos de vida puede tener un fundamento pero encierra muchos riesgos. Conjurarlos es la tarea actual que debe partir de la reafirmación de la autoridad de la norma laboral (legal o convencional) en aquéllos aspectos esenciales que no deben quedar al albur de la negociación; se trata de lo que podríamos llamar el núcleo de intangibilidad o de indisponibilidad, desde luego relacionado con los derechos fundamentales, pero también con derechos básicos laborales de segundo nivel como los derechos a la promoción, a la formación profesional y a la defensa de la profesionalidad. Como también debe ser tarea de la norma laboral establecer los mecanismos de control de la autenticidad y equilibrio de las convenciones individualmente suscritas; no tanto para prohibir o negar cualquier tipo de renuncia, sino para anular aquellas disposiciones de derechos o pactos concesivos de condiciones de empleo que no se justifican en ninguna ganancia compensatoria para el trabajador.

Por último, la individualización de las condiciones de empleo puede conseguirse mediante normas legales o convencionales que tengan presente la multiplicidad de intereses de los trabajadores y no necesariamente mediante acuerdo individual con el empresario. Manifestaciones de esa individualización podrían ser la flexibilización optativa de la jornada de trabajo (jornadas parciales voluntarias, jornadas flexibles, formas de fijación de la prestación por tareas), una mayor libertad de elección del lugar de trabajo (teletrabajo opcional), la ampliación de supuestos de licencias y permisos retribuidos o

no, una mayor ampliación de los supuestos suspensivos a opción del trabajador o una mayor libertad en la elección del momento y las condiciones de abandono del empleo activo (jubilaciones anticipadas, jubilación parcial), etc.

## **8. DISPERSIÓN DEL RIESGO Y DIFUMINACIÓN DE LA FIGURA EMPRESARIAL**

Para cerrar este trabajo, una última referencia a otro de los fenómenos que caracterizan la nueva forma de organización productiva de las empresas. Ya se ha hecho mención a ella, subrayando los intensos procesos de exteriorización productiva o externalización mediante el recurso a las contratatas y subcontratas o al trabajo autónomo o independiente; o de exteriorización, no tanto de la actividad sino de los costes de recluta, formación y gestión de la mano de obra, recurriendo a las empresas que tienen como objeto social el tráfico de mano de obra, sólo hace pocos años legalizadas en algunos países. En todos los casos, la empresa elude riesgos directos mediante la dispersión de ellos entre los integrantes de la red productiva. De esta manera, serán las empresas de trabajo temporal las que deberán ocuparse de la selección y la formación de los trabajadores que proporcionan, incorporándolos a su plantilla como tales y ahorrando a la empresa cliente todos esos costes además de la carga misma de contratar directamente, incluyéndolos entre sus trabajadores, a los trabajadores suministrados. De forma similar, la empresa principal utiliza el mecanismo legal de las contratatas o contratos de empresa para exigir resultados, pagar sólo por ellos (imponiendo muchas veces condicionantes técnicos, forma de trabajo y precio) y desplazar hacia esas otras empresas de menor dimensión toda la carga de gestión laboral y del riesgo de la actividad que la contrata evita.

Estos fenómenos ponen en cuestión algunos importantes principios laborales. El primero de ello es la identificación del empresario en cuanto titular de poder y facultades frente al trabajador, pero también responsable frente al mismo del correcto cumplimiento de las obligaciones laborales de estabilidad, pago de salarios, formación, seguridad y salud laboral, cumplimiento de deberes públicos en el ámbito de la protección social y de las indemnizaciones pertinentes en los supuestos de extinción del contrato. Esta difuminación de la figura empresarial se debe a la circunstancia de la disociación o reparto de facultades, como ejemplifican de forma muy característica las empresas de trabajo temporal: siendo éstas el empresario formal y quien ejercita respecto del trabajador todo tipo de facultades, sin embargo es evidente que las órdenes de trabajo y la responsabilidad en materia de salud laboral no puede atribuirse sino al que es empresario práctico, esto es, la empresa usuaria. Algo similar acontece con las contratatas, sobre todo cuando son de la misma actividad que la empresa principal y los trabajadores de la primera desempeñan sus tareas en el marco y condicionados por la organización productiva que la empresa principal implanta (basta tener presente la figura de los trabajos de

construcción de buques o de edificios para comprobar cómo esa disociación empresarial tiene lugar).

Lo anterior genera problemas graves en cuanto a la ejecución concreta del trabajo. Los ejemplos son muy variados: como la cuestión formativa del trabajador de una empresa de trabajo temporal cuya obligación compete a ésta pero que se imparte en función del tipo de trabajo para el que se cede al trabajador (con lo que la formación acaba dispensándola quien no está obligado cual es la empresa cliente), o lo referente al ejercicio del poder disciplinario (que también corresponde como empresario a la empresa de trabajo temporal pero que difícilmente puede realizarlo sin el concurso de la empresa cliente, hasta el extremo de que se habla de una facultad sancionadora por delegación). O las condiciones de seguridad laboral de las contratistas que difícilmente ésta podrán garantizar cuando prestan sus servicios, como tales contratistas, en un medio que está bajo control de la empresa principal. Fenómenos similares se producen en los grupos de empresa en los que la disociación entre empresario formal y empresario real (en el sentido de quien toma efectivamente la decisión, puesta en práctica luego por intermediación de otra empresa del grupo).

Todas estas cuestiones de disociación, dispersión del riesgo y dificultades de identificación del sujeto responsable deben ser abordadas por el Derecho del Trabajo. En primer lugar considerando inexistentes y reprimiendo fenómenos de simulación que, sin justificación productiva alguna, sólo buscan la elusión de la norma laboral (casos de interposición fraudulenta mediante la utilización de la figura del empresario ficticio —lo que sucede con frecuencia bajo la apariencia de contratistas— o mediante la creación de una empresa, controlada por otra de un mismo grupo, pero jurídicamente independiente constituyendo prácticamente una unidad). En los casos en que esa dispersión el riesgo es cierta en la medida en que responde a la realidad de dos empresas auténticas e independientes que se relacionan entre sí (aunque, como en el caso de las empresas de trabajo temporal, su finalidad sea precisamente el tráfico, legalizado, de mano de obra), las fórmulas que deben ponerse en práctica son de dos tipos. De una parte, especificando de manera más detallada, precisa y adecuada, los criterios que identifican al empresario centro de imputación central de obligaciones y responsabilidades respecto del trabajador; y, en el caso del reparto inevitable de facultades, establecer igualmente criterios lógicos y adecuados a la realidad del tipo de trabajo y de la forma de prestarlo. Por último, la norma laboral debe ocuparse de compatibilizar la dispersión legal del riesgo con la determinación precisa del o de los sujetos responsables y con la concentración de la responsabilidad en caso de incumplimiento de las obligaciones laborales, normalmente extendiendo esa responsabilidad a los distintos sujetos intervinientes y calificándola de solidaria, al margen de si se trata o no de la misma o diferente actividad (en el caso de las contratistas) o de la existencia o no de diligencia o culpa (como responsabilidad económica frente al trabajador, esa responsabilidad es perfectamente objetivable). Por

último, la proyección eficaz del principio de igualdad en estas relaciones (entre trabajadores de la usuaria y de la empresa de trabajo temporal, por ejemplo) puede tener repercusiones muy positivas.

Estos temas de la exteriorización y la externalización productiva están recibiendo, en los últimos años, un tratamiento por parte de la negociación colectiva de tipo prohibitivo. En las cláusulas que se vienen incorporando al contenido de los convenios (llamadas cláusulas de empleo; de nuevo esa función asumida por las normas laborales) es frecuente encontrar acuerdos para evitar por parte de las empresas la utilización de estas técnicas contractuales (con un tenor semejante a las, ya más clásicas, de control en el uso de la contratación temporal). Se trata de cláusulas en las que las empresas aceptan no recurrir a las empresas de trabajo temporal (de forma absoluta o sólo en casos extremos, casuística y numéricamente fijados), o limitar la contratación y la subcontratación (frecuentemente prohibiendo la cadena de contrata y subcontratas a sólo un primer eslabón). Lo llamativo de estas normas convencionales no es el hecho en sí de su existencia (tan en contra de la extensión de estas formas de exteriorización) sino el debate a que han dado origen a partir de la contestación de las mismas por parte de empresarios singulares, comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio y obligados por sus mandatos, que han esgrimido la libertad e empresa y de iniciativa económica como valor constitucional no limitable por decisión convencional, incluso si adoptada por sus representantes. Un ejemplo de reivindicación de la autonomía individual y de la libertad de decisión, llamativo porque tiene lugar en el campo empresarial y expresa un desafío y una denuncia tácita de falta de representatividad respecto de las organizaciones patronales, también afectadas por la crisis de representatividad que se asigna habitualmente sólo a las organizaciones sindicales.

## 9. CONCLUSIÓN

Tan exigente como breve. No es posible cerrar los ojos a las exigencias de cambio que proceden de las nuevas formas organizativas de la empresa que traducen igualmente una importante sustitución de paradigmas y de valores. Todo ello debe ser aceptado, analizado, procesado y filtrado por el Derecho del Trabajo desde sus propios postulados y sin renunciar a los principios y a los valores que lo han creado y lo han hecho posible y autónomo. Para, a partir de aquí, inventar nuevas formas de regular los variados fenómenos que se adscriben, directa o indirectamente, a la prestación de un trabajo en régimen de subordinación. Una realidad ésta que podrá variar en su configuración, en sus rasgos, en el tipo o en la intensidad de la dependencia y de la ajenidad, pero que, todavía, constituye la forma mayoritaria como se organiza jurídicamente la prestación de los servicios y la obtención de la subsistencia a partir de ellos.