

Creación de Empleo, Mercado de Trabajo y Derecho del Trabajo: el Caso Español*

Antonio Baylos Grau**

"El autor trata, en este artículo, la relación que existe entre el derecho del trabajo y mercado de trabajo según la experiencia española. Así mismo, explica cómo se produce la culpabilización del derecho del trabajo con respecto al acceso al mercado de trabajo y cómo se legitima ésta en el derecho español para llegar finalmente a plantear una forma de cambiar el rumbo que esa relación lleva".

"Insisto: La reforma laboral no se hizo para convalidar o aceptar reivindicaciones de empresarios ni de sindicatos, sino para crear empleo".

José Antonio Griñán Martínez,
Ministro de Trabajo español (1995).

SUMARIO: 1.- Culpabilización del Derecho del Trabajo y el proceso de implantación de la flexibilidad laboral en el sistema español de relaciones laborales. 2. Colectivo e individual en la etapa de la flexibilización. 3.- El cambio de rumbo: Fomento de la estabilidad laboral como política de empleo. 4.- Espacios descolectivizados, sujetos débiles. 5.- El futuro no está detrás de nosotros. 6.- Guía de lecturas complementarias.

Treinta años después del final de la transición española a la democracia, un tema recurrente desde entonces sigue siendo el de la relación entre el derecho del trabajo y el mercado de trabajo. No en vano uno de los grandes temas que han recorrido la reflexión de los juristas del trabajo europeo en el final del siglo XX. Mi intervención gira en torno a la experiencia que ofrece el ordenamiento español sobre este problema, que como muchos saben ofrece un ejemplo clásico de un tipo de relación entre ambas categorías y de la evolución que en ese contexto ofrece la pareja individual-colectivo como eje de las formas regulativas del trabajo y del empleo.

El caso español es ejemplar en un sentido doble porque ofrece un ejemplo o muestra de un derecho del trabajo que se valora sólo o predominantemente en función de la evolución del mercado de trabajo y el nivel de puestos de trabajo que éste permite sostener, sin que por tanto

se tenga en cuenta la relación del derecho del trabajo con el hecho del trabajo como un modo de existencia social y como factor de cohesión social, eje de atribución de básicos derechos de ciudadanía. Y es ejemplar porque permite construir una narración del proceso de evolución de este tipo de relación entre mercado laboral y derecho del trabajo como una fábula, quizá al estilo de los cuentos morales que tanto agradan al público francés en las películas de Rohmer. El cuento moral que se dibuja a continuación es, si puede recibir este nombre, más prosaico, su moraleja más evidente. Es el precio de la narración que se inspira y se ajusta a la realidad de los hechos y no a su reconstrucción ideal, en estos casos la comúnmente forzada conforme a los cánones ideológicos al uso.

1.- Culpabilización del Derecho del Trabajo y el Proceso de Implantación de la Flexibilidad Laboral en el Sistema Español de Relaciones Laborales

El punto de partida es muy conocido. El sistema jurídico laboral español incorporó, desde la primera etapa de construcción democrática tras la promulgación de la constitución de 1978, este tipo de relación entre el mercado de trabajo y el derecho laboral como un elemento central de su estructura dinámica normativa.

* Este trabajo se basa en la intervención oral tenida en el seminario "Dimensione individuale e collettiva del Diritto del Lavoro. Trasformazioni dell'impresa e mercato di lavoro" que se realizó en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Bolonia, los días 24 y 25 de septiembre de 2007, en el marco del vigésimo aniversario de la revista dirigida por Umberto Romagnoli, Lavoro e Diritto.

** Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Castilla - La Mancha.

Al coincidir la implantación del sistema democrático de relaciones laborales con la crisis económica de mediados de los años 70, y la consiguiente repercusión de la misma en las diferentes economías nacionales europeas en términos de destrucción de empleo, desde el inicio en el sistema español se produjo una relación de causa a efecto entre el sistema de garantías que preveía el derecho del trabajo y estos procesos de pérdida acelerada de puestos de trabajo. Se produce así la **culpabilización del derecho del trabajo** debido a los procesos de destrucción de empleo. Ciertamente que esta culpabilización se produce en un contexto de cambio de modelo político, en el que, por consiguiente, se puede teñir de “antiguo régimen”, es decir, de elementos propios de las situaciones de autoritarismo social que el franquismo consolidó, a algunas de las garantías que la norma estatal y la actuación de la administración laboral habían impuesto en materia de condiciones de trabajo tanto a nivel general como sectorial. De esta manera, una parte de la culpa del derecho del trabajo – de lo que se denominaba su regulación rígida y estatista de las condiciones de trabajo – se endosaba al conjunto de significados que habían perdido vigencia en la modernidad democrática por estar indisolublemente unidos a un mundo superado autocrático e incompatible con las nuevas exigencias de la economía libre.

Junto a esta estrategia de culpabilización, el derecho del trabajo sufre en positivo un cambio en orden a su justificación como forma de regular el trabajo en la sociedad española democrática. Se escinde del significado puramente político-democrático del trabajo, regulado en la Constitución, con toda su complejidad y ambivalencia en el marco de la libertad de empresa y la libre economía de mercado, y se desplaza hacia una valoración directamente relacionada con la capacidad que las normas jurídico-laborales asumen en la conformación de la situación del mercado de trabajo. Es decir, el derecho del trabajo como conjunto normativo se legitima en la medida en que procure un nivel aceptable u óptimo de empleo en el país. Eso implica la orientación al empleo del derecho del trabajo y la hegemonía de las políticas públicas de empleo sobre los mecanismos de creación del derecho del trabajo que articulan dimensión pública y colectiva, así como la presentación del empleo como la resultante del mercado de trabajo que permite medir la eficacia – y la validez – de las normas laborales. Como subraya G.G. Balandi en la presentación a este seminario, con cita de Rodríguez Piñero, al derecho del trabajo se le exigen resultados económicos en relación con objetivos que hasta el momento no se consideraban propios del mismo, como la creación y la promoción de empleo. Esta orientación implica valorar el derecho del trabajo en términos de eficacia respecto de la situación del mercado de trabajo, y, por lo mismo, cuestionar la validez de sus reglas no eficaces o de las que se predica su ineficiencia o carácter contraproducente sobre las situaciones de empleo.

Desde estas coordenadas, las consecuencias son conocidas, y han jalonado las distintas fases de la evolución del derecho laboral español a partir de 1978

en adelante. La demolición del sistema básico de tutela del trabajo asalariado – el principio de estabilidad en el empleo – se llevó adelante sobre la base de implantar lo que se entendía que era el nuevo fundamento de las relaciones laborales: la flexibilidad. De esta manera, se incidía sobre la llamada flexibilidad externa, es decir la ruptura del prototipo normativo del contrato por tiempo indefinido como fórmula de inserción del trabajador asalariado en las actividades ordinarias de la empresa y su sustitución por formas temporales de incorporación al trabajo, para de esta forma evitar los costes derivados del despido injusto y la garantía judicial del derecho al trabajo que de éste sistema se derivaba. En España, a partir de 1979, el proceso de flexibilización se impuso durante veinte años a través de tozudas reformas que se denominaban, sintomáticamente, reformas del mercado de trabajo. Es bien sabido que estas iniciativas no obtuvieron jamás los resultados perseguidos, encabalgando altas o desmesuradas tasas de desempleo con un proceso acelerado y permanente de fragmentación y precarización de la población asalariada. Con la fe que dicen que poseen los carboneros, símbolo según parece de la obstinación en la creencia, los poderes públicos se apresuraron a arbitrar fórmulas contractuales temporales a las que reconducían como camino preferente el ingreso en la empresa, favorecidas mediante exenciones contributivas importantes, en el convencimiento que la única manera de generar empleo era crear puestos de trabajo cuya eliminación por las empresas supusiera un coste cero de despido. La estrella de esta política de empleo se denominó, de manera coherente con la intención asignada, contrato de fomento del empleo, sin que en su título se incorporara su característica fundamental: el carácter temporal del mismo, que se desplegaba con un mínimo de seis meses y era susceptible de prórrogas sucesivas en los mismos períodos de tiempo hasta alcanzar el tope máximo de dos años. Es la forma-tipo de la eventualización.

“(...) el derecho del trabajo como conjunto normativo se legitima en la medida en que procure un nivel aceptable u óptimo de empleo en el país.”

Esta obsesión flexibilizadora se correspondió con los ingentes esfuerzos inversores de los empresarios españoles en indemnizaciones para la eliminación de trabajo estable y su sustitución por trabajo temporal, efecto de sustitución que además resultaba alentado por la subvención con cargo al erario público y, sin embargo, frente a las ventajas prometidas de la flexibilización en términos de repercusión positiva sobre el mercado laboral y la situación de empleo, no se siguió de este proceso la reducción de las tasas de desempleo, que jamás estuvieron por debajo del 15% de la población activa y que en los momentos más álgidos del derecho del trabajo flexible subieron hasta el 22% de paro. Con ello se fue construyendo una enorme bolsa de trabajo

flexible que llegó al 33% de los trabajadores asalariados, un mercado de trabajo fraccionado en dos grandes colectividades de estables y precarios, en donde el trabajo flexible se declinaba en femenino y en juvenil. El discurso de la flexibilización se hacía circular y cerrado, seguía culpabilizando al derecho del trabajo y midiendo su razón de ser en términos de eficacia, pero impedía por lo mismo, valorar con arreglo a esas mismas coordenadas las medidas de "modernización" del sistema normativo laboral obra de los sucesivos gobiernos (socialistas) del momento.

2.- Colectivo e Individual en la Etapa de la Flexibilización

De este proceso el sindicato es completamente excluido, o quizá mejor decir, que no se reconoce en la experiencia española una dimensión colectiva de la flexibilidad. El mecanismo puesto en práctica por la norma reposaba en lo esencial en la descripción completa del tipo contractual – de las características del trabajo temporal atípico – y de sus condiciones de aplicación. Por tanto, la regulación legal se confiaba en exclusiva a la dimensión contractual / individual de la relación temporal creada y diseñada en la norma estatal, un territorio éste en el que la actuación del empleador como parte activa de la contratación resultaba decisiva.

El sistema se cerraba mediante la previsión de una tutela jurídica del trabajador individual frente al "uso desviado" de los tipos contractuales flexibles generados por la ley. Esto implicaba por consiguiente la remisión a la garantía judicial de estos derechos a través del prisma del "fraude de ley" en la contratación temporal. La acción de tutela de la jurisdicción laboral, sin embargo, fue prontamente subsumida por la lógica autorreferencial de las exigencias organizativas de la empresa como forma de justificar el uso extensivo y encadenado de las diferentes formas de trabajo temporal y atípico.

En esta autodenominada política de empleo no se deja espacio alguno al convenio colectivo como instancia de mediación y de regulación del trabajo flexible. No existe en la experiencia española nada parecido a un intercambio entre garantismo individual y colectivo, o la sustitución de las garantías de la estabilidad en el empleo aseguradas por la norma estatal por las reglas colectivas de garantía del empleo a través de la negociación entre sindicatos y asociaciones empresariales. El sindicato – que en ese período histórico vive en la contradicción de ser beneficiario de un acentuado proceso de institucionalización en una situación de abierta división sindical entre las dos confederaciones más representativas – va descubriendo que su modo de existencia social se fractura en dos grandes colectividades. Asentado cada vez con más fuerza entre la masa de los trabajadores estables – hombres en su mayoría ya no tan jóvenes, fundamentalmente de edad madura- va perdiendo su capacidad de implantación en los estratos "de débil inserción" en el mercado, donde rotan jóvenes y mujeres – aunque no sólo ellos – del trabajo precario al paro. El sindicato es consciente de ese desgajamiento, aunque no

se lo plantea como irresoluble, lo que posiblemente tenga que ver con las características psicológicas de cualquier sujeto, aunque sea colectivo. Ya se sabe que es muy humano negar a los hechos la gravedad que merecen. El problema planteado nunca parece ser tan tremendo ni la respuesta tan acuciente, pese a que paradójicamente lo que está en juego es la propia existencia del sindicalismo confederal como proyecto unitario de representación de la fuerza de trabajo global, y esa misma radicalidad del dilema de futuro es la que explica una cierta apatía sindical en la respuesta.

Es también cierto que el sindicalismo español estaba, a lo largo de la década de los 80 del pasado siglo, dividido y confrontado entre sí. Los vínculos clásicos entre la Unión General de Trabajadores (UGT) y el gobierno socialista no se disolverán – y de forma traumática – hasta 1988, con la convocatoria de una exitosa huelga general junto con la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.) precisamente contra una nueva medida de abaratamiento del coste del trabajo (juvenil y femenino) mediante la creación de un fracasado contrato de inserción muy semejante al que en el siglo XXI se reedita en Francia bajo el nombre de contrato de primer empleo. Desde entonces el sindicalismo español en unidad de acción actúa a través de la concertación social sobre las consecuencias sociales de la precariedad – ampliación del desempleo subsidiado o creación de un nivel no profesional o contributivo de protección social – y mediante la articulación de medidas de corrección de los tipos legales del trabajo flexible, estableciendo ciertas "precauciones" ante su uso que, sin embargo, vendrán siendo desvirtuadas por una jurisprudencia que había asumido en sus principios interpretativos la flexibilización como forma de gobierno de las relaciones laborales confiada a la decisión organizativa del titular de la empresa.

La dimensión colectiva entra en acción en relación con la flexibilidad laboral muy tarde, y de forma ambivalente. De una parte, mediante el proceso de concertación con el gobierno, los sindicatos imponen la obligación, en las empresas, de informar a la representación de trabajadores sobre los contratos temporales que éstas realicen, con la finalidad de establecer una línea de control de la decisión empresarial sobre la forma de empleo elegida para incorporarse a la empresa. Pero a la postre este control solo es eficaz si a continuación se traduce en una anulación de la contratación incorrecta y eso sólo se podía hacer mediante el auxilio o de los cuerpos inspectores del Estado – la Inspección de Trabajo – o mediante la acción individual del trabajador incorrectamente encuadrado en un tipo contractual equivocado o fraudulento. La acción inspectora nunca fue relevante en términos disuasorios y el desplazamiento de la eficacia del control colectivo a la respuesta individual de los trabajadores afectados anuló cualquier virtualidad práctica a la medida legal de información de los contratos a los representantes de los trabajadores.

Por el contrario, y en dirección opuesta, camina la importante reforma del Estatuto de los Trabajadores que se produce en 1994, y que contó con la práctica

unanimidad de los grupos políticos representados en el Parlamento – con la excepción casi en solitario de Izquierda Unida – frente al rechazo también mayoritario del sindicalismo confederal, que organizó una importante huelga general con gran repercusión en las relaciones de trabajo y menos incidencia en la vida ciudadana. La reforma de 1994 abrió a la negociación colectiva la posibilidad de desarrollar en el nivel sectorial y en el de la empresa los tipos contractuales flexibles en función de las peculiaridades de éstos. La orientación impresa en la reforma legal era clara, suministrar a los convenios colectivos sectoriales y de empresa la posibilidad de disponer, ampliando y modalizando en función de los intereses del sector y de la empresa, los límites legales a las formas atípicas de empleo temporal, en especial de los contratos “clásicos” para obra y servicio determinado y eventual por necesidades de la producción. Con ello se habilitaba a la negociación colectiva a precisar libremente más allá de los límites que señalaban las figuras legales, los contenidos concretos en cuanto a extensión y alcance de estos tipos contractuales “atípicos”. Este impulso a la flexibilización fue seguido por una parte de la negociación colectiva, tanto sectorial como de empresa, de forma significativa. Recluida legislativamente en el perímetro de la flexibilidad, la negociación colectiva no generó, en ese contexto, una reacción decidida al impulso normativo; por el contrario, en una parte importante desarrolló, más allá de los límites que marcaba la ley, la fragmentación entre trabajadores estables y precarios que consistía la base de la reforma laboral de 1994.

3.- El Cambio de Rumbo: El Fomento de la Estabilidad Laboral como Política de Empleo

Sin embargo, el resultado era extremadamente insatisfactorio, tanto para un sindicato incapaz de detener una espiral de temporalidad y de precarización de las relaciones laborales como para un empresariado que empezaba a comprobar los efectos devastadores de un panorama laboral en donde los sectores más jóvenes y cualificados encontraban imposible su inserción permanente en el mercado de trabajo o, una vez incorporados a la empresa, cualquier posibilidad de promoción profesional. Y todo ello en un contexto económico en el que el desempleo seguía teniendo una presencia inevitable en la rotación y destrucción de puestos de trabajo. Por eso, aunque la situación política era la menos propicia – derrota del PSOE en las elecciones de 1996 (originada en gran parte por su enfrentamiento antisindical dos años antes) y formación de un gobierno del PP con mayoría relativa – era razonable esperar de la madurez de los sujetos sociales representativos en la esfera económica y social un cambio de dirección. Eso es lo que sucede con los muy importantes Acuerdos Interconfederales del año 1997, cuya trascendencia hoy sigue siendo debatida a la hora de valorarlos bien como un hijo ilegítimo de la tendencia presente en la reforma de 1994 o, por el contrario, como un cambio de rumbo respecto de las indicaciones flexibilizadoras de ésta. De una u otra forma, el cuento moral que se está narrando se apoya en los acuerdos entre la asociación empresarial española y los dos sindicatos más representativos a nivel

estatal, comprendiéndolos como hechos que supusieron un verdadero cambio de rumbo respecto del que se había emprendido en los veinte años precedentes.

Los Acuerdos de 1997 suponen la recuperación de la autonomía colectiva y del proyecto sindical como eje de la relación entre el derecho del trabajo y su repercusión en el mercado laboral. En estos textos – Acuerdo sobre Negociación Colectiva, Acuerdo sobre Estabilidad en el Empleo, fundamentalmente – se sitúa en primera posición la dimensión colectiva como elemento rector de la relación clásica entre el trabajo y el empleo, entre la tutela de los derechos de los trabajadores y la situación del mercado de trabajo y la ocupación. Se produce un cambio de paradigma en esta correspondencia trabajo-empleo. El eje de esa relación se canaliza ahora a través del contrato para el fomento del empleo estable, por tiempo indefinido; es decir, una forma estable de empleo que se opone a lo que había sido el modelo vigente durante veinte años de política de empleo en la que la inexistencia de costes de salida por la pura extinción del tiempo convenido había marcado el tipo de relación entre la norma laboral y el mercado de trabajo. A partir de ahora la estabilidad se configura como un valor y no se considera ya un problema; al contrario, es la solución al problema que plantea relacionar el volumen de empleo y la creación del mismo con la fortaleza o debilidad de un sistema de garantías de los derechos de los trabajadores. Y es un valor asumido de forma compartida por empresarios y sindicatos de trabajadores en un acuerdo que plantea una bilateralidad obligatoria que se habrá de proyectar hacia el futuro, no sólo durante los cinco años de vigencia de estos acuerdos. A partir del 2002, ese compromiso se renueva por estos sujetos colectivos en cada uno de los Acuerdos sobre Negociación Colectiva que, bianual o anualmente, se han venido concertando sucesivamente en el marco del que los españoles llamamos “diálogo social interprofesional”.

La dimensión colectiva se fortalece también en otros espacios que pretenden cooperar en esta nueva dirección de las políticas de empleo generadas a partir de un proyecto autónomo compartido por el sindicalismo más representativo y el empresariado español. Ante todo mediante la revalorización del convenio colectivo como instrumento idóneo para la creación de empleo estable y para la regulación del empleo atípico a través de la pactación de una serie de garantías de empleo, especialmente útiles en la regulación de la transmisión de empresa en el contexto de subcontratación de obras y servicios, pero también en la determinación de las facultades de la empresa en la contratación o en el recurso a la intermediación laboral, sin olvidar que el convenio colectivo viabiliza políticas de empleo con atención a la diferencia de género, incluidas medidas de acción positiva, y que incorpora la edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo. Otros territorios muy ligados al empleo son atraídos por esta fuerza de la regulación colectiva, señaladamente todo el tema de la formación profesional, que se gestiona de forma centralizada mediante una fundación paritaria sostenida por el poder público hasta el cambio de modelo merced

a una decisión del tribunal Constitucional en el 2002 para dar entrada a las Comunidades Autónomas, o, en fin, la creación en un nuevo acuerdo bilateral interprofesional de un sistema voluntario de interpretación y aplicación de los convenios colectivos dirigido y organizado por los interlocutores sociales que buscan atraer al área de la solución extrajudicial de conflictos la problematización planteada por la regulación colectiva de las condiciones de trabajo y de empleo.

Es cierto sin embargo que el cambio de rumbo no supone abjurar de los principios de esta relación entre sistema jurídico y mercado laboral. De hecho, la aceptación de esta nueva inflexión en la política de empleo mide su éxito en función de la progresiva disminución de las tasas de desempleo a partir de 1997 y la correlativa creación de empleo. En términos siempre ascendentes desde aquella fecha, se han creado más de tres millones de puestos de trabajo estable en el Estado español – con tendencia a acelerarse después de la reforma laboral del 2006 - y el desempleo se mantiene en torno al 8%. Este fenómeno tiene su contrapartida, el mantenimiento en ese mismo tiempo de un amplísimo espacio de contratación temporal, que se reduce de forma muy pequeña: en el 2007, la tasa de temporalidad era del 31%, lo que implica que en el proceso de creación de empleo, los trabajos atípicos de duración determinada tienen un proceso de desarrollo paralelo y complementario al de creación de empleo estable. Hay muchas causas que explican esta pervivencia de la temporalidad. En líneas generales, la importancia de sectores como la construcción y el turismo en el crecimiento económico español, pero también de forma señalada la extensión de fórmulas de descentralización organizativa empresarial que culminan en una utilización generalizada de la contrata de servicios como forma de externalizar el trabajo de la empresa. De forma más particular, la incorporación entusiasta de las distintas Administraciones Públicas – con mayor alegría las gobernadas por la derecha política, pero también las que dirige el centro izquierda – a la privatización de los servicios en un tiempo públicos bajo fórmulas de descentralización productiva, con la correspondiente precarización del empleo que éstas traen aparejada. De esta forma, mientras que la tasa de temporalidad retrocede en el sector privado, se dispara por el contrario en el sector público hasta casi un 25% del empleo en las distintas administraciones y entes públicos. En esa misma dirección, la incorporación al mercado de trabajo español de dos millones de emigrantes en los últimos cuatro años, hace que para este tipo de trabajadores la forma normal de empleo sea un contrato temporal, aunque progresivamente reiterado en el tiempo, y una frecuente rotación en empleos de baja cualificación. Las rutinas empresariales en la gestión de personal y la benevolencia judicial respecto de la contratación temporal en cadena cooperan también a este resultado.

Por tanto, la verificación sobre si las medidas de reforma del derecho del trabajo están en la dirección correcta parece extraerse de manera apodíctica del comportamiento – positivo – del mercado de trabajo. La

relación es además más profunda y demuestra que sigue habiendo muchas continuidades entre el razonamiento primero que generó el complejo de culpa del derecho del trabajo por la capacidad impeditiva del mismo de que la iniciativa económica encontrara atractiva invertir y crear empleo para producir bienes y servicios con el beneficio apropiado. Es cierto sin embargo que ahora éste se replantea de forma más suave, pretendidamente virtuosa.

En efecto, manteniendo inalterada la forma clásica de integración del trabajo asalariado en las necesidades permanentes de la empresa, un tipo especial de contrato indefinido que es ahora objeto de las ayudas y subvenciones públicas, se sostiene vigente el contagio entre las categorías del coste de despido y de la voluntad empresarial de asumir trabajadores: el nuevo contrato de fomento del empleo estable lleva consigo una reducción del monto indemnizatorio que la ley establece para el despido “por causas objetivas” – no por consiguiente disciplinario, ni colectivo – cuando éste es declarado improcedente por el orden jurisdiccional social. La rebaja es relativamente prudente, de 45 días por año de servicio, que es la fórmula general resarcitoria del despido improcedente, a 33 días por anualidad con el tope máximo de dos años de salario, pero es más relevante por lo que sugiere que por lo que prescribe. Sugiere – es un no dicho del acuerdo, pero todos lo conocen – que si en un próximo futuro el volumen de la temporalidad se limita y reduce en términos generales, la fórmula de reducción del coste de la indemnización del despido individual por circunstancias sobrevenidas de carácter objetivo se puede asimismo generalizar en la norma laboral.

Lo que sin embargo no se ha llevado a efecto porque la promesa implícita en el acuerdo no se ha cumplido en la realidad. De manera contradictoria, desde luego, como se ha podido ver con los datos económicos con los que se cuenta. Más aún, cuando en el 2002 la derecha política en el gobierno quiso avanzar sobre este ligamen entre la rebaja del coste de despido y su pretendido correlato, “la mejora de la ocupabilidad” – aunque con ello sufriera tanto el idioma como la lógica – mediante la puesta en marcha de una reforma que eliminaba componentes muy importantes de la indemnización por despido, la respuesta sindical contundente en forma de una huelga general hizo que la ley no recogiera gran parte de estas rebajas del coste de despido, dando marcha atrás a lo que había establecido por decreto-ley posteriormente anulado por el Tribunal Constitucional por carecer del requisito constitucional de la urgencia en la adopción de la medida.

Una cierta solución estable, en consecuencia, a partir del “giro” de 1997, de la relación entre el derecho del trabajo y el mercado de trabajo, en la que no obstante prosigue el núcleo básico del razonamiento que orienta la validez de las reglas del primero a la eficacia en el mantenimiento o aumento del nivel de empleo en el segundo. En esta nueva versión del problema; sin embargo, tanto el predominio de las formas de

contratación por tiempo indefinido y el control de la utilización de las formas atípicas de empleo como la relevancia de la dimensión colectiva en el diseño de esta estrategia y en su aplicación concreta, es muy relevante. La dimensión colectiva de la regulación del trabajo y del empleo se consolida como una tendencia a preservar, de igual manera que la necesidad de la concertación social como forma de regular estos procesos se establece como un hecho inapelable. O, por decirlo de otra manera, la iniciativa política de cualquier gobierno – y señaladamente el gobierno que vence en las elecciones del 2004 – en la reforma de la legislación laboral está condicionada al acuerdo entre los interlocutores sociales, y en los términos en los que éstos definan sus compromisos.

4.- Espacios Descolectivizados, Sujetos Débiles

Este proceso histórico ha ido segregando espacios de regulación en los que se aprecia una desigualdad muy intensa en las condiciones de trabajo y de vida. En el paisaje después de la batalla emergen espacios descolectivizados poblados de sujetos débiles carentes del nivel de tutela ordinaria o normal que se asigna al trabajo asalariado al que por otra parte obliga nuestra Constitución. En líneas generales se divisan dos grandes espacios de desprotección.

El primero es el territorio de la precariedad. Es esta una condición transversal, no necesariamente coincidente con la temporalidad, pero en gran medida yuxtapuesta a ésta. La precariedad laboral es inaccesible al conflicto y a la acción sindical aun cuando resulte incluida en la órbita de la regulación colectiva, que comienza a generalizar cláusulas de garantía y continuidad en el empleo. El trabajador precario sigue estando anclado en la presentación individualizada de su interés – sin que por tanto conciba la representación colectiva del mismo – que se somete, normalmente cuando su vínculo contractual ha sido extinguido, a una tutela judicial cada vez menos incisiva.

El sindicato encuentra grandes dificultades en actuar directamente sobre los trabajadores precarios, caracterizados por una situación negativa de pérdida: Sin estabilidad en el trabajo, sin derechos básicos. Encuentra también obstáculos e incomprensiones entre una parte de su base social en sus intentos por reunificar las dos colectividades del trabajo o al menos en su acercamiento en términos de acceso a tiempo de trabajo y salario y condiciones de trabajo y de empleo. La regulación legal sobre la forma de organizar su representación en los lugares de trabajo le impide responder con eficacia a los retos que le plantean los *desplazamientos de trabajadores en el centro de trabajo de la empresa principal por obra de las contratas de servicios, los trabajadores móviles e itinerantes, la intermitencia en la prestación de trabajo y tantas otras formas de organización de la producción que desborda el esquema fordista sobre el que se asientan los moldes representativos y la organización sindical en los centros de trabajo. Además la precariedad tiene un momento*

muy decisivo que se sitúa más allá del trabajo, en una dimensión territorial que el sindicato comienza a explorar a través del desarrollo de una vertiente sociopolítica de su actuación: vivienda, transporte público, elementos que son muy comunes en la conflictividad social derivada de esta condición de vida y en los que el sindicato está cada vez más frecuentemente ensayando un nuevo espacio de acción.

El segundo es el territorio del trabajo no subordinado, las prestaciones de servicios que se califican jurídicamente como no laborales y que dan lugar al fenómeno de deslaborización, lo que se ha conocido como “huida del Derecho del trabajo”. Aunque no alcanza la amplitud cuantitativa del trabajo temporal, reviste un contenido simbólico muy importante, porque existe la tendencia a situar en el área del trabajo autónomo a las nuevas ocupaciones y empleos que genera la sociedad del conocimiento o los servicios con un cierto grado de cualificación profesional. En estos casos se aprecia una radical incompatibilidad de caracteres entre la tutela que brinda el derecho del trabajo y la capacidad contractual creativa que da un nombre no laboral a una prestación de servicios para una organización empresarial en los nuevos sectores productivos. Se tiende a explicar estas manifestaciones de deslaborización sobre la base de la libertad de contratación en un mercado de servicios también libre, pero la realidad de los hechos es más compleja y pone en cuestión la unilateralidad empresarial en la determinación del régimen jurídico aplicable a la prestación de servicios.

Este fenómeno ha sufrido recientemente, en España, un proceso de decantación legislativa a través de una norma que retóricamente proclama su condición alternativa a la regulación ordinaria del trabajo por cuenta ajena: El Estatuto del Trabajador Autónomo, que se contraponen así al Estatuto de los Trabajadores. Entre los trabajadores autónomos la norma describe una especie, la del autónomo económicamente dependiente, a quien se dota de un régimen de tutela débil cuya garantía individual se confía a la jurisdicción social. Para ellos se imagina también una dimensión colectiva singular en la que compiten por ese espacio representativo asociaciones profesionales y sindicatos, y donde se generan unas formas de negociación colectiva ancladas en el esquema del mandato civil que niegan por consiguiente la fuerza vinculante y colectiva de la negociación de condiciones de trabajo de estos autónomos subordinados.

Esta dimensión colectiva vergonzante necesariamente debería ser sobrepasada por la acción sindical de las grandes organizaciones de trabajadores, pero éstas *necesitan aún un poco de tiempo para reformular su estrategia respecto de estos sectores, que se juega en el todo o nada de la inclusión-exclusión en el ordenamiento laboral y que ahora va a desarrollarse por este terreno ambiguo de una situación de desprotección relativa de tales trabajadores. La norma privilegia no obstante la dimensión individual de esta tutela a la que yuxtapone un puro esquema de representación civil voluntaria.*

La construcción sobre esa base de una verdadera dimensión colectiva es previsible, pero será conflictiva y en todo caso constituye un nuevo campo de juego de la acción sindical todavía no explorado.

El reformismo político y la acción sindical tienen que afrontar por consiguiente cómo gobernar estos espacios de desprotección en donde se encuentran tales sujetos privados de los elementos básicos del sistema de derechos laborales, que se presentan como puros individuos atomizados y dispersos, sólo dotados de su capacidad de obrar personal y alejados – también cultural y psicológicamente – de los momentos de acción colectiva y solidaria en relación con su trabajo concreto. Ello posiblemente debe llevar a seguir replanteándose la función que la tutela del trabajo cumple en nuestras sociedades y la posición que en ella ocupa el sindicalismo representativo y sus formas de acción, y a incorporar a las preocupaciones sobre el trabajo y el empleo otro tipo de perspectivas que hablen en términos de exigencias de vida y de condición de ciudadanía plena y lo contrasten con las exigencias de la organización de la producción y del empleo.

5.- El Futuro no está Detrás de Nosotros

Los cuentos morales suelen requerir finales abiertos donde el futuro ocupe su lugar. Sin embargo, las perspectivas de futuro son siempre difíciles, y el jurista tiende entonces a asumir incorrectamente las funciones del profeta o adivino. En algunos casos se expresan temores de demolición y de ruina del edificio normativo y social en que consiste el comúnmente denominado “modelo social europeo”. El tono de estas (pre)visiones de futuro es oscuro, al punto de poder hablarse, como ha hecho Umberto Romagnoli, al referirse a la literatura sobre la precariedad, de un “clima de desesperación y lamentaciones”. Es cierto que para los que frecuentamos el estudio del derecho del trabajo en la actualidad resulta difícil de digerir el cambio de frecuencia del discurso político situado a partir de los años 80 del pasado siglo en la onda (neo)liberal, con la exaltación del mercado como elemento de regulación social autorreferente, la construcción de la centralidad de la imagen social del empresario como emprendedor y creador de riqueza, y la civilización del beneficio privado como único criterio de elección pública, al punto de que se puede hablar de un cierto “síndrome pesimista” entre los juristas del trabajo europeo de comienzo de siglo, que sus críticos consideran achacable a una cierta nostalgia del pasado. Sería algo así como lo que me decía una historiadora y gran amiga - recientemente desaparecida - Marisa Loring: “Tiempo atrás, cuando éramos más jóvenes, el futuro era más bello”.

Es seguro que al pensamiento conservador – que no sólo es patrimonio de la derecha política, como bien se sabe – le gustaría que los juristas del trabajo se instalaran en un discurso anclado para siempre en el tiempo presente. En un presente conformista que no admite modificaciones ni transformaciones en el porvenir. Un presente concebido como destino, porque todo lo que

podría cambiarse del mismo ya ha sucedido, está por tanto en el pasado, a nuestra espalda.

Por el contrario, el derecho del trabajo es un constructum que sólo cobra sentido si se instala en un proceso de cambio permanente que cumple un rol de estímulo político de los principios de solidaridad, igualdad y emancipación social. Ese sentido es hoy plenamente actual y se proyecta hacia delante en iniciativas y retos a la acción del reformismo político y al proyecto de sociedad que sostiene el sindicalismo representativo europeo. Por eso me parece que aún hoy el futuro puede ser bello.

6.- Guía de Lecturas Complementarias

Existen muchas referencias doctrinales que deberían contextualizar el discurso que se ha venido manteniendo, en ocasiones para aseverar lo que se dice en él, y en otras como forma de contrastar tales opiniones. Por eso es útil dedicar un último espacio a las aportaciones doctrinales que a mi juicio pueden tener más interés sobre el tema desarrollado de manera que se pueda establecer una especie de guía de lecturas complementarias predominantemente desde la perspectiva iuslaboralista española.

Es evidente que el punto de partida de este trabajo, la “orientación al empleo” del derecho del trabajo y su “culpabilización”, es compartido – seguramente también sugerido – por los trabajos de A. Jeammaud sobre este asunto. El lector interesado encontrará un buen resumen de esta perspectiva en A. Jeammaud, *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, Paris, 2005, y, en él, su trabajo “Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement” (*ibidem*, pp. 15 ss.). Una exposición más articulada de esta relación entre derecho laboral y mercado de trabajo que la que aparece en este texto, en A. Baylos, “Mercado y sistema jurídico laboral en el nuevo siglo”, en G. Gianibelli y O. Zas (coords.), *Estudios de Teoría crítica de Derecho del Trabajo (Inspirados en Moisés Meik)*, Bomarzo Latinoamericana, Buenos Aires, 2006, pp. 63 ss.

En concreto respecto del sistema español, las 80 primeras páginas del libro de J. Pérez Rey, *Estabilidad en el empleo*, Trotta, Madrid, 2004, constituyen todavía hoy un punto de partida imprescindible para entender críticamente la evolución normativa y de las políticas del derecho en torno a la estabilidad en el empleo como garantía central del trabajo asalariado y su negación en la política de empleo desde 1977 a 1997. El relato incorpora todo el período del gobierno Aznar, dando cuenta por tanto de los últimos avatares legislativos que dieron lugar a la huelga general del 2002. Es por consiguiente un texto que debería leerse como complementario del relato que aquí se ha venido efectuando.

De forma más específica, la era de la flexibilidad ha producido algunos trabajos que siguen siendo aprovechables más allá del conocimiento que dan del debate tal como se desarrollaba en los años 80 del siglo

pasado. Así, el volumen coordinado por M^a E. Casas Baamonde, "Estudios sobre flexibilidad laboral y nuevos comportamientos sindicales", publicado por la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense nº 14 (monográfico), Madrid, 1988, que incorporaba los contenidos de un seminario italo-español sobre derecho del trabajo muy expresivo de un tipo de pensamiento crítico de los juristas del trabajo no común entonces entre la mayoría de los mismos, preocupados en justificar la deriva legislativa del gobierno socialista en materia de empleo temporal. Los términos del debate se planteaban, desde esa perspectiva justificatoria de las reformas legislativas, entre las nociones de "desregulación" y la fórmula canónica de la "flexibilidad". El estudio que presenta de manera más inteligente - y sintética - esta cuestión es el de M. Rodríguez-Piñero, "Flexibilidad, juridificación y desregulación", Relaciones Laborales nº 5 (1987), pags. 1 ss; una versión más extendida que aprovecha otras versiones del debate más directamente ligadas al pensamiento económico empresarial, en S. del Rey Guanter, "Desregulación, juridificación y flexibilidad en el derecho del trabajo: Notas para la caracterización de un debate", en J. Rivero Lamas (Coord.), La flexibilidad laboral en España, Universidad de Zaragoza, 1993, pp. 51 ss; en este mismo volumen y en la misma línea es muy reveladora la introducción al mismo de su coordinador, J. Rivero, que lleva por título "Política de convergencia, flexibilidad y adaptación del Derecho del Trabajo" (ibidem, pp. 9 ss.). La "vía española a la flexibilidad" fue estudiada también desde perspectivas comparadas. El libro más interesante desde ese punto de vista es el dirigido por M. D'Antona, Politiche della flessibilità e mutamenti del Diritto del Lavoro: Italia e Spagna, ESI, Nápoles, 1990. No se trata de un fenómeno solo español, ni se limita tan sólo a las políticas de reforma de la década de los 80 en Europa. Aún hoy se puede leer un interesante libro colectivo, coordinado por L. Mariucci, Dopo la flessibilità, cosa?, Il Mulino, Bolonia, 2006; en el que esta categoría se presenta como una noción totalizante y comprensiva de gran parte de los contenidos del llamado "Derecho del Mercado de Trabajo". En la literatura latinoamericana, es importante el pequeño gran libro de O. Ermida Uriarte, La flexibilidad, FCU, Montevideo, Uruguay, 2000, que traduce a la experiencia americana del sur el debate europeo de aquella década.

De todas las iniciativas de reforma de la legislación laboral en España, la que se emprende en 1994 por el gobierno socialista contra la voluntad de los sindicatos, ha dado lugar a una inmensa fuente de comentarios por parte de la doctrina iuslaboralista española. Además de la contestación social que la reforma trajo consigo, la división entre el movimiento sindical y la izquierda política con el gobierno y el partido socialista se proyectó en el debate doctrinal, produciendo una ruptura política muy neta en el iuslaboralismo español que desembocó en una lucha por la hegemonía cultural en su seno en torno a la consideración favorable o negativa de la reforma de 1994. Este tema se prolongará con la posterior - y para muchos sorprendente - afirmación de un espacio de diálogo social entre el sindicalismo

confederal y la asociación empresarial española en 1997 que implicó el giro al que se ha hecho alusión en materia de empleo y de negociación colectiva. En la producción doctrinal de los juristas del trabajo este hecho aparece alternativamente como un momento importante de recuperación de la acción sindical y de realización de un proyecto autónomo de tutela de los derechos laborales ligado a la estabilidad en el empleo, que en consecuencia implica la desautorización práctica de los elementos flexibilizadores de la reforma de 1994; o, por el contrario, como la consecuencia inevitable de la reestructuración de las reglas que disciplinaban la relación entre norma estatal, autonomía colectiva y poder empresarial y por tanto la crónica anunciada de un previsible despliegue del diálogo social en torno a los temas centrales en aquella reforma: El mercado de trabajo y la negociación colectiva.

Esta disparidad doctrinal dentro de lo que hasta entonces se consideraba unitariamente como la doctrina laboralista progresista se puede ver confrontando el libro dirigido por F. Valdés Dal-Re, La reforma del mercado laboral, Lex Nova, Valladolid, 1994 - y especialmente en el mismo el trabajo de J. Matía, "Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral" (pp.14 ss.) - con el monográfico de Gaceta Sindical coordinado por A. Martín Aguado, "Reflexiones jurídicas en torno al nuevo modelo de relaciones laborales", GS nº 198, junio 1994. La cercanía relativa en el tiempo hace que sean posibles algunos trabajos que unifican en su título los dos procesos de reforma, aunque como sucede en el dirigido por E. Rojo Torrecilla Las reformas laborales de 1994 y 1997, Marcial Pons, Barcelona, 1997, sea realmente un conjunto de textos que examinan el desarrollo legal y convencional que se había producido a partir de 1994 al que incorporan una primera mirada sobre la novedad legislativa de 1997. Sobre ésta última, M. Rodríguez-Piñero, "La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo", Relaciones laborales nº 9 (1997), pp. 1 y ss., y F. Valdés Dal-Re, "La legislación laboral negociada entre la concertación social y el diálogo social", en el volumen colectivo dirigido por él mismo, La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social, Lex Nova, Valladolid, 1997, pp. 23 y ss., subrayan su continuidad con el proceso anterior. Por el contrario, desde otras aportaciones, aun señalando la cesura entre estas manifestaciones reformistas, se presenta una visión muy crítica de la llevada a cabo en 1997, en el volumen promovido por la Asociación Española de Iuslaboralistas, Las reformas laborales de 1997, Aranzadi, Pamplona, 1998.

Los últimos avatares pueden seguirse a través de intervenciones de conjunto como las de M. R. Alarcón, "Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001" y C. Palomeque, "La versión 2001 de la reforma laboral permanente", ambas en Revista de Derecho Social nº 15 (2001), pp. 5 y 39 ss respectivamente. La reforma del 2002 y la huelga general contra la misma volvió a unificar la mirada crítica del iuslaboralismo español, como se puede comprobar en las intervenciones reunidas bajo

el título “Sobre el RDL 5/2002 de 24 de mayo”, en Revista de Derecho Social nº 18 (2002), pp. 235 ss. En cuanto al último hito del proceso de reforma del derecho laboral sobre la base, al menos nominal, de la creación y mantenimiento del empleo, es interesante la lectura que de él hace J. Pérez Rey, “El Acuerdo para la mejora del Crecimiento y del Empleo: primeras reflexiones acerca de su contribución a la calidad del trabajo”, en Revista de Derecho Social nº 34 (2006), pp. 245 ss.

Algunas otras referencias sobre puntos concretos dispersas a lo largo del texto merecerían una anotación, pero me centro tan sólo en cuatro puntos. El primero, el del análisis teórico del significado político y democrático del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo, en donde sigue siendo esclarecedor el artículo de Umberto Romagnoli “Del derecho del trabajo al derecho para el trabajo”, Revista de Derecho Social nº 2 (1998), pp. 11 ss, que orienta de manera muy directa la reflexión a este respecto contenida en A. Baylos, “Por una (re)politización de la figura del despido”, Revista de Derecho Social nº 12 (2000), pp. 9 ss. Un segundo punto es el del control jurisdiccional de la contratación temporal incorrecta, equivocada o sencillamente ilícita, en el que la jurisprudencia española se ha mostrado particularmente ineficaz – cuando no directamente cómplice – en el mal uso de las formas contractuales a término. El estudio que analiza de forma crítica este

proceso y las tendencias jurisprudenciales en el control formal y sustancial de la temporalidad irregular es el de J. Pérez Rey, La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo, Lex Nova, Valladolid, 2004. El tercer tema por explorar es el de la expresión “huida del derecho del trabajo”, que acuñó en un conocido artículo M. Rodríguez Piñero, publicado en Relaciones Laborales, Tomo I, pp. 91 ss, y que yo recogí en un capítulo del libro dirigido por M. R. Alarcón y M^a M. Mirón, El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar, Marcial Pons, Madrid, 2000, titulado “La ‘huida del Derecho del Trabajo’: tendencias y límites de la deslaborización” (pp. 35 ss.), donde se hace un recorrido por las tendencias legislativas que han incidido en la expulsión de ciertas prestaciones de servicios del sistema jurídico de tutelas del trabajo asalariado y los límites (relativos) que la jurisprudencia constitucional ha impuesto a este proceso de exclusión de derechos. Por último, la alusión final al “clima de desesperación y lamentaciones” que acompaña a una buena parte de la literatura de la precariedad, y que en el texto se utiliza como un dato sensible de una cierta tendencia al pesimismo de los operadores jurídicos laboristas en los tiempos presentes, está tomada del último artículo de Umberto Romagnoli traducido al español, “Y de pronto es ayer (sobre la precariedad de las relaciones laborales)”, Revista de Derecho Social nº 38 (2007), pp. 13 ss. ✉