

INTERMEDIACIÓN Y POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO: UNA URGENTE REFORMA “QUE BRILLA POR SU AUSENCIA”

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

EXTRACTO

Palabras clave: políticas activas de empleo, empleabilidad, flexiseguridad, agencias privadas de empleo

La crisis de empleo que España viene padeciendo desde 2008, muy superior a la de los países de nuestro entorno, pese a experimentar ellos también análogos procesos de crisis económica, ha hecho reaparecer la contradicción entre la dinámica económica, que requiere una flexibilidad ya casi ilimitada, y el mantenimiento de la cohesión social, que exige un estatuto de mínima –o suficiente– seguridad económica y ocupacional. Si la flexibilidad debe proporcionarla una nueva política laboral, que es la que asume en extremo el RDL 3/2012, la seguridad debe fijarse en un conjunto coherente de políticas activas de mercado de trabajo.

Paradójicamente, el RDL 3/2012, que quiebra buena parte de las reglas y principios jurídico-laborales del modelo clásico, en este aspecto se ha mantenido extremadamente conservador, de modo que perpetúa buena parte de las medidas y, por tanto, los errores, del pasado inmediato, llevando, eso sí, hasta sus máximas consecuencias la “re-mercantilización” del trabajo. En consecuencia, es hora ya de innovar las vías que permitan articular de modo efectivo, no ya, como hace el RDL 3/2012, y los demás de la saga desde hace más de dos décadas, a través de la referencia a puras “fórmulas mágicas” –“flexiseguridad”, “empleabilidad”–, la inexorable e invencible flexibilidad –del sistema productivo y de la organización del trabajo y sus diversas formas de empleo–, con la también irrenunciable seguridad, si bien reinventada como “seguridad activa ante el riesgo” – que no es “natural”, sino “socialmente fabricado”- y como “estatuto dinámico de derechos sociales de (nueva) oportunidad”.

ABSTRACT

Keywords: active labour market policies; flexicurity, employability, private employment agencies

The deep employment crisis that Spain has been suffering since 2008, higher than that of neighboring countries, has come back to the contradiction between the economic dynamic, requiring flexibility almost unlimited, and maintenance of social cohesion, which requires a low-status or sufficient economic and occupational safety. If flexibility must be provided by a new employment policy, which is taken on extremely the RDL 3/2012, the security must be set to a consistent collection of active employment policies.

Paradoxically, the RDL 3/2012, that breaks many of the rules and labor law principles of the classical model, has remained extremely conservative, in this respect, so that perpetuates many of the measures and, therefore, the immediate past errors, carrying to their fullest consequences “recommodification” of work. Consequently, it is time to innovate ways to articulate effectively, no longer, as does the RDL 3/2012, through reference to pure “magic ways”-“flexicurity”, “employability”- the invincible production system and work organization flexibility and its different ways of employment - with the cannot be waived of security, reinvented as “active safety to the risk “- that is not “natural” but “socially constructed “- and as a “dynamic status of social rights for a (new) opportunity”.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: LA GRAN PARADOJA
2. UNA REFORMA LABORAL PARCIAL Y DESEQUILIBRADA: MUCHA FLEXIBILIDAD, POCa SEGURIDAD
3. CRISOL DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DEL MERCADO DE INTERMEDIACIÓN: LAS ETTS COMO “EMPRESAS DE SERVICIOS INTEGRALES DE EMPLEO”
 - 3.1. El reconocimiento inmediato, sin previa autorización específica, de las ETTS como “agencias privadas de colocación”
 - 3.2. Nuevos cimientos legales para la consolidación del “mercado privado de servicios de recolocación”
4. LA POLÍTICA DE FOMENTO DE EMPLEO: ENTRE LA CRÍTICA Y LA PERPETUACIÓN
 - 4.1. Planteamiento general: discurso crítico, práctica perpetuadora
 - 4.2. Técnica de reducción de cuotas para los contratos de formación: ¿por qué se elimina la obligación de incremento neto de empleo?
 - 4.3. Las bonificaciones por transformación de empleo temporal en estable: ¿es selectivo acortarlas “sólo” en empresas de menos de 50 trabajadores?
 - 4.4. El complejo y confuso sistema de incentivos económicos para la nueva modalidad de contratación indefinida
 - 4.5. La reanimación de los programas de empleo derogados: del “coma” a los “muertos vivos” (zombis)
5. LAS MEDIDAS DE ACTIVACIÓN DE LAS POLÍTICAS “PASIVAS” DE EMPLEO: UN ESCENARIO PARA FUTURAS REFORMAS
6. OTRO MODO POSIBLE DE ENTENDER LA “FLEXIGURIDAD” : EL ENFOQUE DINÁMICO Y DE DERECHOS DE LA SEGURIDAD
7. REFLEXIÓN FINAL: EN ESPERA DE UNA TOMA EN SERIO DE UNA POLÍTICA Y UN DERECHO DEL EMPLEO

1. INTRODUCCIÓN: LA “GRAN PARADOJA”

Aunque las opiniones son ya muy dispares, como por otro lado es de esperar en una “comunidad científica” activa y plural, yo estoy plenamente convencido de que el Real Decreto Ley –RDL- 3/2012, de 10 de febrero, supone bastante más que una “reforma laboral”. Más allá de sus cambios literales, en realidad pretende –otra cosa es que lo pueda lograr de manera absoluta *secundumius*- impregnar de un “nuevo espíritu” al Estatuto de los Trabajadores –ET- y que podría bien ser caracterizado con una doble nota, aparentemente contradictoria, pero que no lo es, pues ambas se complementan plenamente para lograr un mismo designio transformador, aunque sea en un sentido involucionista. De un lado, un espíritu “ultra-liberal” en la conformación de la relación individual de trabajo –liberalización de buena parte de los precedentes controles, administrativos, judiciales y colectivos fijados al ejercicio del poder de dirección-. De otro, “un espíritu autoritario-intervencionista”, en cambio, en lo concerniente a la ordenación de las relaciones colectivas convencionales –establecimiento de un orden público económico productivista que determina la estructura del sistema de negociación colectiva con un margen muy limitado de gobierno de los sujetos colectivos “centralizados”-. En ambas direcciones,

los cambios son, pues, radicales, y esta “nueva doble alma” del ET, en aras de primar la función productiva del Derecho (“capitalista” desde su origen) del Trabajo, en detrimento de su también originaria “función distributiva”, promueve una auténtica convulsión en los mismos cimientos de esta rama del Derecho, desequilibrando sus “reglas de juego” e invirtiendo sus principios básicos, en la dirección de un “*Derecho Post-social del Trabajo*”, erosivo tanto del “espíritu de la Constitución” de 1978 cuanto del “espíritu de la Constitución de la OIT”¹.

Paradójicamente, el RDL 3/2012, que se autodenomina, como la totalidad de los de su género, de “reforma del mercado laboral”, se muestra extraordinariamente continuista, por lo tanto, sorprendentemente conservador, respecto de la práctica totalidad de las medidas de “políticas activas de empleo” –PAE-, o de “políticas activas de mercado de trabajo” –PAMT- precedentes. Tan continuista es que incluso ha “revivido” medidas que estaban, al menos formalmente, derogadas o, en todo caso, en un claro tránsito hacia su desaparición, por obsoletas, agotadas e ineficientes. De ahí la sorpresa dicha, y también mi perplejidad, porque si un aspecto de la regulación del mercado de trabajo español, extremadamente desequilibrado en lo cuantitativo –no sólo incapaz de generar nuevo empleo sino irracionalmente destructor del que existe- y en lo cualitativo –muy desigual reparto por colectivos y territorios, dentro de un mismo “mercado nacional”-, exigía una reforma radical, en profundidad, demolidora de lo viejo y constructora de algo nuevo, ese era –y es- el de las “políticas activas de empleo”. En realidad, y sin perjuicio de algunas novedades puntuales, que aquí se analizarán, esta dimensión central del problema que hoy tiene España en esta materia ha sido olvidada por completo, lo que introduce una nueva y muy poderosa razón para dudar de la credibilidad de esta reforma para lograr el objetivo que, sin embargo, dice perseguir: la dinamización de nuestro mercado laboral para fomentar la creación de (nuevo) empleo.

La reforma en profundidad de los instrumentos de políticas activas de empleo en un tiempo de crisis tan intensa y continuada –son ya nada menos que 5 años, sin que sea posible, más allá de las “engañifas políticas”, de uno y otro Gobierno, atisbar virajes de sentido contrario relevantes antes de 2 o 3 años- es inaplazable. De un lado, con un desempleo de prácticamente un 24% y subiendo, que representa la más alta de nuestra historia y más de dos veces

¹ Más que nunca resulta de interés volver a los clásicos de nuestra disciplina para entender lo que está pasando en la actualidad. Por eso creo imprescindible recordar los estudios realizados en Lyon-Caen Gérard (dir.). *Le droit capitaliste du travail*. PU Grenoble. Coll. Critique du droit. 1980. Para la crisis del modelo constitucional de Derecho del Trabajo que estas mutaciones representan, desde un enfoque de análisis de sus presupuestos filosóficos y político-jurídicos, por todos, Monereo Pérez, J.L. *La Crisis de la socialdemocracia Europea*. El Viejo Topo. 2012. Para la quiebra de la Constitución de la OIT vid. Supiot, A. *El Espíritu de Filadelfia*. Península. Barcelona. 2011.

y media más de la tasa de paro media existente en la Unión Europea –UE-, y más del triple de la media de la OCDE –situada en torno al 8%-², éste es el verdadero lastre de nuestra economía y drama de la sociedad, y no ya tanto la reducción del déficit público. De otro, contamos ya con una extraordinaria experiencia acumulada, en los planos económico y jurídico, sobre estas políticas y regulaciones que, sin perjuicio de reconocer ciertos efectos positivos, vienen poniendo de manifiesto su ineficiencia, su ineficacia y creciente inequidad, por lo que son más sus limitaciones que sus bondades³.

Es evidente que la magnitud de esta auténtica “cuestión social española” –de hoy, pero lamentablemente también de ayer, y de siempre- no se resuelve sólo ni con reformas de la regulación laboral ni con políticas activas de empleo, sino con un mayor y mejor crecimiento económico –“nuevo modelo productivo”-. Pero no menos cierto es que, la historia de la anterior crisis de esta naturaleza vivida por España –a mediados de los años 90- acredita que es posible sorprender a propios y extraños con la capacidad de generar empleo que puede desplegarse con la toma de decisiones adecuadas. Primero, proponiendo una reformulación radical de las políticas precedentes, ante la evidencia de su profunda obsolescencia –reconocida por el propio legislador, que ya había derogado buena parte de su entramado normativo, aunque provisionalmente todavía en vigor en espera de esa completa reordenación- y su agotamiento. Segundo, ordenando una mayor contribución económica a estas políticas de estímulo, pues el presupuesto dedicado a las mismas sigue siendo muy bajo en términos relativos, esto es, en relación con el alto nivel de paro (el 0,05% del PIB por punto de tasa de paro). Tercero, redistribuyendo el gasto público en este tipo de políticas, reduciendo los incentivos a la contratación, que se ha mostrado de efectos muy escasos, e incluso contraproducentes, y mejorando

² La tasa de desempleo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se situó en noviembre en el 8,2%, donde permanece anclada desde agosto de 2011, informó la institución que, sin embargo, advirtió de que esta estabilidad agregada “enmascara” las distintas realidades nacionales, con un paro del 23 % en España –los datos corresponden a noviembre de 2011, siendo mayor hoy-, frente al 3,1% de Corea del Sur. En el caso de la zona euro, la tasa de paro de noviembre se mantuvo en el 10,3%, la más alta desde el estallido de la crisis financiera, mientras que la de las siete mayores economías fue del 7,5%, una décima por debajo del dato de octubre. Tras España, que ocupa el primer puesto y muy destacado respecto del segundo, se sitúa Irlanda (14,6%), Eslovaquia (13,5%) y Portugal (13,2%), mientras los niveles más bajos de desempleo se observaron en Corea del Sur (3,1%), Austria (4%) y Japón (4,5%). La evolución destructora en España es de vértigo y vergonzante. Vid. http://www.oecd-ilibrary.org/employment/taux-de-chomage_20752334-table1

³ Vid. SIANESI, B. “*An Evaluation of the Swedish system of active labour markets programs in the 1990s*”. Review of Economic and Statistics. February, vol. 86, n. 1, 2004, pp. 133-155. Para nuestro país TOHARIA, L. (dir.) e altri. “*El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la seguridad social para el empleo en la afiliación a la seguridad social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*”. FIPROSS 2007/81, 2008.

de un modo significativo la efectividad de los “servicios públicos del empleo” y la “formación profesional ocupacional”⁴.

En dirección opuesta, sin embargo, el RDL 3/2012, como la Ley 35/2010, esto es, como la anterior reforma, deja en un incomprensible e inquietante segundo plano esta cuestión, la verdadera cuestión del mercado de trabajo español. Si en la mayor parte de las políticas activas de mercado de trabajo apenas ha tenido incidencia innovadora, limitándose a “revivir” buena parte de los marcos reguladores y de los programas ya fenecidos, o en espera de una muerte ya decretada -“estado de liquidación”-, para la política de colocación ha puesto de relieve su desconfianza en los servicios públicos –aquí de empleo- y su radical – e irracional- preferencia por intervención de un nuevo sujeto privado de intermediación laboral: las Empresas de Trabajo Temporal –ETTS-. Aunque la Exposición de Motivos –EM- hace un uso prolífico de los imperativos de “eficiencia”, realmente no es ni la eficiencia ni la racionalidad del mercado de trabajo español lo que se ha querido afrontar, sino más bien (1) la plena liberalización-privatización de los servicios de (re)colocación, alterando el equilibrio entre lo público y lo privado precedente, al tiempo que (2) se perpetúa, yo creo que incluso se intensifica, la irracionalidad del sistema de incentivos económicos para el fomento del empleo, sobre todo, pero no sólo, respecto del nuevo y polémico contrato de trabajo indefinido para el apoyo a emprendedores (artículo 4 RDL 3/2012). Para colmo del gran desaguado, el austero Proyecto de Presupuestos Generales para el año 2012 (3) se ceba con la reducción en más de 1.500 millones de Euros –representa en torno a un 20% del presupuesto de 2011- las partidas dedicadas a “políticas activas de empleo”, de modo que sólo deja –de momento, claro- inalteradas las “políticas pasivas” –prestaciones por desempleo-⁵.

El propósito de este estudio es doble. Primero, ofrecer un mapa o catálogo de las “novedades” más notables introducidas por el RDL 3/2012 en esta

⁴ Vid. Santos Ruesga / Perez Infante / Valdés Dal Ré. “¿Qué reforma laboral?”. El País, 10 de febrero de 2012. Es muy esclarecedor, para comprender la continuidad de los problemas, releer el libro de FEDEA. *Estudios sobre el Funcionamiento del Mercado de Trabajo Español*. Madrid. 1995

⁵ Esta decisión se orienta, más bien, deriva, en dirección opuesta a todas las recomendaciones de los organismos internacionales (FMI, OCDE, OIT), pero también a lo que cabía esperar de ciertas referencias en el RDL 3/2012, como las “cuentas formación”. Según la opinión de estas instituciones, la mejor protección contra el desempleo no es la que garantiza sin más una renta –prestación-, sino la que combina esta seguridad económica con medidas de seguridad dinámica o activa, como la formación para el “reciclaje” –reestructuración de competencias profesionales- y la búsqueda de un nuevo empleo. El gasto en protección contra desempleo ha sido la partida que más ha crecido durante la crisis. El presupuesto de los Servicios Públicos de Empleo ascendía en 2007 a poco más de 22.000 millones de euros; el año pasado, superó los 38.000. Este aumento se debe fundamentalmente al pago de las llamadas políticas pasivas (prestaciones y subsidios por desempleo), que hace cuatro años fue de casi 15.000 millones de euros, y en 2011 fue de 30.000. En el mismo periodo, el gasto sólo se redujo de 8.000 millones a 7.600. Vid. http://economia.elpais.com/economia/2012/03/30/actualidad/1333117107_329650.html

vertiente, crucial, de la reforma. Segundo, y más sucintamente en esta sede, esbozar las líneas que deberían enfatizarse en una eventual, necesaria aunque improbable, modificación parlamentaria de esta primera fase de la reforma-ruptura del pasado. Con ello no se trata de hacer una suerte de contraprogramación político-jurídica del texto vigente actualmente, sino de poner de manifiesto las contradicciones de las medidas propuestas con sus objetivos y apuntar qué dirección podría seguirse para que, al margen de la crítica externa que nos pueda merecer la reforma, resulten más creíbles –confiables– los cambios dentro de la propia lógica confesada por el legislador: la recurrente “*flexi-guridad*”. El sacrificio que la reforma supone para el principio de seguridad estática de los trabajadores, a favor de un extraordinario incremento de la flexibilidad de gestión de personal, incluida la fase de salida con especial saña, sólo podría ser asumido, al menos en sus grandes trazos, si a cambio se refuerza el “principio de seguridad activa” o dinámica de los trabajadores, proporcionándoles no sólo seguridad económica sino también “oportunidades efectivas de recolocación” en un tiempo óptimo –o cuando menos razonable–.

2. UNA REFORMA LABORAL PARCIAL Y DESEQUILIBRADA: MUCHA FLEXIBILIDAD, POCA SEGURIDAD

La reforma laboral se quiere “completa y equilibrada”, de modo que a través de “medidas incisivas y de aplicación inmediata”, se fije “un marco claro que”, además de “contribuir a la gestión eficaz de las relaciones laborales”, facilite la creación de empleo y su “estabilidad”, que es lo que “necesita nuestro país” –EM, punto II, ab initio–. Así escrito y leído, tanto la letra como la música, parecería sonar “a más de lo ya conocido”, y acreditadamente fallido, de las reformas del pasado, todas ellas, desde 1984, dirigidas a pretender “crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda... crear empleo y así generar la seguridad necesaria para trabajadores y empresarios, para mercados e inversores” (EM, I). Como suele suceder en la práctica totalidad de ellas, los diagnósticos realizados como presupuesto para las terapias son absolutamente acertados, en especial cuando están basados en datos estadísticos inapelables:

“Los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales... y requieren una reforma de envergadura, que, pese a los cambios normativos experimentados en los últimos años, continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas...y, sobre todo, por los datos de nuestra realidad laboral, que esconden verdaderos dramas humanos. Las cifras expuestas ponen de manifiesto que las reformas laborales realizadas en los últimos años, aún bienintencionadas y orientadas en la buena dirección, han sido reformas fallidas”.

La tragedia para nuestro “modelo socio-laboral” es que, sorprendentemente, esta reforma sigue exactamente el mismo recetario fracasado que las anteriores. Si respecto de la política de instrumentación de las instituciones jurídico-laborales al servicio de la pretendida creación de empleo se apuesta por avanzar hasta el extremo en la flexibilidad de gestión empresarial, hasta proponer radicales liberalizaciones del funcionamiento de la práctica totalidad de los dispositivos de regulación y control, para las medidas de política de estímulo al empleo se opta por un sustancial continuismo. De ahí que pueda, en este punto, compartir plenamente la posición de quienes afirman que la reforma de 2012 “no puede entenderse sin tener en cuenta las precedentes”, siendo, en la materia que aquí analizo, no, a mi juicio, respecto de otras, “una nueva fase de un proceso que no puede considerarse acabado ni cerrado”. En consecuencia, si las “terapias” ya han sido prescritas más veces, y no han tenido éxito, el resultado está ya escrito: presenta las mismas deficiencias que las precedentes y, por tanto, adolece de las mismas incapacidades para abordar con eficacia los desafíos que se plantea y que urge resolver⁶. A este respecto, hay que resaltar que resulta especialmente claro en este ámbito de análisis que ni estamos ante una reforma completa, integral o global, de envergadura, ni coherente, ni mucho menos equilibrada de las políticas activas de mercado de trabajo.

En efecto, no es completa, sino extremadamente parcial. Para ilustrar un tipo de afirmación como ésta será conveniente recordar, siquiera sólo mediante enunciado de las mismas, cuáles son esas “políticas activas de empleo” –o “de mercado de trabajo”–. A tal fin, y pese a la inexistencia a día de hoy ni de un catálogo preciso legislativo ni de un suficiente consenso científico –en economía del trabajo y en la ciencia jurídica– sobre aquéllas, sabido es que las más importantes son⁷:

⁶ Vid. Rodríguez-Piñero, M.-Valdés Dal-Ré, F.-Casas Baamonde, M.E. “La nueva reforma laboral”. Editorial de RRLL, número 5/2012, p. 4. A mi juicio, en otros aspectos la “nueva reforma laboral” presenta discontinuidades respecto del pasado, de modo que las “líneas rojas” rebasadas son tantas y tan intensas que evidencia un “un nuevo espíritu regulador”, que hace de la quiebra del modelo social precedente su razón de ser principal. Vid. In extenso Molina Navarrete, C. “De las “reformas laborales” a un nuevo, e irreconocible, “Estatuto del Trabajo Subordinado”. CEF. Trabajo y Seguridad Social. N. 348. Marzo 2012.

⁷ La extraordinaria heterogeneidad y extensión de las “políticas de empleo”, cuya componente fundamental son las “políticas activas de empleo”, se ha plasmado legislativamente tanto en la definición legal –artículo 23 Ley de Empleo (LE)- cuanto en los ámbitos económicos y sociales en que se despliegan –artículo 25 LE-, sobre todo tras la profunda, tanto como olvidada, reforma mediante el RDL 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo. Para un intento de sistematización, desde el análisis jurídico-laboral, vid. AAVV. *Manual de Política y Derecho del Empleo*. Tecnos. Madrid. 2011. Un análisis clásico desde la economía del trabajo en Fina Sanglas, Lluís. *Mercado de Trabajo y Políticas de Empleo*. CES. 2001. Más reciente, desde la economía del trabajo también, Ruesga Benito, Santos María. “*Políticas de Empleo y Entidades Locales*”. Documento de Trabajo número 1/2012, Augusto Plató.

- a) Colocación y/o intermediación
- b) Fomento (tanto del trabajo asalariado como del trabajo autónomo –autoempleo, individual y colectivo-)
- c) Reparto del empleo (contratación a tiempo parcial, prohibición o limitación de las horas extraordinarias, cláusulas de jubilación con garantías de empleo...).
- d) Activación de las políticas pasivas (medidas de condicionamiento de las rentas de desempleo a compromisos de búsqueda activa de empleo...)
- e) Formación profesional para el empleo
- f) Flexibilidad laboral (de entrada, gestión interna y salida)

Pues bien, fuera de la indicada instrumentación de la regulación jurídico-laboral al servicio de los imperativos de la productividad –o rentabilidad-, más que del empleo mismo –apenas hay en toda la reforma garantías de (continuidad) del empleo, pese a ser el centro del discurso oficial-, sólo hay contadas y continuistas medidas relativas a

- la liberalización del mercado de los agentes de intermediación – incorporación plena de las ETTS como agencias mercantiles de colocación; agilización del trámite de autorización de las agencias de colocación en general-, así como en el de entidades formativas
- la incentivación económica –mediante reducción de costes fiscales, salariales y sociales- de ciertas modalidades de contratación.
- la intensificación de las medidas de activación de las políticas pasivas de empleo (modalidad de pago único, carácter obligatorio para beneficiarios de protección por desempleo de ciertos programas; compatibilidad salario y prestación)

Pero tampoco es coherente. En este sentido, como ya se anticipó, la citada reforma de “envergadura” se concreta, para la práctica totalidad de los programas precedentes de fomento de empleo, en una reactivación de los mismos cuando ya la normativa anterior había levantado acta de defunción de la práctica totalidad, si bien no los había enterrado todavía definitivamente a la espera tanto de la Estrategia de Empleo, aprobada en 2011, y del Plan Anual de Empleo, que quedó pendiente ante el anticipo de las elecciones –hoy probablemente diferido ad calendas graecas-. El continuismo aquí es atroz. Pero allí donde parece querer ser innovadora, la medida de (reparto de) empleo no puede ser más incoherente, como la eliminación de prohibición de horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial, de tiempo reducido por definición.

Y, finalmente, y en todo caso, es profundamente desequilibrada. Aparentemente, la reforma “apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo;

entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo [mercado interno de trabajo, podría decirse] y las que operan en el mercado [externo]de trabajo, etc. El objetivo es la *flexiseguridad*” –EM, II, segundo párrafo-. Cómo no, de nuevo emerge este neologismo que todo parece justificarlo, hasta el punto de actuar más como una “fórmula mágica”, brillante en su carcasa –expresión- pero vacía de cualquier contenido regulador preciso y efectivamente condicionante de una justa ecuación entre lo que se pierde en *seguridad contractual* –en el puesto-, para ganar el empresario en flexibilidad de gestión, y lo que se gana en *seguridad estatutaria* –continuidad económica y profesional, a través de otras fuentes de ingresos o renta, de nuevas oportunidades de empleo-.

Para que el juicio de equilibrio fuese positivo hubiese sido necesario que, amén de reforzar las políticas de protección por desempleo –que a día de hoy parecen mantenerse-, se reforzara la efectividad al nuevo catálogo de derechos individuales o subjetivos reconocidos a todos los trabajadores, estén o no ya en la situación de desempleo. Derechos para propiciar bien una *gestión preventiva del desempleo*, a través del enriquecimiento del patrimonio profesional –competencial- del trabajador, haciendo de la formación profesional para el empleo una piedra angular del cambio, y no ya una medida más de cara a la galería, bien una *transición óptima* –escaso tiempo de tránsito a otro empleo; tutela continuada de la profesionalidad adquirida en el proceso (trayectorias profesional); eficiencia de recursos públicos y privados utilizados para garantizar la efectividad de estos servicios-. Según ya se advirtió, no sólo no aparece un programa legislativo de esta guisa en la reforma, sino que se han reducido, a través de la técnica de limitación presupuestaria, las partidas destinadas a políticas activas de empleo, silenciando de modo absoluto el papel que han de tener los servicios públicos en estos procesos. En realidad, el silencio es elocuente, tras el mismo no hay sino una deliberada opción a favor de las empresas privadas, que, de conformidad con el espíritu ultra-liberal y post-social que inspira toda la reforma, se presumen más eficientes –sin datos que lo avalen en positivo- que los servicios públicos –lamentablemente éstos sí altamente ineficientes hasta el momento en su labor-.

En suma, no es la “*seguridad del estatuto profesional de la persona*” lo que actuaría como fin compensatorio de la pérdida –extrema- de seguridad contractual del trabajador a favor de la recuperación de una libertad –extrema igualmente- de gestión empresarial, sino, al contrario, una intensificación de los mecanismos de mercado –incentivo del recurso a agencias privadas de colocación, incluidas las empresas de recolocación- para propiciar la tan recurrente “empleabilidad”. Ciertamente, y para cumplir con el deber ser científicamente honestos, hay que reconocer que algunas novedades en tal dirección hay en la reforma, como sucede respecto de la inclusión de “nuevos deberes de capacitación profesional” a cargo de los empleadores –obligacio-

nes de cursos formativos de adaptación antes de llegar al despido; incorporación de nuevos permisos retribuidos formativos; provisiones de créditos formativos individuales; reforzamiento del carácter de derecho subjetivo de la formación...-, y, siguiendo la estela del modelo francés, de auténticos “derechos a una nueva oportunidad de recolocación externa” –plan a tal fin previsto en el artículo 51.10 ET para regulaciones de empleo que afecten a más de 50 trabajadores-. Ahora bien, no menos cierto es, como se ha dicho igualmente, que ni se establecen de un modo intenso y sistemático, ni afecta por igual a todos.

En la medida en que una parte significativa de estas novedades concurre con otros análisis en este monográfico –políticas de contratación, políticas de formación, políticas de flexibilidad laboral-, aquí me centraré en el estudio de dos ámbitos de políticas de empleo directamente vinculadas a la eficiencia socioeconómica del mercado de trabajo:

1. La política de colocación y la apertura del mercado de agentes de empleo
2. La política de fomento de Empleo, tanto por cuenta ajena cuanto por cuenta propia –autoempleo-, en especial a través del mutado sistema de incentivos económicos a la creación de empleo

3. CRISOL DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DEL MERCADO DE INTERMEDIACIÓN: LAS ETTS COMO “EMPRESAS DE SERVICIOS INTEGRALES DE EMPLEO”

3.1. El reconocimiento inmediato, sin previa autorización específica, de las ETTS como “agencias privadas de colocación”

La primera novedad que contiene el RDL 3/2012 ilustra a la perfección el estrecho vínculo que en materia de intermediación mantiene sea con las reformas del bienio 1993-1994 sea con la de 2010, hasta el punto de culminar el proceso liberal-privatizador de los servicios de intermediación laboral, pasando del monopolio de lo público hasta el protagonismo de las “empresas de servicios privados de empleo”, pasada ya la novedad de la etapa intermedia de las “agencias de colocación” sin ánimo de lucro. Muy lejana, no en el tiempo, sino en el modelo de política jurídica del (nuevo) Gobierno, la preocupación por evitar –luchar contra- las prácticas desleales y fraudulentas de las muy extendidas “*empresas multiservicios*” –Disposición Adicional 11ª Ley 27/2009-, ahora se pone fin a la exclusividad de las ETTS como “empresas de cesión de trabajadores”, para configurarlas, por mandato legal y sin que precisen ninguna autorización específica –eludiendo, en consecuencia, eventuales resistencias

de algunos servicios públicos autonómicos de empleo (por ejemplo el andaluz, siempre reacio a este tipo de entidades, hasta suspender la aplicación del marco legal estatal respecto de las agencias privadas de colocación-, “empresas de servicios de intermediación laboral”, por tanto con ánimo de lucro –RD 1796/2010, de 30 de diciembre-. A tal fin, introduce, con vigencia inmediata y debilitamiento de los controles previos –Disposición Transitoria 2ª RDL 3/2012-, las necesarias modificaciones en los artículos 16.3 ET, 1 y 2.1 b) Ley de Empresas de Trabajo Temporal –LETT- y 21. bis. 2 y Disposición Adicional 2ª LE-.

En suma, de una etapa de prohibición, se pasó a otra de reconocimiento limitado, con importantes prohibiciones y restricciones, legales y convencionales, culminándose ahora, con la liberalización plena, hasta el punto de que le bastará a la ETT autorizada con una “declaración responsable” –fórmula prevista en la Directiva de Servicios 2006/123/CE y en las leyes de transposición a nuestro Derecho-, a través de la cual se manifieste el cumplimiento de los requisitos legales –artículos 16.3 ET y 1 LETT-. De este modo nos colocaríamos en la senda de los países que han asumido más claramente la dirección liberal-privatizadora de los servicios de empleo instada por la OIT –Convenio 181 (1997)- y la UE –Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre-, introduciendo la lógica del mercado en el funcionamiento de lo que es un servicio público de acción social esencial. Al tiempo, sumiso con las orientaciones que vienen de “Europa”, el Gobierno central compensará esa pérdida de soberanía reguladora con una acción directa que ignora el reparto de competencias con las CCAA en esta materia.

En este sentido, el Gobierno no sólo ha evitado cualquier resistencia autonómica a través de la habilitación para actuar como agencias de intermediación –con ánimo de lucro, si bien siempre respetando, como es obvio, el marco común de estas agencias, incluida la gratuidad para el trabajador de tales servicios, que es un derecho social fundamental comunitario-, sino que ha aprovechado para dar un impulso global a este mercado de intermediación laboral mediante la eliminación de trabas administrativas, dando un sentido positivo al silencio en caso de solicitud por alguna persona, física o jurídica, de autorizaciones para actuar como agencia de colocación. De este modo se sigue la regla general del artículo 43 Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común, conforme a la redacción dada, precisamente, por la citada Ley 25/2007. Pero el resultado final de ambas decisiones de intervención directa de carácter flexibilizador del modelo de gestión del marco legal –ciertamente estatal en exclusiva, no así la gestión-, no se ha tenido en cuenta la doctrina de la STCO 194/2011, de 13 de diciembre de 2012, relativa a la territorialidad de las competencias ejecutivas autonómicas y correlativo uso de la supraterritorialidad como criterio atributivo de competencias ejecutivas al Estado, si bien

sólo con carácter excepcional⁸.

3.2. Nuevos cimientos legales para la consolidación del “mercado privado de servicios de recolocación”

Pero que la novedad se alinee plenamente con un proceso ya activado anteriormente no debería ser subvalorado como la mera expresión de una fase más del proceso liberal, sino que realmente alcanza ya tal intensidad y extensión que evidencia la metamorfosis –ideológica y normativa- del modelo regulador y de gestión mismo. En este sentido, debe interpretarse conjuntamente la culminación de la histórica apertura mercantil del servicio público de empleo con el cambio del concepto de “seguridad en el empleo” reflejado en el art. 51.10 ET. Si los apartados 1 y 2 liberalizan causa y procedimiento de regulación de empleo, el 10 quiere compensarlo con “obligaciones de recolocación externa” de las empresas de mayores dimensiones a través de empresas especializadas.

Por tanto, se incrementa doblemente la cuota de mercado para las ETTS, ya elevada tras la intensa liberalización de la Ley 35/2010 –neutralizada por la caída de empleo en el sector de la construcción, uno de los más importantes en contratación temporal antes de la crisis, y por el abstencionismo, hasta hoy, de la regulación de su actividad en el empleo público temporal, también otrora el más relevante en este ámbito pero hoy alicaído por el ajuste fiscal cebado con el empleo público-. Por un lado, se le abre el “mercado de la intermediación” de trabajadores, antes vedado por tener reservado sólo el de la cesión temporal

⁸ “En este caso se trata de una materia, la laboral, en la que, como ya ha quedado señalado, el Estado posee competencias normativas plenas, lo que le habilita para establecer la completa disciplina normativa de una materia incluyendo en la misma la fijación de los puntos de conexión (en este sentido SSTC 49/1988, de 22 de marzo, 243/1994, de 21 de julio, FJ 6, y en materia laboral STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 106). Ahora bien, la facultad del Estado para fijar los puntos de conexión, modulando por tanto los potenciales efectos extraterritoriales de las competencias ejecutivas autonómicas, se dirige precisamente a permitir el ejercicio ordinario de la actividad de gestión de las Comunidades Autónomas, de modo que, establecido el punto o puntos de conexión de que se trate, no se produzca el ejercicio de la competencia de ejecución por el Estado, pues sólo en los casos excepcionales en los que la actividad pública no admita fraccionamiento resulta justificado el ejercicio por el Estado de una competencia de ejecución que no le está atribuida” (FJ 5, in fine). En este sentido, continúa afirmando el TCO, “la eventual existencia de intereses contrapuestos por parte de las Comunidades Autónomas, segunda de las causas aducidas por el Abogado del Estado... tampoco puede ser admitida. La fijación de un punto de conexión adecuado por parte del Estado, y el recurso a las técnicas de coordinación tanto de naturaleza vertical, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como de naturaleza horizontal, entre Comunidades Autónomas, son los instrumentos que han de servir, en principio, para resolver la eventual contraposición de intereses, sin que el recurso a la técnica del desplazamiento de competencias al Estado, en el caso de efectos extraterritoriales del ejercicio de la competencia ejecutiva autonómica, deba ser asumido como solución. (...). Además, el hecho de que se tratase de una regulación lo suficientemente precisa y detallada como para que la decisión autonómica tuviese un carácter marcadamente reglado alejaría dicho riesgo.(...)”.

de mano de obra. Por otro, también, y con la misma instancia, el “mercado de la recolocación”, que será asumido por “empresas especializadas” debidamente autorizadas. Si antes de la reforma la intervención de estas entidades se limitaba a experiencias singulares, aisladas, típicas de empresas de mayores plantillas, ahora se convierte en una obligación para empresas que realicen despidos colectivos que afecten a más de 50 trabajadores. Como es natural, las ETTS cuentan con una posición de partida privilegiada en tal mercado, con lo que la norma refuerza su ventaja, con lo que las reglas de fomento de su presencia en tales mercados se multiplican. No en vano han sido sus estudios de mercado de empleo los que más han influido en la promoción en España este mercado especializado de servicios de empleo (*outplacement*)⁹.

Cierto, la voracidad de los actores económicos del mercado –también de trabajo– nunca se sacia y por ello, en descrédito de la tan invocada “libertad de competencia”, las ETTS ya han pedido una nueva reforma legal para que sea, cómo no, la Ley, la que les reserve, con la correspondiente garantía del negocio, todo el mercado de empleo temporal, para lo que solicitan una modalidad ad hoc de contrato de trabajo eventual. Sea como fuere, lo cierto es que, las ETTS no sólo han conseguido ganar la batalla ideológica ante el Gobierno, como evidencia que el sepulcral silencio legislativo respecto de los servicios públicos de empleo conviva con el inaudito elogio de las ETTS nada menos como “un potente agente dinamizador del mercado de trabajo” –en un país con más de 5 millones de trabajadores en paro tal afirmación resulta cuando menos sorprendente¹⁰–, sino que de ahí se ha derivado el reconocimiento de todas y cada una de las reivindicaciones hechas a tal fin por las ETTS. En suma, además de ser “empresas de empleo temporal”, serán “empresas de servicios de transición al empleo”, supliendo, aunque precisen en buena medida su financiación, al servicio público, en la convicción de que aquéllas son más eficientes que éste en la función de intermediación. Con ello, el Gobierno quiebra de raíz el creciente convencimiento científico y político, derivado a resultas de algunas de las investigaciones de tipo empírico desarrolladas en los últimos años

⁹ Por todos Vallecillo Gámez, M.R. *Las empresas de intermediación en el mercado de empleo tras la reforma: un nuevo partenariat público-privado*. Laborum. Murcia. 2012.

¹⁰ No hay suficiente evidencia ni teórica ni empírica al respecto en nuestro país. En todo caso, los estudios más favorables a su dinámica ponen de relieve claramente que “el papel de las ETTS en el mercado de trabajo español supone tanto aspectos positivos como negativos para el trabajador”. Entre los primeros está la “caída de la duración media del desempleo”, facilitando el objetivo de la “ayuda a la búsqueda de empleo”, mientras que entre los segundos está la menor probabilidad de encontrar una transición hacia un empleo estable, de modo que tiende a atrapar al trabajador vinculado con la ETT en empleos temporales, reduciendo la tasa de transición o salida hacia el empleo indefinido. Vid. García Pérez, J.I.-Rebollo Sanz, Y.F. *Las ETTS y las transiciones laborales en España: un análisis diferenciado para hombres y mujeres*. FEDEA. Madrid. 2007. P. 37. <http://www.fedea.es/pub/eee/2007/eee235.pdf>

en torno a la evaluación de tales políticas, según el cual una de las acciones de mayor eficiencia a tal se encuentran en la inversión en mejoras de los servicios públicos de empleo¹¹.

4. LA POLÍTICA DE FOMENTO DE EMPLEO: ENTRE LA CRÍTICA Y LA PERPETUACIÓN

4.1. Planteamiento general: discurso crítico, práctica perpetuadora

Con una dilatada historia, tanto analítica –teórica- como normativa –práctica-, que se remonta al último tercio del siglo pasado, la evolución de los mercados de trabajo y las sucesivas crisis han puesto de relieve el agotamiento de las políticas activas de empleo clásicas, siendo más sus defectos –vicios- que sus beneficios –virtudes-. Centradas sobre todo en las políticas de oferta de trabajo–ofrecimiento de los trabajadores para ocupar un empleo: demanda de empleo-, la realidad muestra que el desempleo masivo es un problema de caída de demanda de trabajo, por la ausencia de crecimiento económico suficiente –de oferta de puestos por los empresarios-. De ahí que poco a poco renunciaran a lograr objetivos cuantitativos para agotarse sólo en los cualitativos.

Pero incluso en esta dimensión cualitativa –reducción del diferencial de oportunidades de acceso al empleo entre diferentes colectivos de desempleados, cargando el riesgo de desempleo mucho más sobre unos (jóvenes, cualificados o no; mayores de 45 años, las personas con discapacidad), que sobre otros- el devenir del tiempo también evidenciaría sus limitaciones, hasta el punto de que su generalización perjudicó su efecto positivo al tiempo que su reiteración perpetúa el problema de tales colectivos más que lo resuelve. Finalmente, el caso español ilustra como pocos la extraordinaria volatilidad del empleo que se crea con este tipo de medidas, en especial las relativas a las técnicas de incentivo económico, con lo que resultarían altamente ineficientes, al exigir altas cantidades para un efecto acotado en su número y de escasa continuidad. En consecuencia, parece ya muy difundido el convencimiento sobre el limitado efecto de las políticas de mercado de trabajo en los ajustes de empleo de los mismos ante la situación económica, fijándose el acento en los modelos productivos y en los patrones de crecimiento económico, y no ya

¹¹ Una evaluación de carácter macroeconómico que llega a esta conclusión puede consultarse en Ruesga Benito, S.M. -Pérez Ortiz, L.-Da Sival Bichara, J. “Política laboral y funcionamiento del mercado de trabajo en la UE”. Revista ABET, vol. III, n. 2, julio-diciembre 2003, pp. 133-162.

en los “modelos de relaciones laborales”¹², aunque éstos no sean irrelevantes en modo alguno, como prueba el diferente respuesta de la variable de ajuste empleo ante la crisis en diferentes países de la Unión Europea.

Al margen de la posición que se mantenga, lo cierto es que el RDL 3/2012 comparte este enfoque crítico, pues expresa la necesidad de que se racionalice el “sistema de bonificaciones para la contratación indefinida”, pues su “práctica generalización ha limitado gravemente su eficiencia”. Una visión poco optimista que pocos meses después se reforzaría con la reducción en 1500 millones de Euros, nada menos que un 20%, de las partidas presupuestarias dedicadas a políticas activas de empleo, con lo que nuestro diferencial con la media comunitaria de inversión en este tipo de políticas aún será mayor. No obstante, es muy oportuno reseñar cómo algunos países con larga tradición inversora en tales políticas activas de empleo también siguen esta senda reductora.

Como se ha observado, ya en años anteriores a la crisis de 2008, ciertos países europeos pioneros en el diseño, puesta en práctica, desarrollo y evolución de estas políticas, han optado, a resultas de las evaluaciones llevadas a cabo en ellas, por la contención, cuando no directamente la reducción, del esfuerzo financiero en tal sentido. Aunque no parece que existan datos homogéneos para evidenciar cómo se está produciendo ese cambio en los diferentes países tras la crisis, lo cierto es que se levantan muchas sombras de duda en torno a su eficiencia, de modo que se ve amenazada no ya sólo su vigencia actual, sino también la continuidad de su expansión. En consecuencia, por unas razones o por otras, parece ya existir entre nosotros también “un consenso amplio sobre la necesidad de modificar sustancialmente los contenidos e instrumentos de las Políticas Activas de Mercado de Trabajo. La experiencia de la práctica de estas políticas durante ya casi tres décadas apunta hacia nuevos

¹² “El mercado de trabajo ni crea ni destruye empleo, lo que hace es transmitir al empleo la evolución de los mercados de productos. Ese mecanismo de transmisión puede funcionar mejor o peor, desde luego, pero para saberlo no basta con mirar a los resultados del empleo y el paro, sino que hay que ver de dónde vienen las perturbaciones que sufre la economía y cómo el mercado de trabajo transmite esas perturbaciones. Los factores desde el lado de la demanda de trabajo son fundamentales para entender la caída del empleo”. Vid. Toharia, L. –Malo, M.A. “¿Qué se puede esperar de las reformas del mercado de trabajo?”. Circunstancia. N. 20.2009. En realidad, esta idea que reduce a un papel limitado, más bien subsidiario, incluso marginal, las “instituciones” respecto de las “estructuras económicas”, está muy presente en el análisis económico, incluso entre los críticos con la teoría convencional –neoclásica y liberal-. En este sentido, “la lección principal que se desprende de los estudios de evaluación de estas políticas que, aunque aún insuficientes –hoy no tanto-, son cada vez más numerosos”, sería la de reservarles sólo un papel “modesto”, puramente “complementario” de las políticas de crecimiento económico, de modo que sin quitarle “nada a su importancia o a la necesidad de utilizarlas” para “maximizar los efectos de otras políticas”, debe tenerse consciencia de que “nunca son suficientes para resolver problemas graves o crónicos de mercado de trabajo”. Cfr. Fina Sanglas, L.I. *Mercado de Trabajo y Políticas de Empleo*. CES. 2001. p. 261.

modelos orientados más a la búsqueda de mecanismos de ajuste entre oferta y demanda más eficientes, más allá de las prácticas... habituales de financiación pública a la creación de empleo, adolecida de contrastados efectos peso muerto o sustitución”¹³.

En esta dirección renovadora se habían dado ya los primeros pasos en la fase final del Gobierno anterior, sobre todo con el RDL 3/2011, que introdujo importantes cambios en el marco regulador de las políticas de empleo, en una senda de reconocimiento de nuevos y más efectivos derechos y nuevos instrumentos, incluyendo la derogación, si bien condicionada en el tiempo, de los programas precedentes. Pues bien, insólitamente, el RDL 3/2012, no sólo perpetúa buena parte de los defectos de ineficiencia del sistema de incentivos económicos, por más que pretenda introducir una mayor selección – a favor de las empresas de menos de 50 trabajadores (que él mismo reconoce que son más del 95% de las empresas españolas) y de los jóvenes y de los parados de larga duración de mayor edad-, sino que devuelve la vigencia plena a programas derogados, volviendo al tiempo a su carácter igualmente estatal, con reducción del autogobierno autonómico. La continuidad aquí, pues, no puede resultar más criticable y más irracional, cualquiera que sea el punto de vista –económico, jurídico y político- que se adopte.

4.2. Técnica de reducción de cuotas para los contratos de formación: ¿por qué se elimina la obligación de incremento neto de empleo?

Con esta insostenible cantinela de más de lo mismo en un tiempo que urgen unos cambios radicales, aquí sí, comienza sus despropósitos el Gobierno con el enésimo intento de incentivar los contratos para la formación, a fin de fomentar el empleo juvenil menos cualificado. Puesto que la política de flexibilización contractual es analizada en otro lugar, aquí me centraré en la usual técnica de reducción de cuotas para ellos.

A este respecto, el artículo 3 RDL 3/2012 prácticamente traslada la regulación del artículo 2 del RDL 10/2011 –de ahí que sea derogado-. La norma legal prevé tres supuestos. A saber:

- a) Las empresas que, a partir de la entrada en vigor de la reforma, *celebren contratos de este tipo* con trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo¹⁴, tendrán derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluida la prórroga, a una reducción

¹³ Vid. Ruesga Benito, S.M. “Políticas de Empleo y Entidades Locales”. Op. Cit. pp. 9 y ss.

¹⁴ En su versión originaria, el RDL establecía una fecha –inscripción con anterioridad a 1 de enero de 2012-, sin embargo la Corrección de Errores publicada en el BOE de 18 de febrero, la elimina, sin duda con buen criterio, porque no tenía sentido esa limitación, perjudicando a quienes se inscribiesen a partir de esa fecha. Como veremos, otras “correcciones” son más discutibles.

de las cuotas empresariales sociales de todas las contingencias bien del 100 por cien, si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas –en este caso realmente nos hallamos ante una exención¹⁵-, bien del 75 por ciento, si la plantilla es inferior a esa cifra. El carácter general de esta reducción hace que ya no esté el límite subjetivo precedente, según el cual sólo beneficiaba a los contratos hechos a mayores de 20 años

- b) Asimismo, las empresas que *transformen en contratos indefinidos los contratos para la formación y el aprendizaje*, cualquiera que sea la fecha de su celebración –por tanto no ya sólo a la finalización del contrato formativo, como era antes-, tendrán derecho a una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 euros/año, durante tres años. En el caso de mujeres, dicha reducción será de 1.800 euros/año.
- c) La reducción para los trabajadores es del 100 por cien en todo caso, al margen de la dimensión de la empresa en la que se inserten.

La radical continuidad entre la regulación nueva y la precedente no puede llevar a ignorar una diferencia fundamental entre ambos: ha desaparecido el condicionante previsto para el disfrute del incentivo económico –sea contratación sea transformación-, según el cual se exigía “un incremento del nivel de empleo fijo en la empresa”. En consecuencia, se eleva el riesgo de provocar el referido efecto sustitución en la plantilla, extinguiendo otros contratos de trabajo que no resulten clave para la actividad y sustituyéndolo por uno formativo. La integración de este requisito no puede producirse por la llamada que se hace a la aplicación supletoria de la Sección Primera del Capítulo I de la Ley 43/2006. Esta norma pretendió ser la norma común y racionalizadora en este ámbito, pero ha terminado fallida, con lo que está a la orden del día la multiplicación de problemas de inseguridad jurídica en esta materia, que la nueva regulación lejos de intentar atajar intensifica pues ha desoído cualquier exigencia de una básica ordenación¹⁶. La incoherencia reguladora sustancial y formal constituye el dato más relevante, sin que razones puramente pragmáticas puedan, por tanto, justificar tanta desidia, o, según algunos, tanta concesión al “realismo” y a la “sinceridad” de la escasa o nula utilidad de medidas de este tipo, pues si así se piensa hubiera sido mucho mejor derogar estas ayudas, sin más¹⁷.

¹⁵ Acerca de la distinción entre exención, bonificación y reducción, en el marco de un estudio general sobre las bonificaciones en España, vid. Grau Pineda, C. *Bonificaciones a la cotización y fomento del empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010, pp. 74-98.

¹⁶ En este sentido también Rodríguez-Piñero, M. –Valdés Dal Ré, F. –Casas Baamonde, M.E.. “*La nueva reforma laboral*”. Op. Cit. p. 20

¹⁷ Cfr. Pérez, D. *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011. P.141.

4.3. Las bonificaciones por transformación de empleo temporal en estable: ¿es selectivo acotarlas “sólo” en empresas de menos de 50 trabajadores?

Como resume la EM, aunque el cuerpo articulado aparece algo más confuso, por lo que luego se dirá, las bonificaciones previstas se dirigirían ahora (a) “*exclusivamente a las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores*” –selección de los beneficiarios empresariales por la dimensión de la plantilla, a fin de favorecer el empleo en las empresas de menos dimensiones, el 95% de nuestro tejido empresarial-, bien (b) por la *transformación de contratos* en prácticas, de relevo o de sustitución de la edad por jubilación en contratos indefinidos, o (c) bien por la *contratación indefinida*, a través de la “nueva modalidad contractual” y sólo respecto de “jóvenes de entre 16 y 30 años o parados de larga duración inscritos como demandantes de empleo al menos doce meses en los dieciocho anteriores a la contratación” –criterio de selección subjetiva de carácter laboral: colectivos de desempleados beneficiarios-. Dado que lo más novedoso de la reforma reside en esta nueva modalidad de contratación indefinida, que merece un estudio detenido y separado, aquí vamos a dejar constancia de las bonificaciones previstas en el artículo 7 del RDL 3/2012 para las referidas empresas que transformen en indefinidos sólo determinados contratos temporales.

En efecto, se trata de los “contratos en prácticas”, los de relevo y los de sustitución por anticipación de la jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración. Se trata con ello de favorecer las inversiones en formación realizadas por la empresa, contribuyendo a reducir por esta vía la tan comentada “dualidad de nuestro mercado de trabajo”. El intento ha venido siendo hasta el momento bastante ineficaz, cuando es una clave básica para favorecer un modelo asentado en la flexibilidad interna respecto de la externa –rotación contractual y despido¹⁸.

A estas restricciones de base contractual –sólo determinadas modalidades temporales, sin referencia a la base subjetiva laboral- se le añaden otras relativas al ámbito subjetivo económico de aplicación –empresas de 49 o menos trabajadores; trabajadores autónomos y sociedades laborales o cooperativas que incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que éstas opten por un régimen de seguridad social de los trabajadores por cuenta ajena¹⁹. Finaliza el precepto con dos previsiones que recoge un régimen co-

¹⁸ Cfr. Pérez Infante, J.I. “*Luces y sombras del mercado de trabajo en España: problemas, situación y tendencias*”. *Economía Industrial*, n. 367, 2008, p. 43.

¹⁹ La cuantía de la bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social es de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años, que se aumentan en caso de ser mujeres las personas contratadas a través de tales contratos que ahora se transforman en indefinidos, siendo en tales casos la bonificación de 58,33 euros/mes (700 euros/año).

mún también presente en la legislación anterior. La primera es la recurrente llamada al régimen supletorio de la sección 1.^a del capítulo I de la Ley 43/2006 –su artículo 4.2, relativo a bonificaciones adicionales en la contratación de mujeres está derogado-. La segunda, es la atribución de una preferencia a estos trabajadores en cualquier medida de política activa de empleo, en especial en las formativas, al objeto de incrementar su cualificación profesional, con lo que se incluye una dimensión claramente cualitativa a esta medida de fomento de empleo. En todo caso, parece más eficiente la directa contratación indefinida que la transformación²⁰.

4.4. El complejo y confuso sistema de incentivos económicos para la nueva modalidad de contratación indefinida

Aparentemente lo más llamativo de su regulación está en el interminable periodo de prueba incluido como cláusula *ex lege*, no disponible para la autonomía colectiva – norma de orden público laboral productivista-, pero la nueva modalidad de contrato para el fomento del empleo “indefinido” en “apoyo de emprendedores” –artículo 4 RDL 3/2012- contiene un extenso, heterogéneo y confuso sistema de incentivos económicos para promover su celebración. El propósito de la norma es racionalizar las técnicas de ayudas a la contratación, promoviendo un mayor efecto selectivo –de ahí que sólo puedan disfrutarlo las empresas de 49 o menos trabajadores y sólo pueda realizarse para jóvenes desempleados y parados de larga duración mayores de 45 años-. Sin embargo, lo cierto es que el resultado está muy lejos de conseguirlo, perpetuando el problema más que resolviéndolo. Por lo que creo que este tema será de los que experimente alguna modificación relevante en el trámite de aprobación parlamentaria, más allá de la presumible reducción del desnaturalizado periodo de prueba.

A fin de alcanzar una comprensión medianamente razonable de su abigarrado y caótico tenor literal, en lo que concierne a los sujetos beneficiarios y a los incentivos que corresponden en cada caso, es necesario realizar una lectura conjunta o de carácter sistemático, y teleológica, del entero precepto, atendiendo a la finalidad que expresa el Preámbulo o EM. En esta dirección, es preciso distinguir netamente entre las técnicas de deducción fiscal y las técnicas de bonificaciones sociales, pues si bien ambas resultarán compatibles en determinados casos, tienen presupuestos diferentes, más limitados en el primero, más amplio en el segundo. En cualquier caso, no debe perderse de vista que lo que

²⁰ Vid. Pérez Del Prado, D. *Op. Cit.* P. 157, respecto del régimen precedente, análogo al actual. Distinto es el balance, a su juicio, para la contratación de las personas discapacitadas, pues en este caso sí resultaría más rentable la contratación temporal inicial y luego, en su caso, convertir el contrato en indefinido.

busca la reforma es “facilitar la contratación de trabajadores” a las empresas de menos de 50 trabajadores, “que representan a la mayor parte del tejido productivo de nuestro país” –el 99, 23 %, según datos del Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística-, y sólo para aquellos colectivos más golpeados por la crisis: los jóvenes y los mayores de 45 años, siendo estos últimos los que más prolongan su estatus de desempleado (parado de larga duración). Por lo tanto, la nueva modalidad contractual sumaría dos finalidades, convergentes –complementarias- pero no idénticas:

- Facilitar la contratación a las empresas que, de 49 o menos empleados, y pese a la situación de crisis económica, “apuesten por la creación de empleo”.
- Fomentar especialmente el empleo juvenil, reservándole los incentivos fiscales

En lo que concierne a los incentivos fiscales, la primera deducción está prevista para “el supuesto de que el primer contrato de trabajo concertado por la empresa se realice con un menor de 30 años”, en cuyo caso “la empresa tendrá derecho a una deducción fiscal de tres mil euros” –artículo 4.4 a) RDL 3/2012-. El problema interpretativo aquí es determinar qué significa “primer contrato de trabajo concertado por la empresa”. En efecto, una comprensión atenta a su tenor literal permitiría excluir de la deducción a las empresas que, pese a tener 49 o menos empleados, ya tuviesen concertados contratos previamente a la entrada en vigor de la reforma. Pero una interpretación más sistemática y teleológica nos permite incluir al primer contrato *de este tipo que realice*, esto es, de la nueva modalidad prevista, toda empresa de ese tamaño.

La primera posición es la que parece estar sosteniendo –aunque aún no lo ha formalizado en ninguna consulta, al menos que conozca en estos momentos- el Servicio Público de Empleo Estatal –SPEE- y resulta coherente con la denominación del contrato: “contrato de apoyo a los emprendedores”. Ahora bien, a mi juicio, no es la más correcta atendiendo al objetivo buscado por esta reforma, que no es tanto promover que se creen iniciativas empresariales –este fin está pendiente de una ley específica que en estos momentos se estaría elaborando a marchas forzadas-, cuanto la de apoyar a las empresas “que apuesten por la creación de empleo estable”, como dice expresamente el Preámbulo de la norma y no contradice en absoluto su enunciado. Éste es deficiente sí, pero permite ser corregido e integrado perfectamente con los criterios hermenéuticos ya citados. En este sentido, de haber querido que fuese para empresas de reciente creación lo hubiera dicho expresamente. Pero, como se dice, lo que busca es animar a la empresa a ser “valiente” y contratar indefinidamente. Como es natural, y a diferencia de lo que luego se dirá para las bonificaciones, una deducción de este calibre sólo se prevé para el primer contrato de esta guisa, no para los sucesivos.

Adicionalmente, por tanto de modo complementario a la anterior, se prevé una segunda deducción cuando se contrate a beneficiarios de prestaciones por desempleo. Si bien también aquí el enunciado, leído de forma aislada y apegada a su tenor literal, resulta equívoco, pues parece que se abre a cualquier beneficiario de prestaciones, parece claro que está refiriéndose a desempleados menores de 30 años que, a su vez, sean beneficiarios de prestaciones por desempleo. En estos casos, la deducción ya no es lineal sino variable, cuya cuantía depende, a su vez, de la prestación por desempleo que reste por percibir al desempleado de 29 o menos años: una *deducción equivalente al 50 por ciento de la prestación pendiente de percibir en el momento de la contratación, con un límite de doce mensualidades*.

Al margen de las complicaciones técnicas que incluye una deducción de este tipo²¹, aquí nos limitaremos a criticar tanto su existencia –pues en realidad busca más reducir el gasto en prestaciones, favorecer el empleo con bajo salario y activar la búsqueda de empleo de quienes cobran prestación– cuanto sus parámetros –pues favorece más a quien más protección tiene–. En suma, representa un dispositivo de instrumentación de recursos públicos escasos– los fiscales– al servicio de la reducción tanto de la estructura de costes laborales de los empresarios cuanto de la Seguridad Social, sin atender a los costes sociales de desigualdad y desprotección que genera entre los desempleados, pues propicia una reducción salarial a costa del consumo parcial de la prestación por desempleo, sin que se prevea reposición alguna – la remuneración estará integrada, de “forma voluntaria”, por el salario (probablemente reducido) y por un porcentaje de su prestación (25% máximo)–.

Con independencia de este doble incentivo fiscal, se establece también, por tanto de forma complementaria y acumulable, un incentivo basado en bonificaciones sociales. En tales casos, se dice, “las contrataciones de desempleados inscritos en la Oficina de empleo”, por tanto, no ya sólo la primera contratación ni tampoco sólo para jóvenes de 29 años o menos, sino cuantas se realicen de este tipo, darán derecho a las siguientes bonificaciones durante tres años, siempre que se refieran a alguno de estos colectivos:

- a) Jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive: la cuantía se gradúa en sentido ascendente –para potenciar la continuidad– atendiendo al año de contratación: 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; de 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año, y de 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año. Cuando estos contratos

²¹ Son tres reglas adicionales: el trabajador contratado deberá haber percibido la prestación durante, al menos, tres meses en el momento de la contratación; el importe de la deducción a que tiene derecho la empresa –siempre de 49 o menos trabajadores– quedará fijado en la fecha de inicio de la relación laboral, de modo que no se modificará por ninguna circunstancia posterior; la empresa requerirá al trabajador un certificado del SPEE sobre el importe de la prestación pendiente de percibir en la fecha prevista de inicio de la relación laboral.

se concierten con mujeres en sectores económicos en que estén infrarepresentadas las cuantías se incrementarán en 8,33 euros/mes (100 euros/año).

- b) Mayores de 45 años, que hayan estado inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación: 108,33 euros/mes (1.300 euros/año). De nuevo se prevé un pequeño incremento cuando estos contratos se concierten con mujeres en sectores en los que este colectivo esté menos representado: 125 euros/mes (1.500 euros/año).

Estas bonificaciones –previstas para cualquier contrato de este tipo concertado, no ya sólo para el primero, como las deducciones fiscales, y sin más límite que no superar el umbral de los 49 trabajadores que marca la inclusión o exclusión del contrato- serán compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pueda superar el 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social. Una vez más, se remite, como derecho supletorio -en lo no establecido en este artículo- a las previsiones contenidas en la sección 1.ª del capítulo I de la Ley 43/2006. Para la aplicación de los incentivos –tanto fiscales como bonificaciones-, se contemplan dos requisitos específicos.

De un lado, el empresario deberá, según la típica regla establecida con carácter general en estos programas, *mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años* desde la fecha de inicio de la relación laboral, procediendo en caso de incumplimiento de esta obligación a su reintegro. Con ello se querría evitar que se contratase sólo “al calor” de los incentivos económicos y luego se olvidara de la continuidad en el empleo. Precisamente, a esta exigencia temporal se confía el que no se haga un uso abusivo del dilatado periodo de prueba –en sí mismo desproporcionado y, por lo tanto, de dudosa constitucionalidad- previsto, pues para una pequeña empresa –si bien debe recordarse que el umbral elegido incluye a la inmensa mayoría de empresas de nuestro país- el reintegro de las deducciones fiscales más las bonificaciones –más de 4000 Euros si se trata de un joven de 29 años o menos- podría ser un factor de disuasión efectivo. Aun reconociendo esta realidad, yo tengo mis dudas a la luz de la experiencia. En todo caso, y como suele ser habitual, aparecen una serie de causas que legitiman la continuidad del beneficio pese a la resolución del contrato, que en general suponen una extinción justificada²².

De otro lado, el apartado 8 del artículo 4 RDL 3/2012, establece que, “a

²² Desde esta perspectiva, se entiende cumplida la obligación de mantenimiento del empleo pese a la extinción realizada del contrato de trabajo bonificado, cuando obedezca a un despido disciplinario procedente- declarado o reconocido como tal-, o a causas de extinción no obedientes a la voluntad del empresario, sino del trabajador –dimisión-, o a otros factores jurídicos vinculados a éste -muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez-.

los efectos de lo dispuesto en este artículo, se tendrá en cuenta el número de trabajadores de la empresa en el momento de producirse la contratación”. A mi juicio, no queda muy claro qué quiere significar estrictamente esta precisión. Una primera y más plausible lectura, lleva a una regla de fijación del momento de cómputo del umbral de 49 trabajadores.

Una segunda, y seguramente mucho más improbable, pero posible, permite que se reintroduzca la exigencia de incremento neto del empleo, tampoco presente en la norma, como ya se dijo respecto de los contratos formativos. En todo caso, a mi juicio, parece difícil legitimar un sistema tan potente de incentivos sin que la norma se preocupe de dar las garantías necesarias para un uso efectivo como instrumento de creación neta de empleo, y no ya sólo, como sucede a menudo, de mera “focalización” de la contratación hacia ciertos colectivos o, lo que sería peor, de sustitución de unos trabajadores por otros, con el incremento de las rotaciones. El régimen de exclusiones de este contrato, que es analizado en el artículo sobre las nuevas modalidades de contrato, trata de evitar este último y pernicioso efecto, pero también la experiencia muestra su ineffectividad.

Finalmente, y con valor para el conjunto de incentivos económicos, el régimen se completa con una serie de reglas que, fijadas en la Disposición Adicional Primera²³, busca propiciar mayor transparencia a tan incierta materia. La transparencia es un principio fundamental de regulación del mercado de trabajo. Para el buen funcionamiento del sistema de incentivos se establece una serie de deberes de comunicación interadministrativa periódica que facilite el control de una adecuada aplicación de las bonificaciones previstas en los correspondientes programas de incentivos al empleo, por los sujetos beneficiarios de la misma²⁴.

²³ Si en un primer apartado clarifica –“cada oveja con su pareja”- la financiación de los incentivos – las bonificaciones de cuotas a cargo del SPEE y las reducciones a la TGSS-, en el segundo, precisa el modo en que deben operar tales beneficios para las empresas - se aplicarán por los empleadores con carácter automático en los correspondientes documentos de cotización.

²⁴ De un lado, la Tesorería General de la Seguridad Social –TGSS- facilitará mensualmente al Servicio Público de Empleo Estatal –SPEE- “el número de trabajadores objeto de bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social, desagregados por cada uno de los colectivos de bonificación, con sus respectivas bases de cotización y las deducciones que se apliquen de acuerdo con los programas de incentivos al empleo y que son financiadas por el Servicio Público de Empleo Estatal” –apartado 3-. De otro, y con la misma periodicidad, la Dirección General del SPEE, facilitará a la Dirección General de la ITSS “la información necesaria sobre el número de contratos comunicados objeto de bonificaciones de cuotas, detallados por colectivos, así como cuanta información relativa a las cotizaciones y deducciones aplicadas a los mismos sea precisa, al efecto de facilitar a este centro directivo la planificación y programación de la actuación inspectora que permita vigilar la adecuada aplicación de las bonificaciones previstas en los correspondientes programas de incentivos al empleo, por los sujetos beneficiarios de la misma”.

4.5. La reanimación de los programas de empleo derogados: del “coma” a los “muertos vivos”(zombis)

El célebre icono del “muerto viviente” –zombi- goza de una extraordinaria –quizás excesiva- salud en nuestros días, y es objeto, pese a su antigüedad, de nuevas y cada vez más audaces interpretaciones, tanto en el ámbito cultural – cine y literatura, pues hasta una de las obras más geniales de la literatura andaluza, “La Casa de Bernarda Alba”, conoce una “versión zombie”-, como incluso en el político²⁵. Por supuesto no comparto gustos tan macabros, pero resulta difícil sustraerse a tal metáfora para una descripción gráfica de la Disposición Derogatoria Única h) del RDL 3/2012 que, junto a las Disposiciones Finales 11ª y 12ª, tan extensas como inútiles, se empeña en revivir lo que, materialmente desde hace tiempo y formalmente desde hace un año, está(ba) muerto, o al menos en estado terminal.

El RDL 3/2011 derogó la práctica totalidad de los programas de empleo hasta el momento existentes, con una historia de más de un cuarto de siglo en muchos casos y con la convicción de prácticamente todos de su agotamiento real²⁶. Aunque, para evitar vacíos, mantenían una vigencia provisional –Disposición Transitoria Tercera- hasta que fuese aprobada la Estrategia Española de Empleo (EEE en adelante) 2012-2014 y el correspondiente Plan Anual de Empleo, su “estado de coma” parecía irreversible con la aprobación, ciertamente precipitada, de la EEE mediante el RD 1452/2011, de 31 de octubre. Ya sólo faltaba darle un digno entierro con el Plan Anual de Empleo. Pues bien, con descomunal perplejidad, el Gobierno, aquí muy “corto y perezoso”, sin duda desbordado por la crisis y centrado en la reforma de las instituciones reguladoras del trabajo, ha decidido prolongar la agonía, pues ha derogado las derogatorias y transitorias referidas del RDL 3/2011, y ha puesto en pie, y como estatales, la práctica totalidad de los programas que el anterior Gobierno desahució, pero no remató. Al tiempo, y “por el mismo precio”, aprovecha, como ya se vio respecto de la gestión de las autorizaciones a las entidades privadas de intermediación laboral, para re-centralizarlas.

²⁵ Cfr. “El zombi como metáfora política”. En <http://www.contraindicaciones.net/2009/06/el-zombi-como-metaphora-politico.html>

²⁶ En este sentido también Casas Baamonde, M.E. “*Derecho del Trabajo y Empleo*”. Editorial RRL 4/2012, p. 6. De especial mención resulta, para esta concreta cuestión, su recurso a la imagen del “realismo maravilloso” del escritor Cunqueiro y su fábula “Merlín e Familia”, pues si en algún lugar se traduce bien esa errática reducción de la ley laboral de reforma a “reglas de quita y pon” ese es la Disposición Derogatoria que comento.

5. LAS MEDIDAS DE ACTIVACIÓN DE LAS POLÍTICAS “PASIVAS” DE EMPLEO: UN ESCENARIO PARA FUTURAS REFORMAS

Aunque apenas ocupa espacio en esta reforma –dada su “agresividad jurídica”, habría que decir que mejor-, el RDL 3/2012 no deja de mirar a la protección de desempleo para llevar a cabo retoques que refuercen su antañona instrumentación como una política de empleo. Si tuviéramos que elegir un objetivo que resumiera o agrupara el sentido de las diferentes medidas a tal fin, ese es, sin ninguna duda, el ya referido de la “activación” de las políticas pasivas, de modo que, a falta de dedicar más recursos a las políticas activas, las pasivas se reorienten hacia una mayor capacidad para estimular la búsqueda efectiva –colocación- de empleo de quienes resultan beneficiarios de esta rama de protección de la Seguridad Social. En este sentido, ya se ha hecho referencia a la previsión de compatibilizar el contrato indefinido de apoyo a emprendedores con una parte -25% máximo- de la prestación por desempleo –artículo 4 RDL 3/2012-, pero no es la única medida. Así, habría que citar al menos otras dos:

- a) La consideración como obligatoria, antes era voluntaria, de la participación en los programas de sustitución de trabajadores en formación por los sujetos beneficiarios de prestaciones por desempleo –Disposición Transitoria 6^o.1-.
- b) Aumento del porcentaje de prestación por desempleo a capitalizar, en la modalidad de pago único, para fomentar el autoempleo juvenil. Se aumenta el importe hasta el 100% -antes era del 80%- cuando los beneficiarios sean hombres de hasta 30 años de edad o mujeres de hasta 35, ambos inclusive, considerándose la edad en la fecha de la solicitud. El límite general está en el 60% –vid. Disposición Final Decimotercera del RDL 3/2012, que modifica la regla 3^a del apartado 1 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 45/2002

Sin desmerecer la importancia de estas medidas, no cabe duda que tienen un valor o significado menor en el contexto general del programa de reformas. Sin embargo, no se trata de una política residual sino, al contrario, uno de los ejes básicos sobre los que se está articulando buena parte de las transformaciones del modelo de protección social, de un alcance análogo a las políticas de flexibilidad en el ámbito de la política laboral. Por eso, estoy convencido de que a no tardar demasiado se adoptarán medidas de calado al respecto, algunas de las cuáles sólo han sido amagadas y/o rumoreadas en este gran primer asalto reformador del nuevo Gobierno en una dirección ultraliberal y postsocial.

Así ha sucedido con la especulación en torno al reforzamiento de la normativa social que permite exigir a los beneficiarios “trabajos de colaboración

social” –artículo 213 LGSS–, a través de la firma de convenios de colaboración con las Administraciones Públicas, sobre todo las de ámbito local, en un contexto de agudización la tradicional presión empresarial en torno a la ineficiencia de la protección por desempleo, por desincentivar presuntamente la búsqueda de empleo hasta el momento terminal de la cobertura²⁷. Finalmente, la cuestión ha quedado inalterada, pero seguro que cuando pase el fragor de esta belicosa reforma, se volverá sobre este tema. En última instancia, otros modelos hoy en boca de todos, sobre todo del Gobierno reformador, como el alemán, ya promovió, entre sus líneas de reforma estrella para fomentar la creación de empleo en época de crisis, la compatibilidad entre prestaciones por desempleo y salarios bajos, a fin de estimular que los desempleados acepten oportunidades ocupacionales, al margen de su capacidad para la promoción profesional o económica. Eso sí, en cualquier caso, este tipo de medidas, que han alcanzado una enorme popularidad, aseguran que perciba un salario superior a la prestación²⁸

Pero también habrá que plantear este tema cuando el Gobierno decida tomarse en serio la cuestión de la “recualificación” de quienes, agotada la protección “normal” de desempleo, se benefician ya sólo de una ayuda asistencial –los tristemente célebres 420 Euros y el programa PREPARA–. Hasta ahora, pese a constatar el absoluto fracaso de esta medida, todos se han limitado a prorrogarla, de modo que establecida por el RDL 1/2011, ha recibido ya dos prórrogas, la primera por RDL 10/2011, y la vigente a través del RDL 20/2011, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público²⁹. Tanta prórroga evidencia no sólo la persistencia del problema, sino la inutilidad de la terapia.

6. OTRO MODO POSIBLE DE ENTENDER LA “FLEXIGURIDAD”: EL ENFOQUE DINÁMICO Y DE DERECHOS DE LA SEGURIDAD

En un momento en que tanto los discursos como las prácticas evidencian un rígido dominio del modelo ultraliberal, sin mucho margen para las alternativas, pese al claro fracaso de sus propuestas, es especialmente necesario evidenciar no ya sólo la función crítica del jurista del trabajo, ante la fragante quiebra del equilibrio constitucional, sino también, y sobre todo, la capacidad para proponer un modelo alternativo posible. Un modelo que, basado en el

²⁷ Molina Navarrete, C. “De las reformas laborales a un nuevo...”. Op. Cit. pp. 111 y ss.

²⁸ Cfr. Velasco Portero, M. –Fröhlich, M. P. “La compatibilidad entre las medidas de fomento del empleo y la protección del trabajador en el Derecho Laboral alemán”. AL, n. 17/2012. P. 1999.

²⁹ La Resolución de 15 de febrero de 2012 del SPEE ordena el modo de articular la presentación de solicitudes para recibir ayudas económicas al respecto.

reconocimiento de derechos de nuevo cuño, acordes a los cambios, en parte ya fue trazado por la reforma de la LE en virtud del RDL 3/2011 y que permanece completamente ignorado. En suma, el vigente Estado Constitucional de Derecho contiene ya alternativas viables, esto es, equitativas, eficaces y eficientes.

En efecto, la reforma de la normativa de empleo pasó de una lógica basada en los “programas y medidas” de coyuntura a otra asentada en los derechos de prestación a cargo de los sujetos gestores de los servicios de empleo, públicos y privados, reforzando al mismo tiempo las técnicas de planificación y evaluación de tales servicios y políticas. En esta dirección, se insiste en la necesidad de individualizar el tratamiento dado a las personas desempleadas, e incluso a las ocupadas –gestión preventiva-. Con ello se busca tanto identificar claramente a los sujetos de la relación de transición al empleo –en el caso en que se haya perdido el precedente-, cuanto a los instrumentos –atención de forma individualizada-, y a los dispositivos para evaluar la eficacia y eficiencia de las medidas. Desde esta perspectiva, aceptando como ineludible la lógica del cambio, y por tanto la imposibilidad de atrincherarse en la “seguridad del puesto de trabajo”, se asume un enfoque de “mercado transicional” institucionalizada y social, no ya puramente liberal, que fomenta transiciones a partir de la mayor liberalización posible del mercado de trabajo, retornando la imagen del trabajo como un factor productivo, que se compra y se vende como si fuese una “mercadería” más, según la lógica que preside la reforma. Tampoco la solución pasa ya por atrincherarse, en cambio, en el modelo clásico de protección pública, pues ni es eficiente ni realmente equitativo.

Para salir de la tensión que generaría el choque de ambos modelos, el liberal y el público-institucional, se abrirían, desde el análisis económico y también jurídico de las políticas de reforma del mercado de trabajo, un nuevo enfoque teórico, tanto analítico como normativo, que pretende conciliar ambos, paradójicamente, no reduciendo uno en detrimento del otro, y viceversa, sino intensificando los dos al mismo tiempo. Sin duda, aquí reside el principal factor de fascinación de la teoría de los “mercados transicionales”. Frente al institucionalismo más tradicional, típico del rígido intervencionismo administrativo, no propondría reforzar la seguridad del empleo, ni en el puesto –dentro de la empresa o en el mercado interno de trabajo- ni tan siquiera en una misma carrera profesional en el mercado - fuera de la empresa o en el mercado externo de trabajo-. Y frente al liberalismo tampoco propondría reducir el papel de las instituciones y, por lo tanto, de los derechos sociales, sino que promueve más institucionalización, si bien de diferente tipo –no rígida sino flexible, que favorezca la movilidad-, y muchos más derechos sociales de la persona, si bien de distinto tipo (no derechos de seguridad estática sino derechos de oportunidad o seguridad dinámica o activa). En suma, compensa el debilitamiento de la seguridad contractual con la tutela de un estatuto profesional de la persona

continuado, evitando que se genere un “círculo vicioso” de “pocos ganadores a costa de muchos perdedores”, que es lo que sucederá con una buena parte de las medidas de reforma, que terminarán provocando mucha más precariedad en las relaciones de trabajo y riesgo de exclusión social³⁰.

Por supuesto no pretendo aquí entrar a analizar las posibilidades y limitaciones de tales enfoques, tan sólo entiendo conveniente dejarlo enunciado para evidenciar que sí hay alternativas diferentes, y sin duda más eficientes y justas, a las propuestas en esta nueva reforma. Ésta, sin embargo, prefiere mantener a ultranza, incomprensible bajo cualquier punto de vista, el fallido modelo anterior, sumando, eso sí, una reducción de los recursos dedicados a las políticas activas, con lo que el fracaso está más cantado.

7. REFLEXIÓN FINAL: EN ESPERA DE UNA TOMA EN SERIO DE UNA POLÍTICA Y UN DERECHO DEL EMPLEO

Fuera de las usuales vagas referencias a auténticas o genuinas “fórmulas mágicas” –“flexiguridad”, “empleabilidad”- y a medidas continuistas con un pasado fallido nada más hay en la reforma que haga creíble el objetivo de la creación de empleo. La enorme tasa de seguridad que se pierde en la relación laboral – tanto en las condiciones de empleo y de trabajo como en la estabilidad del puesto- a favor de la libertad extrema que gana el empleador –esto es la flexibilidad ansiada y ahora lograda casi plenamente-, no se compensa con la mejora de la eficiencia de las políticas activas –(re)colocación a través de los servicios de empleo y potente formación para el empleo, que reduce al mínimo tiempo la espera entre empleo y empleo, enriqueciendo en tanto el “patrimonio (capital) formativo” de las personas- y la garantía de la protección por desempleo³¹. Al contrario, el Gobierno ha decidido apostar por mantener

³⁰ Cfr. Los diversos estudios en Toharia, L. (dir.). Los mercados de trabajo transicionales: nuevos enfoques y políticas sobre los mercados de trabajo europeos. MTAS. Madrid. 2006.

³¹ Esta concepción tridimensional del “mercado de trabajo” como “institución social”, por tanto, no como puro “mercado económico”, está presente en la Exposición de Motivos del RDL 3/2012, e ilustra el prometido enfoque “equilibrado” que el Gobierno dice perseguir, otra cosa es, que como quedará suficientemente acreditado –eso espero- en este estudio, ha pesado muchísimo más el factor “liberal” respecto del relativo a la “seguridad”. En este sentido, aunque sea más cara a la galería, el Gobierno no tiene ningún empacho en afirmar con tono grandilocuente –a algunos quizás les parezca más bien sarcástico-, el propio de este cada vez más inútil pieza de una norma que es la EM, que la reforma, inspirada en el valor de la “flexiseguridad”, no trata sino de “... garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social. Esta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos”, incluidos “los intereses de todos aquellos que estén buscando empleo” –EM, apartado I, in fine-.

la regulación precedente, salvo en lo que atañe a los sujetos privados de intermediación, que refuerza, en detrimento de los servicios públicos, los grandes ausentes, pues quedan silenciados por completo.

El Gobierno, pues, ha optado por la peor de las soluciones, convencido de que va a bastar para retomar la senda del crecimiento con una política de flexibilidad laboral muy extrema, única “política de empleo” eficiente que parece concebir el nuevo Ejecutivo. La reforma, pues, no sólo perpetúa buena parte de los errores evidenciados hasta ahora, limitándose realmente a abrir –liberalizar– todas estas actividades de servicio público a un mercado competitivo de entidades privadas o “empresas de servicios de empleo” y “capitales humanos”, sino que los agrava. El agotamiento absoluto de las precedentes políticas activas de empleo, que ahora se reviven y que actuarán como “zombis”, y la más que acreditada ineficacia –además de injusticia–, de la política de flexibilidad para lograr el objetivo del crecimiento del empleo en un contexto como éste, de aguda crisis y de necesidad de promover nuevos patrones de crecimiento económico, exigirán pronto una rectificación del Gobierno –seguro que mayor que respecto de la reforma laboral en los demás puntos– y evidenciará la necesidad de “tomarse en serio” tanto las “políticas” como los “derechos” en esta materia. En tal dirección innovadora y correctora, hallará ya importantes vías en el marco de la renovada Ley de Empleo, a cuya efectividad tendrá que dedicar los recursos necesarios y asegurar un nivel óptimo de cooperación entre los servicios públicos de empleo y los servicios privados, en un nuevo modelo menos competitivo y más cooperativo entre ellos³².

³² En esta dirección, Vallecillo Gámez, M.R. *Las empresas de intermediación...* op. Loc. Cit. Desde diferentes puntos de vista AAVV. (dir: De la Casa Quesada, S-Vallecillo Gámez, M.R.). *Empleo, mercado de trabajo y sistema productivo: el reto de la innovación en políticas de empleo*. Bomarzo. 2011.