

ambos, de tal manera que si el empresario ha satisfecho en su totalidad la indemnización, puede reclamar al trabajador lo que corresponde a su parte de culpa.

Hemos de tener en cuenta que, teóricamente, el trabajador aparece como sujeto responsable de todas las obligaciones que generan sus actos, tanto contractuales como extracontractuales.

Su responsabilidad no se agota en la estrictamente disciplinaria. De ahí que quepa tal exigencia. Efectivamente, la responsabilidad disciplinaria surge como «la adaptación a la relación derivada del contrato de trabajo de los principios de la responsabilidad civil» (24), a fin de hacer frente a los incumplimientos del trabajador de los deberes derivados de su situación jurídica como tal y en ningún momento excluye la exigencia al trabajador de responsabilidad por cualquier otra vía; es más, incluso pueden ser acumuladas. Es decir, la responsabilidad que analizamos, la responsabilidad civil, subsiste independientemente de la responsabilidad disciplinaria regulada en los artículos 58 del E.T. y 63 de la L.C.T..

Algunos autores (25) han argüido que si el empresario responde es porque efectivamente ha habido culpa por su parte, de forma que no cabría repercutir la indemnización sobre el dependiente. Otros, como GULLON (26) se inclinan por la distribución de las consecuencias del daño. RUBIO GARCIA-MINA (27) y ROGEL VIDE (28) consideran que este derecho de repetición implica el reconocimiento de la objetivización en la responsabilidad del empresario: responde aunque la culpa sea de su empleado. Atendiendo a esta responsabilidad objetiva imperante, cabría fundamentar ésta en que el empresario asume los riesgos de la actuación de su empleado, ya que disfruta de los beneficios que reporta la actividad que realiza. Y a pesar de que el art. 1904 le concede un derecho de repetición, el riesgo normalmente lo asume él, dada la insolvencia frecuente de su empleado. Eso sí, en todo caso la principal protegida es la víctima del daño que va a ver satisfecha la lesión de su derecho y cuya reparación es la finalidad del artículo 1903 del C. Civil.

(24) DURAN LOPEZ, F., «Las garantías del incumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador», *Revista de Política Social*, nº 123. Julio-Agosto 1979. Págs. 13, 49 y ss..

(25) DE ANGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, Deusto, Bilbao, 1988. Pág. 132 y ss.

(26) GULLON BALLESTEROS, A. *Curso de Derecho Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, Pág. 485.

(27) RUBIO GARCIA-MINA, J., «La responsabilidad civil del empresario», Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid. 1971. Págs. 50 y ss.

(28) ROGEL VIDE, op. cit. págs. 159 y ss.

LA REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO: UNA VALORACION CRITICA

Por JUAN GORELLI HERNÁNDEZ *

SUMARIO: I. La necesaria reforma laboral: 1. *Reforma del mercado de trabajo y flexibilidad laboral.*—2. *Reforma del mercado de trabajo y demanda empresarial de trabajo.*—II. Medidas de flexibilidad interna: 1. *Flexibilización salarial.*—2. *Regulación de jornada y flexibilidad.*—3. *Movilidad.*—III. Medidas de flexibilidad externa: 1. *La extinción del contrato de trabajo.*—2. *Contratación temporal.*—IV. Conclusión.

I. LA NECESARIA REFORMA LABORAL

1. Reforma del mercado de trabajo y flexibilidad laboral

La polémica sobre la necesidad de cambios estructurales en el seno del Derecho del Trabajo no puede considerarse nueva ni mucho menos; a lo largo de la década de los 80 la flexibilidad (1) se constituyó como tema estrella del discurso económico. En la actualidad, el resurgir de la crisis económica ha puesto de manifiesto las importantes alteraciones estructurales que sufren la oferta y la demanda de empleo (2). Como resultado de esta situación se ha producido un apreciable cambio en el seno de la doctrina laboral española, que ha reconducido

* Doctor en Derecho y Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla.

(1) La flexibilidad, tal como la entendemos en este trabajo, sería «todas aquellas reformas que tienden a ajustar las calidades, cantidades y precios de este factor de producción (el trabajo) a las conveniencias del sistema productivo», definición de MARTIN VALVERDE, A.: «La política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo», *Documentación Laboral* nº 9, página 701. En similares términos, VALDES DAL-RE, F.: «conjunto de medidas tendentes a promover el ajuste del empleo a las necesidades productivas de las organizaciones homónimas», «Flexibilidad en el mercado de trabajo y ordenamiento laboral», *Papeles de Economía Española*, nº 22, página 302.

(2) En este sentido KANAWATY, G. y MOURA CASTRO, C.: «Los sistemas económicos y sociales de numerosos países se hallan sometidos en la actualidad a rápidos cambios estructurales (...), el cambio se manifiesta tanto en la oferta de mano de obra como en la estructura de la demanda de personal calificado. Esta evolución va cobrando impulso y dificulta el mutuo acoplamiento de la oferta y la demanda. En no pocos países se observa una agravación del desempleo unido a la escasez de mano de obra en ciertas ocupaciones. «Nuevas orientaciones en materia de formación: Un programa de acción», *Revista Internacional del Trabajo*, 1991 Nº 1.

sus posiciones desde la defensa del tradicional «status quo» de nuestra parcela jurídica, a propugnar la necesidad de transformaciones que faciliten el crecimiento económico, la racionalidad empresarial y la generación de empleo. No es posible ya entender esas constantes demandas de flexibilidad como simples cortinas de humo empresarial, sino como una verdadera necesidad de reformar nuestro sistema laboral (3).

La «nueva» crisis económica y el desempleo por ella generado, es en sí un importante elemento de impulso de cambio de la normativa laboral, pues frecuentemente se demanda mayor flexibilidad como «mecanismo amortiguador» (4), redescubriéndose la flexibilidad como «palabra mágica» (5), si bien encubierta bajo el manto de una denominación más genérica: la reforma del mercado de trabajo, que incluye aspectos referidos a la gestión del mismo y a su eficacia: modificaciones en el servicio público de empleo o en la capacitación profesional de los trabajadores; aunque la carga principal de la reforma laboral va a consistir en la flexibilización de las condiciones de trabajo.

Junto a la crisis económica hay otros factores coadyuvantes en ese impulso. En primer lugar está la acelerada introducción de nuevas tecnologías en los sistemas de producción, lo que ocasiona profundos cambios estructurales, de organización del trabajo y ocupacionales (6); la empresa necesita una mayor capacidad de adaptación a los procedimientos de producción que cada día requieren cualificaciones más específicas a los trabajadores (7). Por otra parte está la expansión que han sufrido los mercados, que ya son mundiales, incrementándose el ámbito de los posibles consumidores; pero también ha originado una feroz competencia internacional, especialmente sentida en nuestro país debido al proceso de integración europea y a la política de «convergencia» (8). Por

(3) Ya en pleno período de expansión económica se planteaba el problema desde este punto de vista por los economistas; así RECIO, A.: «Flexibilidad, eficiencia y desigualdad (notas sobre la flexibilidad laboral)», *Sociología del Trabajo*, Nº 4 (1988), páginas 81 y 82.

(4) Expresión utilizada por SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Flexibilidad laboral. El caso de España», *Revista de Trabajo*, Nº 83, página 10.

(5) RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: «Flexibilidad: ¿un debate interesante o un debate interesado?», *Relaciones Laborales*, nº 3 de 1987, página 1.

(6) La introducción de las nuevas tecnologías tiene en un primer momento la reducción del empleo. En esta dirección de RECIO ANDREU, A.: *Capitalismo y formas de contratación laboral*, Ministerio de Trabajo, Madrid 1988, página 385.

(7) Es evidente que se requerirá una mano de obra con suficiente formación y que sea capaz de adaptarse a las constantes innovaciones que se puedan producir. Una interesante reflexión sobre la relación entre formación e introducción de nuevas tecnologías puede contemplarse en, PEREZ AMOROS, F.: «Formación profesional en la Comunidad Económica Europea y el déficit de cualificaciones», *Relaciones Laborales*, Nº 16-17, página 80.

(8) A consecuencia de este proceso se exige la «modificación del marco institucional del mercado de trabajo». PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: «La «reforma del mercado de trabajo» y las transformaciones del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, Nº 16-17 de 1993, página 12.

último, está el fenómeno de la afluencia masiva de mano de obra, resultado de la explosión demográfica de los 60-70 y la incorporación de la mujer al trabajo, oferta de empleo que el mercado de trabajo no ha podido asimilar (9).

Se ha generado una dinámica en torno a la competitividad empresarial, término totémico que casi se constituye como finalidad de orden público, ante la que debe plegarse cualquier otro interés. Paralelamente se ha tendido a asimilar dicho fenómeno con la flexibilidad empresarial, que se presenta como un elemento positivo y necesario para el Derecho del Trabajo.

El problema ahora no es responder sí o no a la reforma laboral, pues parece absolutamente perentoria. La cuestión es bien distinta y se plantea en términos de cuál es la reforma que se requiere (10), y si se produce en condiciones socialmente aceptables (11). Nuestro objetivo es analizar aquellas propuestas de reforma que afectan directamente a la regulación de la relación laboral, pues es aquí donde previsiblemente actuará con más fuerza la tendencia flexibilizadora.

2. Reforma del mercado de trabajo y demanda empresarial de trabajo

Cualquier intento de reforma debe asumir que el principal problema que se nos presenta hoy día es que estamos ante una crisis de demanda de empleo (12), lo cual no es precisamente nuevo (13). Las políticas económicas seguidas en

(9) Un análisis detallado de estos fenómenos pueden contemplarse en diversos informes tanto de la Administración española como de la OCDE, así: *La reforma de la política de empleo y de los servicios públicos de empleo en España*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1991, páginas 33 y ss. También *Políticas de mercado de trabajo en los noventa*, Ministerio de Trabajo, colección informes OCDE, Madrid 1991, páginas 25 y ss.

(10) En este sentido se expresa PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: «La «reforma del mercado de trabajo» ...», op. cit., página 13.

(11) En este sentido debe advertirse de lo socialmente injusto que sería plantear como solución a la crisis la negación radical de los derechos laborales. Así, SAGARDOY BENGOCHEA: «Ya he dicho que es difícil defender, política o jurídicamente, la tesis de la irreversibilidad absoluta de los derechos laborales incorporados al ordenamiento positivo, pero un Derecho del Trabajo que constituyera un conjunto de normas totalmente reversibles perdería la confianza, o mejor, el respeto de los trabajadores y daría paso a la iniciación de las conquistas no pacíficas, reproduciendo, en definitiva, el proceso histórico de todos bien conocido». «Flexibilidad en España ...», op. cit., página 12.

(12) En similares términos RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: «Ordenación y flexibilidad del mercado de trabajo», *Relaciones Laborales*, Nº 13 de 1993, página 1.

(13) Esta situación se presentó con toda crudeza a principio de la década de los pasados; así, ALONSO OLEA, M.: «El trabajo como bien escaso», conferencia pronunciada en el Círculo de Empresarios, el 15 de julio de 1982 y citada por MARTINEZ EMPERADOR, R., en *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, Ministerio de Trabajo, Madrid 1983, página 226.

Europa occidental y especialmente en nuestro país adolecen de un importante elemento negativo: su incapacidad de generar empleo, sin que siquiera sea posible recuperar el perdido cuando se está en una etapa de crecimiento económico (14). Estamos pues, ante un fenómeno estructural y no simplemente coyuntural. Al comenzar el nuevo período de crisis económica se aumenta el proceso de generación de esa «nueva pobreza» (15) que es el desempleo (16), lo que ha desencadenado finalmente la exigencia de reforma inaplazable. La propuesta de los economistas ha sido y es la tradicional: «Para el crecimiento estable del empleo es imprescindible remover el conjunto de rigidez que bloquea el funcionamiento del mercado de trabajo» (17)..

Desde nuestra perspectiva el anterior análisis adolece de un importante vicio: pese a reconocer que el problema reside en la incapacidad del sistema económico para generar empleo, las medidas propuestas y las que ya se han tomado son instrumentos que actúan sobre la regulación laboral y como tales sólo incidirán sobre el propósito de crear empleo de manera indirecta y tangencial; ha de reconocerse, por tanto, que la incidencia de las posibles reformas será escasa. La verdadera solución está en el campo de la política económica, que ha de ser capaz de aumentar la demanda de empleo.

II. MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA (18)

1. Flexibilización salarial

Es tradicional la concepción economicista de que el desempleo masivo se

- (14) Los datos del desempleo generado entre 1986 y 1991, período que puede considerarse de expansión económica, oscilan entre 2.924.200 parados en el peor año (1987) y 2.289.000 en el mejor (1991). La situación es todavía más grave si comparamos las cifras de solicitudes de empleo realizadas por trabajadores, frente a la demanda de contratación realizada por los empresarios en ese mismo período: la diferencia oscila entre un exceso de 2.545.300 solicitudes de empleo en el mejor año (1990) y los 3.268.400 del peor (1988, cifra muy similar a la de 1991). Boletín de Estadísticas Laborales, noviembre 1993.
- (15) Esta es la terminología utilizada por BAILLEAU, F.: «Mercado de trabajo y cambio de las políticas sociales en Europa», *Sociología del Trabajo*, nº 13, página 42.
- (16) El desempleo registrado en nuestro país durante 1993, hasta octubre es de 2.506.900, lo que supone un aumento de más de un cuarto de millón de desempleados respecto de 1992.
- (17) MALO DE MOLINA, J.L.: «La flexibilidad del mercado de trabajo desde la perspectiva de la política económica», *Relaciones Laborales*, nº 3, de 1987.
- (18) Siguiendo a SAGARDOY BENGOCHEA, por flexibilidad interna nos referimos a la reestructuración del tiempo de trabajo, movilidad funcional y flexibilidad salarial. En la flexibilidad externa se comprende tanto la extinción del contrato como el uso del contrato temporal. «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral», *Relaciones Laborales*, nº 2, página 27.

debe sobre todo a la rigidez de los salarios reales, identificándose el encarecimiento de salarios con el desempleo (19); poniéndose el acento en lo pernicioso que resulta una subida salarial en el marco de una grave crisis económica.

Si bien lo anterior puede ser cierto, no implica que la regulación del salario sea rígida. El Estatuto de los Trabajadores se limita básicamente a concepcionar el salario (art. 26), a establecer normas que son expresión de preceptos constitucionales (la figura del salario mínimo -art. 27 ET-, expresión del derecho a una remuneración suficiente -art. 35 de la Constitución-, o la prohibición de discriminación del art. 28 ET) y a introducir reglas sobre el pago y a establecer medidas de garantía del salario.

El Decreto 2380/1973 y su Orden de desarrollo favorecen la flexibilización, pues regulan el salario como una institución compuesta, no sólo de una percepción económica por el simple hecho de trabajar un determinado número de horas, sino por todo un conjunto de componentes salariales: los complementos. Esta estructura facilita una desagregación del salario, permitiéndose la adaptación del salario a las circunstancias de la empresa. Además, la LCT de 1944, vigente con carácter reglamentario, complementa esta regulación (arts. 38 y ss) con normas referidas al trabajo a destajo, trabajo por tarea, trabajo a comisión, participación en beneficios y algunas normas «anti trust». Como elementos negativos, podría afirmarse que estamos ante una regulación poco homogénea, dispersa, e incluso en algunos aspectos bastante antigua; pero no implica ni mucho menos que sea una normativa rígida. El problema no está tanto en la normativa sino en el uso que de ella se ha realizado por parte de los actores sociales. Las críticas pueden centrarse básicamente en dos aspectos esenciales:

- La escasa relevancia dada a determinados complementos: los pagados por calidad o cantidad de trabajo. Desde la perspectiva de condicionar todo a la competitividad se pretende una mayor relación entre el salario y la productividad del trabajador, de ahí las constantes llamadas de atención a los sindicatos para que faciliten una mayor valoración de este complemento en la negociación salarial y lograr una mayor correspondencia entre el coste salarial y la productividad (20),

- (19) En esta dirección MALO DE MOLINA, J.L.: «La flexibilidad del mercado de trabajo desde la perspectiva de la política económica», *Relaciones Laborales*, nº 3 de 1987, página 107. Según SAGARDOY BENGOCHEA, este uno de los postulados económicos neoliberales tradicionales; «Hacia una concepción positiva...», op. cit., página 11.
- (20) En este sentido el informe de la OCDE: *Políticas de mercado de trabajo para la década de los noventa*, publicado por el Ministerio de Trabajo, Madrid 1991, página 41. En todo caso ha de observarse una cierta modalización, pues si bien este es el punto de partida del informe, también se prevé ligar remuneración con formación, por la vía de vincular la remuneración con «la capacitación general y no con los resultados y la productividad del momento (...) los trabajadores serían remunerados según su capacidad y no simplemente en función de su producción inmediata»; op. cit., página 150. Como elemento impeditivo de la absoluta generalización de esta pretensión ha de destacarse que hay amplios sectores de la producción en los que es

pidiéndose incluso fijar el salario sobre los resultados y beneficios de la empresa (21). Paralelamente se critica también la excesiva importancia que en determinados ámbitos laborales se concede a un complemento como el de antigüedad, que premia la estabilización del trabajador en la empresa cuando se atraviesa un momento de cambio e inestabilidad (22).

- El otro aspecto que está recibiendo más fuertes críticas es la política seguida por los sindicatos de exigir incrementos salariales reales por encima de los IPC anuales. Esta ha sido una gran preocupación de los economistas: la rigidez en el constante crecimiento salarial, de ahí que uno de los principales objetivos que se marcó el Gobierno fuese lograr un pacto de rentas (23). Lo que se persigue es reducir el coste laboral para lograr dos objetivos: a) aumentar los beneficios empresariales para generar así más empleo; b) aumentar la competitividad de las empresas.

Somos partidarios de la contención salarial en una situación de inestabilidad económica como la que vivimos; ahora bien, no somos de la opinión de que sea cierta la regla «menor salario = más empleo». El incremento del beneficio logrado por la reducción de salario puede ir destinado a fines muy diferentes: aumento del consumo o del lujo empresarial, financiar inversiones especulativas, o incluso sustituir empleo estable por trabajo temporal (24). Para que la contención salarial produzca efectos positivos sobre el mercado de trabajo ha de establecerse un efectivo control de la reinversión de los beneficios logrados.

Han de tenerse en cuenta los efectos negativos que sobre una economía en crisis tiene una drástica reducción de salarios, pues forman uno de los elementos sustanciales de los que depende la demanda y el consumo interior, de manera que

muy difícil el control de la productividad, ya sea por motivos tecnológicos o por la organización del trabajo; en esta misma dirección se expresa RECIO, A.: *Capitalismo y formas de contratación laboral*, op. cit., página 243.

- (21) En este sentido la propuesta que dirigió el Gobierno al CES. Desde una posición crítica con esta postura puede verse a DENEUBOURG, C.: *Desempleo y flexibilidad del mercado laboral en los Países Bajos*, Ministerio de Trabajo, Madrid 1991, página 236 y ss.
- (22) Desde una posición crítica con el complemento de antigüedad, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: Op. cit., página 12.
- (23) De esta manera se conseguiría evitar que el coste laboral fuese considerado «un activo inmovilizado, con una inversión «casi fija»». VALDES DAL-RE, F.: «Flexibilidad en el mercado de trabajo y ordenamiento laboral», *Temas Laborales*, nº 22, página 304.
- (24) RECIO, A.: «Flexibilidad, eficiencia ...», op. cit., página 86.
- (25) De esta manera puede establecerse una regla diferente a la que veíamos antes: «mayor salario = mayor consumo = mayor producción = más empleo». En este sentido han de recordarse las palabras del mismo ADAM SMITH: «Ninguna sociedad puede florecer y considerarse feliz cuando la mayor parte de sus miembros es pobre y miserable», «An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations», Clarendon Press, Oxford 1976, página 96.

mientras más bajo será el salario, menor será el nivel de consumo y más se acentuará la crisis económica, por lo que no es deseable una pérdida salarial (25). Hay por tanto varias posibilidades en cuanto a los efectos económicos que el salario puede tener y en ambos casos puede defenderse la lógica de los razonamientos (26).

Probablemente el mejor planteamiento para lograr una mejor adaptación de las necesidades salariales a la situación económica pase por un proceso de negociación colectiva sobre la realidad económica actual y superar el rígido esquema de limitarse a introducir mejoras salariales sobre mejoras de los años anteriores, como si fuesen límites que deben ser necesariamente superados año a año, fomentándose la fijación de salario sobre la productividad del trabajador (27). No entendemos tan necesarios los cambios de carácter normativo, pues la regulación del salario no es realmente rígida (28), aunque sí mejorable.

2. Regulación de jornada y flexibilidad

Al igual que en materia de salario, la regulación del Estatuto de los Trabajadores en esta materia no es excesivamente rígida, dejando un amplio margen a la negociación colectiva (29). Básicamente la regulación de la jornada implica el establecimiento de límites: 40 horas semanales, 9 horas diarias y 12 horas entre jornada y jornada. En sí mismos estos límites son lógicos y tienen como finalidad última velar por el estado físico de los trabajadores, repercutiendo

-
- (26) MARTIN SECO, J.F.: «Quiebra del modelo económico español», en VV.AA.: *La larga noche neoliberal*, Instituto Sindical de Estudios, Madrid 1993, página 170.
- (27) En este sentido la posición actual se inclina por considerar deseable una negociación de estructura descentralizada, acercándose lo más posible a la realidad de cada empresa; así, RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: «Ley y convenio colectivo en la reforma del mercado de trabajo», *Relaciones Laborales*, nº 14 de 1989, página 6; de igual modo el informe de la OCDE «Políticas de mercado de trabajo para la década de los noventa», op. cit., página 41. De todas maneras no consideramos totalmente acertado afirmar que la estructura ideal, con carácter absolutamente general, debe ser la negociación a nivel empresarial, incluso durante largo tiempo la experiencia de limitación salarial vino protagonizada por la vía de los grandes acuerdos; así, GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, E.: «Recomposición del sistema económico y Derecho del Trabajo», en VV.AA. *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, I Jornadas de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1984, página 24.
- (28) Así, RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: «El origen de esas rigideces en muchos casos no está en las reglas legales, sino en costumbres, culturas, tradiciones y puntos de vista, que difícilmente podrían superarse mediante simples modificaciones legislativas». «Ley y convenio colectivo en la reforma del mercado de trabajo», op. cit., página 5.
- (29) De la misma opinión SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Flexibilidad laboral ...», op. cit., páginas 19-20.

positivamente sobre la empresa en forma de un rendimiento adecuado. El más problemático es el semanal, que puede esclerotizar las necesidades empresariales; sin embargo el art. 36 del ET permite su superación cuando la jornada se establezca una jornada anual en convenio. También sería factible eliminar el límite diario, pero con exclusión de aquellas actividades que exijan un determinado grado de esfuerzo físico.

La regulación reconoce figuras tales como el horario flexible, el trabajo a turnos, el contrato a tiempo parcial, las horas extraordinarias, e incluso el RD 2001/1983 prevé la posibilidad de jornadas especiales para actividades a las que resulte contraproducente la regulación general; en este último caso si parece conveniente una ampliación de los supuestos de jornada especial para lograr una mayor adaptación a las necesidades actuales.

La regulación de jornada se ve afectada por dos cuestiones de radical importancia:

a) La reducción de la jornada. Ha de reconocerse la validez de esta medida como mecanismo de solución de carácter coyuntural y aplicado de manera puntual a empresas que atraviesan períodos de crisis. Desde la perspectiva empresarial permite una reducción del coste sin tener que acudir al despido; siendo generalmente aceptadas por los trabajadores por ser un mal menor, pero también por el acceso a las prestaciones de desempleo parcial.

Otra forma de ver el problema es utilizando esta medida para obtener un mejor reparto del trabajo existente: una jornada menor supone una mayor necesidad de mano de obra para mantener la misma producción. El problema es que se choca con los intereses de los trabajadores, que se niegan a sufrir pérdidas salariales de manera generalizada. Ha de repararse además en los efectos perniciosos de su aplicación a todo el ámbito del mercado de trabajo, pues al suponer una reducción de salario implica una disminución del nivel de consumo y de la demanda. Por otra parte, la doctrina laboral ha expresado sus dudas acerca de que esta medida genere más empleo y reduzca el número de despidos (30). No creemos posible una reducción generalizada de la jornada y proporcional del salario por las dificultades que conllevaría; en la actualidad, la reducción de la jornada se interpreta más como una aspiración de los trabajadores que como mecanismo de reparto del empleo.

b) La distribución de la jornada. Hoy la problemática reside aquí, no se discute tanto la cantidad sino como se distribuye y las facultades que aquí tiene el empresario. La cuestión se dilucida en nuestro ordenamiento por la vía de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, que imponen un proceso de negociación, y en caso de falta de acuerdo decidirá la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo.

Desde nuestro punto de vista creemos positiva la desaparición de la autorización administrativa, reforzándose la fase negociadora. Entendemos que debe

(30) Puede verse en este sentido a DÄUBLER, W.: «Nuove tecnologie: Un nuovo Diritto del Lavoro?», *Giornale di Diritto del Lavoro*, 1985, página 77.

primarse el justificado interés empresarial sobre el laboral de mantener una jornada u horario absolutamente inalterable; ahora bien, siempre dentro de unos lógicos márgenes, pues estamos asistiendo a una modificación de las condiciones inicialmente pactadas por parte sólo de uno de los contratantes:

1) En primer lugar, han de existir esas «probadas razones» del art. 41 para modificar las condiciones contractuales, debiendo probarse en el proceso de negociación.

2) La decisión empresarial podrá ser sometida a revisión judicial, tanto respecto de las causas que la motivan, como de la proporcionalidad de la medida. En este sentido es interesante mantener el informe previo de la Inspección de Trabajo.

3) Debido a que es una modificación introducida por el empresario, sin acuerdo con los trabajadores, éste debe hacerse cargo de los perjuicios que a éstos les causa su decisión; es conveniente, por tanto, mantener la extinción indemnizada del contrato por deseo del trabajador.

Dentro de la distribución de la jornada hay que señalar dos problemas sobre los que también se ha producido una fuerte polémica: el contrato a tiempo parcial y las horas extras. En cuanto al primero, es un mecanismo por el que se logrará una mayor adaptación a las necesidades de la empresa, y procurar una sustitución de las horas extras por esta vía. El Real Decreto-Ley 18/1993 ha establecido una nueva regulación con importantes innovaciones:

1) Se amplía el concepto de contrato a tiempo parcial. La definición del RD 1991/84 incluía bajo este nombre a aquéllos en los que el trabajador realizaba una prestación inferior a las 2/3 partes de la jornada habitual en la actividad. El art. 4 del RD-Ley considera contrato a tiempo parcial cualquiera que se celebre por debajo de la jornada habitual en la actividad, lo que implicará una mayor facilidad a la hora de ceñirse a las exactas necesidades de la empresa. La mayor expresión de esta ampliación es la desaparición como figura independiente de los contratos fijos discontinuos, que a tenor de la nueva regulación son siempre contratos a tiempo parcial (31).

2) Se destruye la presunción «iuris tantum» de indefinición (art. 3 del RD 1991/84). El art. 4 del RD-Ley 18/1993 establece que se «entenderá» indefinido siempre que se concierte para realizar trabajos «fijos y periódicos» en la empresa. Surge así la duda de si se refiere al contrato fijo discontinuo, y así es dada la referencia a la periodicidad del trabajo. De manera anómala se distinguen los contratos fijos discontinuos de ejecución periódica y los que se realizan sin fecha cierta, porque sólo de los segundos se predica el despido ante la falta de llamamiento o convocatoria; sin embargo somos de la opinión que la regla debe ser de aplicación general a todos los contratos fijos discontinuos. Es evidente que la figura del contrato fijo discontinuo a tiempo parcial ofrece las mayores posibilidades de adaptación de la jornada a las necesidades empresariales, lo que supone una norma claramente flexibilizadora.

(31) La Disposición Derogatoria del Real Decreto 2317/93 deroga expresamente la regulación de los contratos fijos discontinuos contenida en el RD 2104/84.

3) La regla más criticable es la referente a la cotización y protección de seguridad social. Por una parte se afirma que la cotización dependerá del salario percibido por las horas efectivamente trabajadas, norma que coincide con el art. 4º del RD 1991/84; lo que no coincide es que si el trabajador no realiza una prestación de al menos 12 horas a la semana o 48 al mes, la protección de seguridad social sólo incluirá las prestaciones derivadas de riesgos profesionales, la asistencia sanitaria por contingencias comunes y FGS (32). Esta norma nos plantea serias dudas en cuanto a su licitud constitucional, la diferencia consistente en trabajar más o menos horas a la semana o al mes no es un elemento objetivo suficiente como para establecer un trato desigual, máxime en un tema tan delicado y trascendental como la protección social. Salvo este último dato crítico, entendemos que es una regulación aceptable, pues profundiza en una mejor adaptación del factor trabajo a las necesidades empresariales.

4) El RD 2317/93 de desarrollo del Real Decreto-Ley introduce la regla de que los trabajadores que realizan su tarea a tiempo parcial tienen los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, salvo las peculiaridades que, en función del tiempo de trabajo, estén establecidas por ley (el RD-Ley o el Estatuto de los Trabajadores) o la negociación colectiva. Esta norma suple a las distintas menciones específicas establecidas en el art. 2 del RD 1991/84.

Respecto al contrato de relevo, sólo resaltamos una acertada precisión jurídica del RD-Ley: se podrá celebrar el contrato cuando el trabajador que será jubilado parcialmente reúna las condiciones (menos la edad) para tener derecho a la pensión *contributiva* de jubilación.

En cuanto a las horas extras, diversas han sido las propuestas, desde su eliminación hasta la supresión del recargo salarial. Parece evidente que el principio de distribución del empleo juega en contra de su existencia, pero es obvio que a través de las mismas se da solución a situaciones imprevistas (ya sea de producción o actividades de salvamento o prevención). El problema estriba en que los empresarios las utilizan como un elemento ordinario, y los trabajadores las consideran como un incremento retributivo absolutamente deseable (33). Nuestra posición es la de mantenerlas pero con una doble reducción, tanto referida al número máximo como en los supuestos en que puedan ser utilizadas, que abarcaría sólo a situaciones en las que haya una verdadera necesidad y éstas sean inexcusables (sólo las motivadas por fuerza mayor y por imperiosa necesidad de producción) (34). Esto facilitará la sustitución de las horas extras por contratos a

(32) La regla de limitación de la protección en materia de seguridad social parece tener su origen en la opinión sustentada por el profesor OJEDA AVILES en un artículo publicado en el periódico *El País*, en fecha 23 de agosto de 1993.

(33) Estos aspectos fueron destacados por la propuesta de Dictamen del Consejo Económico y Social sobre la reforma del mercado de trabajo (página 22) como principal elemento negativo de la utilización de las horas extras.

(34) En realidad, tal como resalta GARCIA MURCIA, la flexibilización de los límites de jornada harán que las horas extras puedan ser innecesarias; «Perspectivas de la

tiempo parcial. Otro mecanismo limitador de la hora extra opera desde la perspectiva contraria, desincentivando al trabajador para no hacerlas; consiste en que por convenio se sustituya el incremento salarial por períodos de descanso, una posibilidad que establece nuestro ordenamiento pero que apenas se utiliza. Más problemática parece la eliminación o reducción del incremento salarial (35), pues si bien es un instrumento adecuado para desincentivar a los trabajadores a su realización, por contra fomenta su uso entre los empresarios, que con la regulación actual han hecho un abundante uso de las mismas.

3. Movilidad

A diferencia de salario y jornada, la regulación de la movilidad es considerada acertadamente como bastante rígida. Por movilidad nos referimos a las modificaciones o cambios de la prestación de trabajo que realiza el empresario para adaptar el factor trabajo a las necesidades organizativas de la empresa. Incluye las facultades, tanto ordinarias como extraordinarias, del empresario para especificar la prestación laboral en cada momento: la movilidad funcional, geográfica o las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

La movilidad puede ser uno de los instrumentos que jueguen un papel de mayor importancia en una situación de crisis de empleo, siendo un instrumento muy eficiente para evitar la extinción de contratos de trabajo, pues mientras mayor sea la facultad empresarial de reorganizarse menos tendrá que acudir al despido; por contra hay que afirmar que no es un elemento que tenga una importancia específica en la generación de empleo.

En líneas generales, todo trabajador es contratado con una determinada clasificación profesional por la que se le atribuyen unas concretas funciones (art. 16.3 ET), y el empresario puede disponer de los trabajadores siempre que actúe dentro de los límites legales de la movilidad funcional (art. 39 ET: pertenencia al grupo profesional, titulación habilitante, respeto a los derechos profesionales económicos (36)). El principal impedimento a la movilidad funcional es el establecimiento de categorías o grupos de trabajadores que funcionan con

reforma del mercado de trabajo», Ponencia presentada a las XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Granada 9 de diciembre de 1993, página 40.

(35) Pese a que la regulación legal estableciese el abono de las horas extras con un incremento de al menos el 75% del valor de la hora ordinaria, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de su reducción por convenio colectivo; así, las ST TS de 1 de enero y 30 de diciembre, ambas de 1992, Ar 35 y 10380 respectivamente.

(36) Existe la posibilidad de superar esos límites de manera temporal si es en una categoría inferior, a través del «ius variandi» (art. 23 ET, siempre que haya motivos perentorios e imprevisibles, por el tiempo indispensable y manteniendo al trabajador en sus derechos económicos y profesionales. También puede modificarse a una categoría superior, pudiendo consolidarse la misma, así como sus derechos.

obstáculo a las facultades empresariales y mecanismo para lograr la estabilidad laboral (37).

La principal propuesta en esta materia consiste en establecer una segmentación de funciones mucho más flexible, así como fomentar la polivalencia de los trabajadores, aunque este aspecto está más relacionado con la formación profesional (38). En este sentido, debe operarse una reforma en profundidad de la variada y compleja terminología utilizada por el legislador que sólo produce confusión: clasificación (art. 16.3), categoría (art. 23.3 y 24) y grupo (art. 39) (39). La regulación del Estatuto de los Trabajadores introdujo el concepto de grupo profesional, lo que supuso un importante elemento de flexibilización (40), pues se trata de un concepto más amplio que el de categoría, siendo juzgado por la doctrina como suficientemente flexible y adecuado (41). Ha de profundizarse en

- (37) Ha de aclararse que esta división no surge a instancia de los trabajadores para impedir el ejercicio de facultades de los empresarios, sino que originariamente obedece a la especialización en el trabajo que trajo consigo la revolución industrial como elemento imprescindible para el correcto funcionamiento productivo.
- (38) Esto demuestra la íntima relación entre movilidad y formación profesional del trabajador: para que funcione eficazmente la movilidad el trabajador debe tener la suficiente cualificación para desempeñar diferentes puestos de trabajo; esto tiene a su vez mucho que ver con la mejora de la producción y el aumento de la competitividad de las empresas. Creemos necesario que una flexibilización de la movilidad debe llevar aparejada un aumento de la formación, por lo que es indispensable establecer mecanismos de formación a través de la negociación colectiva; en este sentido se mueve el Acuerdo Nacional de Formación Continua, firmado el 16 de Diciembre de 1992 y el Programa Nacional de Formación Profesional, aprobado por el Consejo General de Formación Profesional el 3 de febrero de 1993. De igual manera se ha incrementado el papel de la formación en la negociación colectiva, sirve de ejemplo los distintos acuerdos a los que se ha llegado en esta materia durante el año 1993: Acuerdos Nacionales de formación profesional continua en los sectores de las Industrias de Alimentación y Bebidas (BOE 4-5-93), Metal (BOE 3-6-93), Hostelería (BOE 3-6-93), Centros de Asistencia, Diagnóstico, Rehabilitación y Promoción de Minusválidos, (BOE 3-6-93), Construcción (BOE 7-6-93), Actividades Agrarias, Forestales y Pecuarias (BOE 6-8-93), Enseñanza Privada (BOE 3-9-93), Artes Gráficas, Manipulados de Papel y Cartón (BOE 15-9-93), Autoescuelas (BOE 17-9-93), Comercio (BOE 24-9-93), Centros de Asistencia y Educación Infantil (BOE 25-11-93) y Recogida de Basuras (BOE 9-12-93)
- (39) RODRIGUEZ-PIÑERO habla de que en el Estatuto de los Trabajadores conviven dos lógicas bien distintas: «la lógica del sistema tradicional de categorías profesionales cerradas, que sólo permite cambios transitorios, compensados y justificados respecto al trabajo de distinta categoría, y la lógica de un sistema más abierto de grupos profesionales», «Ordenación y flexibilidad ...», op. cit., página 7.
- (40) En este sentido RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: «Ordenación y Flexibilidad ...», op. cit., página 6.
- (41) Esta es la opinión de SALA FRANCO, T.: «Las claves para una reforma de la regulación de la movilidad funcional», *Relaciones Laborales*, nº 16-17 de 1993, página 40.

la distinción e imponer normativamente el grupo como concepto básico sobre el que ha de girar la regulación de esta materia (42).

Pese a la introducción normativa del concepto de grupo profesional no se ha producido el deseable desarrollo por la negociación colectiva, sino que se ha preferido aplicar lo dispuesto en esta materia en las antiguas Ordenanzas Laborales (DT 2ª del ET), originando una importante distorsión que es el principal problema de la movilidad funcional. La principal propuesta gubernamental consiste en suprimir las Ordenanzas y sustituirlas por los grupos de cotización a la seguridad social, hasta su regulación por convenio colectivo para obligar a su negociación. No creemos en soluciones artificiales ni impuestas a los actores sociales, además los grupos de cotización nada tienen que ver con el concepto de grupo profesional del art. 39 ET, lo que supondría una modificación misma de esta figura. Una supresión por las buenas generaría una laguna importante pues se perdería el marco de referencia para el funcionamiento de la movilidad: ¿en qué grupo profesional se contrata al trabajador si es que se suprimen las Ordenanzas sin un sustituto válido?, ¿Cómo funcionaría la movilidad sin ese referente?

Nos mostramos de acuerdo con SALA FRANCO, partidario de un acuerdo negociado entre empresarios y representantes de los trabajadores, estableciendo para el caso de fracaso un sistema de arbitraje, permitiendo que un acuerdo posterior derogue el laudo arbitral (43).

En cuanto a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (permanentes y no sólo temporales) ya comentamos el procedimiento con anterioridad, y sugerimos la desaparición de la autorización administrativa, opinión que creemos extensible a la movilidad geográfica, que no es más que un tipo de movilidad sustancial (44).

Otra solución a las necesidades de movilidad consiste en monetizarla tanto

- (42) Ha de recordarse la posibilidad de que la movilidad funcional no tenga origen unilateral, sino por mutuo acuerdo, en cuyo caso han de respetarse determinados límites: que el pacto no sea abusivo, que respete las normas de derecho necesario y que no se alteren los derechos indisponibles. En este sentido GARATE CASTRO, J.: «Movilidad funcional en la empresa», *Actualidad Laboral*, nº 36 de 1993, página 642.
- (43) «Las claves para una reforma de la regulación ...», op. cit., página 43. Esta es la solución a la que también llegó la propuesta, no aprobada, de dictamen del Consejo Económico y Social en materia de reforma del mercado de trabajo.
- (44) También es posible que se establezca un pacto de movilidad «funcional» a través de la negociación colectiva (art. 2.4 RD 696/1980). Este pacto, por su ubicación normativa, esta referido a las modificaciones sustanciales, solución que entendemos ha de fomentarse tal como anteriormente señalamos en materia de modificaciones de jornada u horario. En materia de movilidad geográfica debe tenerse en cuenta la interesante propuesta del Gobierno realizada a través del documento sometido a dictamen del CES, que en consonancia con el Programa de Convergencia proponía complementar las medidas laborales con actuaciones tendentes a facilitar el acceso a la vivienda de trabajadores sometidos a desplazamientos geográficos.

por la vía de pagar por aquellas circunstancias que hacen poco atractivo el cambio de puesto de trabajo, como la instauración de un sistema salarial en que los emolumentos del trabajador tengan como una de las referencias básicas al puesto de trabajo que ocupa en cada momento. Esta solución presenta graves inconvenientes, pues fomenta la movilidad a través de incrementar el salario, que si bien es aceptable en una época de expansión económica (45), parece poco adecuado a una situación de crisis.

III. MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD EXTERNA

1. La extinción del contrato de trabajo

Dos han sido los mecanismos utilizados por los empresarios en los recientes períodos de crisis e inestabilidad económica: el recurso a la contratación temporal y la destrucción de puestos de trabajo a través del despido como medida de saneamiento de la empresa (46).

En cuanto al despido disciplinario, se ha producido todo un proceso de flexibilización desde la Ley de Relaciones Laborales, que establecía un régimen de estabilidad real. El Estatuto de los Trabajadores consagró la estabilidad meramente obligatoria, el despido objetivo y la indemnización tasada y no fijada por el Juez a tenor de las circunstancias de cada caso (47).

Esta normativa flexibilizadora ha tenido importantes efectos secundarios: por un lado, el principio de causalidad se ha desplazado del despido a la indemnización: hoy día no se exige justa causa para extinguir, sino para no

(45) Consideramos que la regla general debe ser la monetización de la movilidad funcional, pues tal como afirmaba DIEGUEZ CUERVO, si la reorganización empresarial consistente en alterar las condiciones originales de la prestación generan beneficios para el empresario, es lógico que el trabajador, sujeto que ha visto alteradas esas condiciones, participe del mismo. «Salarios y Productividad», en VV.AA., *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, op. cit., página 139.

(46) Basta recordar que en los últimos 10 años (de 1983 a julio de 1993) se han resuelto por los Tribunales de lo Social 565.143 casos de despido; las conciliaciones por despido han sido 2.673.482, de ellas 1.737.931 acabaron en avenencia; los trabajadores afectados por expedientes de extinción colectiva ascienden a 688.186. Las cifras son suficientemente ilustrativas: entre 1983 y 1993 casi 4 millones de trabajadores se han visto afectados por despidos. Las cifras han sido extraídas del Boletín de Estadísticas Laborales correspondientes al mes de noviembre de 1993.

(47) Para CASAS BAAMONDE, M.E., BAYLOS GRAU, A. y ESCUDERO RODRIGUEZ, R., la evolución normativa del despido y en concreto del Estatuto de los Trabajadores ha consagrado el que «la liberalización del despido forma parte, como valor no cuestionado, de la «legislación de la flexibilidad» de estos últimos años». «Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo Español», *Relaciones Laborales*, nº 23 de 1987, página 25.

indemnizar. Por otra parte, la técnica de tasar la indemnización, concebida con una finalidad de facilitar el despido, ha evolucionado en dirección contraria y se ha configurado como un mínimo legal sobre el que negociar la extinción (48). No somos partidarios de la reducción de esta cuantía, pues no olvidemos que en el despido disciplinario se abona por la ausencia de justa causa, la indemnización no es un «coste» sino una sanción, disminuirla supondría no sólo abaratar el coste, sino facilitar actuaciones empresariales al margen de la legalidad.

Mayores polémicas ha despertado el despido colectivo. La regulación española establece un proceso con dos fases diferenciadas: una primera de negociación y, en caso de fracasar ésta, es la Administración laboral quien decide aceptar o no el despido colectivo. La polémica ha girado en torno a la continuidad de la autorización administrativa. El Gobierno se comprometió en el AES a incorporar el acervo comunitario en esta materia: es decir, la Directiva de 27 de febrero de 1975 (75/129) (49), que no exige la autorización administrativa, sino simple conocimiento del propósito empresarial y del proceso de negociación por la autoridad laboral. Sin embargo, se ha resistido a derogar la autorización, argumentando que la Directiva exceptúa las regulaciones más favorables para los trabajadores.

El problema no reside en si es aceptable y necesaria la autorización administrativa, pues la administración no se ha constituido como una traba importante a la hora de acudir al despido colectivo, incluso en fase de negociación se aprueban gran cantidad de despidos (50). Donde estriban las críticas es en el hecho de que los representantes de los trabajadores utilizan la necesidad de autorización para incrementar la indemnización por encima de lo fijado en la Ley; lo que incrementa el coste de la extinción hasta igualarlo con los despidos disciplinarios (51). La cuestión es si debe eliminarse la autorización administrativa.

En principio rechazamos que la autorización sea contraria a la libertad de empresa (52) y entendemos que el planteamiento debe ponerse en relación con la pregunta de si la eliminación de la autorización supondrá la contención del coste por despido colectivo. Somos escépticos, ya que la desaparición de la autorización no elimina un posterior control de la jurisdicción social sino que lo

(48) Desde este punto de vista RODRIGUEZ-PIÑERO entiende que el Estatuto de los Trabajadores, «que tuvo un claro propósito flexibilizador, ha introducido rigideces en nuestro sistema de despido que no existían en períodos anteriores», «Ordenación y flexibilidad ...», op. cit., página 6.

(49) Recientemente reformada por la 92/56.

(50) En 1992, de los 7.273 expedientes de regulación de empleo autorizados, que perseguían el despido, 6439 fueron pactados y sólo 834 no lo fueron. Hasta agosto de 1993, de los 8.923, 8.105 fueron pactados y sólo 818 no lo fueron.

(51) Así lo ha demostrado SERRANO, J.: «Un año crítico para el mercado de trabajo español», *Relaciones Laborales*, nº 10 de 1993, página 89.

(52) GARCIA MURCIA ha expresado recientemente sus dudas acerca de esta cuestión en su ponencia «Perspectivas jurídicas de reforma del mercado de trabajo» a las XII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, página 45 del original.

acentúa; más aun, se haría desaparecer una instancia administrativa, conocedora de las vicisitudes de las crisis económicas que originan los despidos colectivos y se sustituiría por otra no precisamente experta y sin los medios necesarios para el control de la misma, lo que puede alargar más la decisión final en torno a la licitud de los despidos colectivos. En el mejor de los casos, cabe preguntarse si la desaparición del control administrativo no desencadenaría una cascada de despidos colectivos centrados en trabajadores fijos, con la idea de una posterior sustitución por trabajo eventual. Por último ha de recordarse que la Administración puede defender un interés público que justifica el control administrativo: el acceso de los trabajadores a las prestaciones de desempleo.

En los últimos días circula en nuestro país un texto sobre una posible reforma del Estatuto de los Trabajadores (53). Con las necesarias reservas, podemos hacer referencia a algún aspecto relevante. De entrada, el concepto mismo del despido colectivo se adapta a la normativa comunitaria que, tal como destacaba GOERLICH PESET (54), implica a tres elementos: extinción a iniciativa empresarial, basada en circunstancias estrictamente causales y a tenor de un elemento cuantitativo, el número o porcentaje de trabajadores despedidos en un determinado plazo de tiempo (90 días) (55). Esto significa reducir el concepto del despido colectivo al excluir a todos aquéllos que sean inferiores al número fijado por la normativa. Los supuestos no incluidos bajo el concepto de despido colectivo serán conceptuados como despidos objetivos por amortización de puestos de trabajo; lo que generará una colectivización de un tipo de despido que era netamente individual y que queda con una naturaleza intermedia entre el individual y el colectivo.

En segundo lugar, se introducen nuevas causas de despido colectivo: las organizativas y las de producción. En realidad no es una novedad, pues éstas no son sino especificaciones de las causas tecnológicas o económicas. Por último, las actuaciones empresariales consistentes en realizar reiterados despidos que no alcancen el número máximo para que se aplique la normativa sobre despido colectivo, serán considerados en fraude de ley y declarados nulos. De llevarse a cabo esta normativa supondría la introducción expresa de la doctrina del despido nulo por fraude de ley, lo cual no debe sino alegrarnos.

2. Contratación temporal

Si en nuestro país se ha aplicado con intensidad un mecanismo de flexibilidad

(53) Nos referimos al publicado en el periódico *El País* los días 9 y 10 de diciembre de 1993.

(54) «Informe técnico-jurídico sobre el despido colectivo en la Europa comunitaria», *Actualidad Laboral*, nº 11 de 1993, página 173.

(55) En concreto se habla de considerar despido colectivo cuando se despida en un período de 90 días al menos a 10 trabajadores en las empresas que ocupen menos de 100, el 10% de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores o 30 trabajadores en empresas que ocupen a 300 o más trabajadores.

ese ha sido la contratación temporal. Basta recordar los datos sobre la cantidad de contratos temporales que se han producido en nuestro país para comprobar la certeza de la afirmación (56). Esta cifra también nos constata que empresarios y representantes de los trabajadores han preferido esta vía en vez de los ajustes salariales para adaptarse a las necesidades del mercado; en este sentido puede hablarse ciertamente de una vía española hacia la flexibilidad.

La reforma de 1984 se introdujo por parte del Gobierno con el convencimiento de ser el único mecanismo adecuado para lograr «el crecimiento y el desarrollo económico y social» (57). Se parte de la base de que los empresarios contratarán más trabajadores mientras más facilidades tengan para extinguir el contrato, eliminando la estabilidad y limitando las responsabilidades económicas derivadas de la extinción (58). Se adecúa así la producción a las variaciones de la demanda. La consigna es precarizar para crecer; el ejemplo más claro es haber admitido la contratación temporal sin exigir causa alguna que la justifique, nos referimos al contrato temporal de fomento.

La cuestión a resolver es si la introducción de la precarización más feroz ha dado los frutos esperados y compensa ese esfuerzo o carga que normativamente se ha exigido a los trabajadores. En este punto cabe afirmar que, si bien es cierto que la temporalización de la relación ha permitido aumentar espectacularmente la contratación laboral, sin embargo hay todo un mar de dudas en cuanto a los efectos positivos.

El mismo hecho de la generalización de este tipo de contratos nos plantea serias dudas sobre las posibles desviaciones indeseables que hayan podido producirse. Los elevadísimos niveles de fraude detectados a través de la jurisprudencia laboral demuestran que se ha producido un uso perverso de la contratación temporal.

(56) En cifras globales, la contratación temporal en los últimos 5 años ha supuesto más del 93% de las contrataciones totales celebradas en nuestro país:

Año	C. Temporales	C. Totales	%
1988	4.483.999	4.714.332	95,2
1989	5.099.927	5.356.732	95,3
1990	5.251.659	5.532.673	95
1991	5.241.990	5.522.518	95
1992	4.872.053	5.16.795	94,5
1993	2.841.326	3.036.984	93,6

Estas cifras han sido obtenidas del *Boletín de Estadísticas Laborales* de noviembre de 1993. Las cifras referentes a 1993 tan sólo comprenden de enero a agosto.

(57) CASA BAAMONDE, M.E., BAYLOS GRAU, A. y ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: Op. cit., página 23.

(58) En este sentido se expresa MONTOYA MELGAR, A.: «La estabilidad en el empleo y la reforma socialista del Estatuto de los Trabajadores», *Revista de Derecho del Trabajo*, nº 76, página 75. De igual manera MARIN CORREA, J.M.: «Estabilidad en el empleo y contrato temporal», *Actualidad Laboral*, nº 25 de 1991, página 1.243.

Por la vía de la precarización se puede fácilmente obtener lo que el ordenamiento niega: la flexibilidad absoluta de las relaciones laborales. Bajo la amenaza de ver extinguidos y no prorrogados los contratos se consigue que el trabajador admita condiciones de trabajo muy inferiores a las legalmente establecidas. Es lógico pues que acepte condiciones de trabajo que serían rechazadas legítimamente por cualquier otro trabajador; esta situación ha sido bautizada por los propios economistas como «empleos de baja calidad» (59).

Por otra parte, al pender la prórroga sobre la cabeza del trabajador a modo de espada de Damocles, aquél que sufre la contratación temporal suele ser «por esencia de su situación, un trabajador sumiso, no proclive ni a reivindicaciones, ni tan siquiera a reclamar sus derechos» (60). Esto demuestra lo delicado de la estructura de nuestro sistema de relaciones laborales y que a través de un elemento como la facilitación del mecanismo de salida puede llegar a alterar el entero contenido de la relación laboral.

A esta situación debemos sumar que la contratación temporal, generalmente de escasa duración, va unida muchas veces a una amplia gama de conductas fraudulentas, utilizándose para cubrir necesidades permanentes de las empresas, abaratando drásticamente los costes laborales: contratos para la formación sin formación o para tareas en las que no es necesaria en absoluto, contratos a tiempo parcial con prestación de trabajo a tiempo completo, prestaciones de trabajo de categoría superior para la que ha sido contratado y un largo etc. de comportamientos absolutamente reprobables. Por si fuera poco, nada ha impedido que el beneficio económico ocasionado se haya destinado a sustituir trabajo indefinido por temporal (61).

Frente a esta situación, el control administrativo brilla por su ausencia (62), poco o casi nada pueden hacer los jueces de lo social ante situaciones en las que apenas si hay constatación probatoria (63); además, el control de los representantes de los trabajadores establecido por la Ley 2/1991 de poco ha servido. Se

- (59) MUÑOZ DE BUSTILLO, R.: «Salarios, desempleo y calidad de empleo», en VV.AA. *La larga noche neoliberal*, op. cit., página 175.
- (60) MARTINEZ GARRIDO, L.: «Abusos en la contratación laboral temporal y control judicial», *Actualidad Laboral*, nº 27 de 1991, página 351.
- (61) Este es el efecto sustitución, que fue perfectamente concretado por VALDES DAL-RE, F.: «Política de empleo y protección por desempleo en España: datos para una evaluación», *Documentación Laboral*, nº 6, página 39. De igual manera, PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: «Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica», *Revista de Política Social*, nº 143, página 16.
- (62) Paradójicamente destaca que las administraciones públicas han sido uno de los principales beneficiarios de la precarización, siendo tan frecuentes las irregularidades cometidas que incluso jocosamente la doctrina ha llegado a hablar de la «patente de corso que se viene concediendo a favor de las administraciones públicas para la duración temporal de sus contratos de trabajo». MARIN CORREA, J.M.: «Estabilidad en el empleo ...», op. cit., página 1246.
- (63) En este sentido MARTINEZ GARRIDO, L.: Op. cit., página 349.

produce así una segmentación absolutamente indeseable de los trabajadores en dos grandes grupos (64): los trabajadores con contrato indefinido, que ejercen sus derechos laborales, y un segundo integrado por trabajadores precarios, absolutamente capitidisminuidos. En definitiva cabe afirmar que la contratación temporal ha servido como medio indirecto y perverso de empeorar las condiciones de trabajo y reducir los derechos de los trabajadores; por esta vía no hemos conseguido empresas flexibles, sino precarias.

Es dudoso que la temporalidad haya servido para aumentar los puestos de trabajo y su oferta: tal como afirman VALDES DAL-RE (65) y MARTINEZ EMPERADOR (66), sólo se producirá un incremento del empleo cuando comparado el número total de contratos con el de contratos temporales, el primero tenga un incremento similar al segundo (67); lo contrario significa que ha aumentado el índice de rotación sobre el mismo número de puestos de trabajo y no se ha producido un verdadero incremento (68). En este sentido cabe incluso añadir un interrogante: el crecimiento de la contratación producido entre 1985 y 1991, ¿no se habrá debido a la situación de expansión económica en vez de a la contratación temporal?

Hay que volver a plantearse la regulación en materia de contratación temporal, que es excesivamente flexible (69). Debemos centrar el tema de nuevo

- (64) Esta dualización del mercado de trabajo es destacada como elemento negativo tanto dentro como fuera de nuestras fronteras; así, RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: «Ordenación y flexibilidad del mercado de trabajo», *Relaciones Laborales*, nº 13 de 1993, página 4; DAÜBLER, W.: *Nuove tecnologie ...*, op. cit., página 73; DE NEUBOURG, C.: «Desempleo y flexibilidad ...», op. cit., página 218.
- (65) «Política de empleo y protección del desempleo ...», op. cit., páginas 40 y 41.
- (66) *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, Ministerio de Trabajo, Madrid 1983, página 231 y 232.
- (67) En nuestro país, tal como hemos comprobado con anterioridad, la contratación temporal no ha incrementado el número de contratos indefinidos, existiendo una absoluta descompensación entre unos y otros. Así, el porcentaje que representa la contratación indefinida (contratos indefinidos ordinarios, fijos discontinuos, de fomento -de minusválidos, jóvenes, mayores de 45 años y mujeres- y las conversiones en contratos indefinidos de contratos temporales) no alcanza en el mejor de los casos sino al 6'4 en 1993 (hasta agosto), decreciendo en los años anteriores: 5'5 en 1992, 5 en 1991 y 1990, 4'7 en 1989 y 1988.
- (68) Esta situación nos conduce a su vez a dos efectos indeseados: por un lado, al aumentar el índice de rotación se producirá un incremento en la extinción de contratos por transcurso del tiempo y por tanto un acrecimiento en la demanda de prestaciones de desempleo; es esta una de las explicaciones de la grave crisis financiera que tiene nuestro sistema de seguridad social. Por otra parte, la excesiva movilidad del trabajador por diferentes empleos implica una falta de adaptación a los mismos, lo que dificulta gravemente las posibilidades de formación de los trabajadores.
- (69) Cabe destacar con sorpresa los constantes llamamientos empresariales a favor de profundizar en este sistema; no entendemos que haya una necesidad y, más bien, esta reclamación se utiliza como mecanismo para presionar a los trabajadores para que otorguen concesiones en otros ámbitos.

en los contratos temporales coyunturales y su carácter causal, como vía para terminar con el fraude y el abuso generalizado que existe en este campo.

El retorno a la causalidad parecía ser el objetivo del gobierno, al menos así se afirmaba en el informe elaborado por él y sometido al dictamen del CES: «resulta necesario plantearse seriamente la conveniencia de restablecer la causalidad en las vías temporales de entrada en el mercado de trabajo a fin de que la contratación de duración determinada (...) responda a una causa que justifique su existencia» (pág. 31 del original). En los mismos términos se expresa el CES en su dictamen no aprobado: «Con referencia concreta a las distintas modalidades de contratación, el Consejo quiere afirmar la conveniencia de recuperar el denominado principio de «causalidad» de la contratación» (pág. 13 de la propuesta de dictamen).

Sin embargo, la primera respuesta, la del Real Decreto-Ley 18/1993, ha ido justamente en dirección contraria, profundizando aun más en la anterior línea negativa (70). Tres son los tipos contractuales que regula esta norma, contratos en prácticas, de aprendizaje y a tiempo parcial; del último ya tuvimos ocasión de ofrecer nuestra opinión. De la lectura de la nueva regulación del contrato en prácticas (art. 3.1) se deduce que supone un cierto adelanto respecto a la regulación de 1984:

1) La titulación exigida es la universitaria, de formación profesional de grado medio o superior, o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes; con esta última alusión entendemos que se refiere a los expedidos a través del INEM o instituciones autonómicas gracias a convenios de homologación con el INEM (71). Esto implica eliminar la interpretación excesivamente amplia que realizaba el art. 1º del RD 1992/84, a través de las cuales se llegaba a travestir absolutamente la finalidad de este contrato y se convertía en un simple contrato de duración temporal similar al de fomento.

2) La duración se ha reducido a 2 años como máximo, lo que no deja de ser positivo, pues parecería extraño que se necesite más tiempo para adquirir esos conocimientos prácticos; dentro de esos límites los convenidos colectivos, de ámbito sectorial podrán determinar más estrictamente la duración según las características del sector y las prácticas a realizar (72).

3) El salario es fijado por convenio colectivo obligatoriamente, lo que supone fomentar la negociación, no sólo del salario, sino también de la totalidad de

(70) Esto es una prueba más de las vacilaciones que se están teniendo en materia de política de empleo, pues recordemos que la última de las regulaciones en la materia referida a la contratación se produjo a través de la Ley 22/92 en la que se fomentaba la contratación indefinida.

(71) Esta parece ser la interpretación que la STS de 26 de marzo de 1990 (Ar 2343) sobre el contrato en prácticas y la que sigue parte de la doctrina laboral; así, LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, F. y VIQUEIRA PEREZ, C.: «Titulación habilitante para la celebración de un contrato de trabajo en prácticas», *Actualidad Laboral*, nº 28 de 1991, página 358.

(72) El art. 3.2 del RD 2317/1993, establece la posibilidad de dos prórrogas de al menos 6 meses y sin que pueda excederse nunca de los dos años.

aspectos de este contrato. El límite salarial mínimo es el 60 o 70% (si es el primer o segundo año de vigencia del contrato) del salario fijado en convenio, y nunca podrá ser inferior al SMI (innovación introducida por el art. 4 del RD 2317/93 de desarrollo del RD-Ley 18/93). Esto supone establecer un doble límite mínimo que redundará en un incremento de retribución respecto de los contratos realizados bajo el RD 1992/84. Es factible una reducción salarial en caso de contratar a tiempo parcial (art. 4 in fine del RD 2317/93), en todo caso parece anómalo mezclar una institución de adaptación de las necesidades empresariales, el contrato a tiempo parcial, con un contrato de carácter formativo.

4) Hay un claro intento de fomentar la actuación de la negociación colectiva: actúa en determinar la duración del contrato, puede intervenir también en la fijación de la retribución y en la fijación del período de prueba. Por último, se establece como medida de seguridad se prohíbe volver a contratar de nuevo al trabajador en prácticas y no sólo por la misma empresa, sino por cualquier otra.

Mucho más criticable es el contrato de aprendizaje, tidados por los sindicatos de «contratos basura». A este contrato acceden los que no tengan titulación académica suficiente para un contrato en prácticas; es un contrato que fija legalmente su campo de actuación sobre aquéllos que menos pueden ofrecer en el mercado de trabajo y que, por tanto, más protegidos deberían estar, no en vano estamos en una sociedad que aspira a la solidaridad como meta. Pues bien, en vez de establecer una normativa protectora de su situación laboral, se plantea una regulación que se ceba precisamente en destacar que son mano de obra barata.

Pese al título y a que como objetivo fundamental estos contratos se dirijan a «la adquisición de la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño de un oficio o puesto de trabajo cualificado» (art. 3.2 RD-Ley 18/93), estamos ante un falso contrato de aprendizaje, pues se opera una drástica reducción del tiempo de enseñanza respecto del contrato para la formación (se pasa de un período mínimo de un 25% al 15%) y sin que sea necesario en absoluto la elaboración de planes de formación (73). Dada la negativa experiencia en el uso empresarial del

(73) La principal obligación en esta materia es la de que el empresario otorgará la formación profesional necesaria para que ocupe un puesto de trabajo, lo cual podrá realizarse a través del centro de formación profesional de la empresa (esto reduce las posibilidades de actuación empresarial, pues con la regulación del RD 1992/84 tan sólo se hacía mención a que la formación podía hacerse en la empresa, sin exigir la existencia de un específico centro de formación profesional), en centros privados homologados o públicos de formación, o centros de formación creados por las empresas, organizaciones empresariales o sindicatos. Ante la falta de estos centros podrá hacerse en centros de educación a distancia (art. 10). Las acciones formativas previstas por el art. 10 se financian a través del Acuerdo Tripartito de Formación Continua: el art. 16 del Acuerdo señala que la Comisión Mixta Estatal de Formación Continua establecerá los criterios de financiación y la DA 2ª de la Ley 21/1993, de Presupuestos Generales del Estado para 1994 señala que la financiación se realizará por la vía de afectar a tal fin la cuantía resultante de aplicar el 0'2% a la base de cotizaciones por la contingencia de formación profesional.

contrato para la formación, nos arriesgamos a augurar que pocos empresarios pretenderán un uso correcto y puro de este contrato como mecanismo de aprendizaje o formación.

En cuanto al salario, no podrá ser inferior al 70, 80 o 90% del SMI, según esté en el 1º, 2º ó 3º año de vigencia del contrato. Esta reducción salarial tiene su explicación en que junto al trabajo se recibe formación sin que tengan que pagarse esos períodos. Debemos recordar que si el trabajador es menor de 18 años hay una reducción de la cuantía del SMI, con lo que el trabajador puede estar afecto a una rebaja por ser menor de 18 años, más una segunda por formación del 30, 20 o 10% del SMI previamente decrecido. Para evitar situaciones escandalosas que afecten a menores de 18 años, el RD 2317/93, en su art. 11, prohíbe que a los menores de 18 años se abone un salario inferior al 85% del SMI correspondiente a su edad; es decir, el 56% del SMI de los mayores de 18 años (74).

En la regulación del contrato para la formación la reducción se operaba de distinta manera: se abonaba el salario con el límite mínimo del SMI en proporción a la jornada efectiva (art. 9 RD 1992/1984), con lo cual se establecía una conexión entre reducción salarial y períodos de formación. Con la nueva regulación se pierde esa conexión directa, pero entendemos que la reducción se debe a la misma causa y que la técnica porcentual es tan admisible como ligar el salario al tiempo efectivo de trabajo (75).

La disminución salarial puede ser menor, ya que se preve la posibilidad de que reglamentariamente se reduzca si se incrementan los períodos de formación, restableciendo una mayor conexión entre salario y trabajo efectivo. Uno de los mecanismos fraudulentos más usados en el contrato para la formación ha sido aumentar ficticiamente el período de formación para pagar menos salario, por lo que parece evidente que este será un mecanismo que el empresariado utilice fervorosamente.

Otro de los datos negativos es que la protección social sólo cubre las contingencias profesionales, la asistencia sanitaria, pensiones y FGS (76). Desde

(74) En términos económicos supone para 1994 un límite mínimo de poco más de 34.017 pesetas al mes, poco más de 1000 pesetas diarias.

(75) Lo que oscurece la anterior afirmación es la modificación del porcentaje en función del año concreto. Mi impresión es la de que inicialmente el proyecto contemplaba sólo un porcentaje, el 70%, pero al hacerse público antes de aprobarse generó tal polémica, que decidió aumentarlo a lo largo de la duración del mismo. Esta fue la interpretación que antes de publicarse el Real Decreto-Ley ofreció el propio Secretario para el Empleo y las Relaciones Laborales en su conferencia «Productividad y empleo en la cultura del pacto», celebrada en el marco del III Simposio Internacional de Derecho del Trabajo y Relaciones Industriales, en la Universidad de Sevilla.

(76) Hay que resaltar la escasa y poco afortunada técnica del legislador, que mezcla en el mismo precepto a conceptos tan diferentes como los de contingencias y prestaciones (la protección del FGS es todavía más exasperante, pues la otorga un órgano público no incluido en el sistema de Seguridad Social).

el ámbito de las prestaciones, deja fuera al desempleo (es una norma dedicada a evitar el incremento del gasto público a costa del sacrificio del que menos protección tiene), y a la ILT derivada de riesgo común. La materia de cotización se regula por el art. 14 del RD 2317/93, que ha establecido unas cuantías fijas en las cotizaciones: 3.300 pts por contingencias comunes (de ellas 2750 corresponden al empresario y 550 al trabajador), 480 por contingencias profesionales y 270 por FGS (ambas a cargo del empresario); 3780 pts en total. Es obvio que estas cifras suponen una vertiginosa reducción de las cuotas a ingresar por el empresario. Para darse cuenta de la increíble reducción que esto supone hay que tener en cuenta que si aplicásemos las reglas ordinarias sobre cotización la cuantía de 3.300 como cuota a ingresar por contingencias comunes, se correspondería con una Base de Cotización de ¡sólo 11.262 pts! a la que se ha aplicado el 29'3% tipo de cotización de las contingencias comunes en el Régimen General, lo que resulta tremendamente alejado de la cuantía salarial mínima más reducida de 34.017 pts que vimos antes (ver nota nº 74).

La regulación de esta materia por vía reglamentaria nos hace surgir una importante duda: habida cuenta de la naturaleza de prestación patrimonial de carácter pública de las cotizaciones a la Seguridad Social, ¿no supone esta regulación una ruptura de la reserva de ley recogida en el art. 31.3 de la Constitución? (77). Entendemos que así es, pues si bien la reserva de ley no es absoluta y es admisible la figura del reglamento de desarrollo (78), «habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución» (79). Entendemos que en materia de prestaciones económicas las reglas básicas que regulan las cantidades a ingresar (bases, porcentajes a aplicar, sistemas de cálculo de la cuota, etc) han de ser reguladas por Ley y no por simple reglamento. El art. 104 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, regulación legal de esta materia, no establece en su regulación ninguna especialidad en la materia de cotizaciones al régimen general. Tan sólo es posible defender la legalidad del Reglamento afirmando que hay una delegación que procede del Real Decreto-Ley, artículo 3.2 g). Sin embargo, esta regulación es demasiado escasa y parca para operar como norma de delegación, por lo que entendemos que hay una infracción del principio de legalidad constitucionalmente consagrado en esta

(77) En este sentido ha de recordarse a la St TS de 27 de marzo de 1991, Ar 5647. ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S., afirman categóricamente que las cotizaciones a la Seguridad Social tienen carácter tributario; *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid 1991, página 162. A la misma solución llega el voto particular del Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas, en la ya citada St TS de 27 de marzo de 1991.

(78) La jurisprudencia del TC estima que el desarrollo reglamentario es admisible siempre y cuando no haya «una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria». St TC 83/84, FJ 4º.

(79) St TC 99/87, FJ 3º.

materia. Esta opinión se refuerza si tenemos en cuenta que dicha normativa sobre cotización no tiene en cuenta las diferentes situaciones en que puede encontrarse el aprendiz (mayor o menor de edad, primer, segundo o tercer año de contrato; que su salario se incremente por convenio o por pacto individual), estableciendo una misma cantidad para todas estas situaciones.

Otra regla tremendamente criticable es la recogida en el párrafo 4º del citado art. 14, en la que se señala que a los efectos del cálculo de las prestaciones de Seguridad Social la base de cotización será tan sólo el 75% de la base mínima de cotización que corresponda a la edad del trabajador, lo que supondrá una evidente reducción de la cuantía de las prestaciones. Es fácil concluir que con esta normativa se abre paso a la más cruel impiedad en el marco del derecho del trabajo.

La duración máxima de este contrato es de 3 años, si bien por convenio de ámbito sectorial pueda prolongarse, en atención a las peculiaridades del sector (art. 3.2 letra c), norma que si tiene un beneficiario es, evidentemente el empresario (80). El ámbito subjetivo de este contrato abarca a jóvenes mayores de 16 y menores de 25, lo que implica una ampliación de la edad máxima del contrato de fomento (20 años -art. 7 RD 1992/1984-). Es un contrato dirigido a la masa crítica de jóvenes sin empleo, que se centra entre esas dos edades (81). Al contener una regulación tan criticable este RD-Ley, entendemos negativa la ampliación, pues abarcará un universo mayor que el antiguo contrato para la formación. Este contrato se dirige a aquellos que no tengan la titulación requerida para un contrato en prácticas; no podrá contratarse a un titulado para desempeñar labores de su titulación, aunque sí para otras distintas.

Es relativamente sencillo prever lo que va a ocurrir; podemos aplicar lo que el profesor MONTROYA predijo con acierto respecto de los contratos en prácticas y para la formación hace ya bastante tiempo: «estas ampliaciones pueden significar en muchos casos una verdadera desnaturalización de los correspondientes contratos; dedicar tres años al aprendizaje de un oficio sencillo no es más que buscar una vía a la contratación temporal» (82).

El esquema de esta regulación es simple: más trabajo, menos formación, menos salario y sin prestación de desempleo. Es obvio que estos trabajadores sólo van a acceder a trabajos de nula cualificación, en los que no es necesario ninguna formación y en los que se abonará un salario bajísimo con la excusa de que recibe una formación profesional. En breve comenzaremos a ver contratos de aprendices de limpiadoras, peones, mensajeros, etc, éstos mismos que hasta hace poco eran considerados contratos para la formación fraudulentos. Más aún, como ha

(80) El artículo 8.2 del RD 2317/93 establece la posibilidad de prórrogas en caso de duración inferior a 3 años.

(81) En porcentaje suponen el 30% del total de parados en los años 1992 y 1993 (hasta agosto): 678.300 y 766.100 respectivamente, según el Boletín de Estadísticas Laborales de noviembre de 1993.

(82) «La estabilidad en el empleo y la reforma socialista ...», op. cit., página 77.

destacado el profesor CRUZ VILLALON en la sesión de estudio de este RD-Ley celebrado en la Universidad de Sevilla, es probable que a través de este contrato se produzca la sustitución de contratos de fomento que se extingan, por jóvenes contratados como aprendices. Esto es evidente ya que no se ha establecido una de las normas típicas de la regulación de fomento: que sólo se realizarán contratos si no se han producido extinciones en la empresa. Incluso podemos plantear que a través de este contrato se destruya empleo fijo y sea sustituido por contratos temporales baratos (83).

En cuanto a las limitaciones diseñadas por el legislador, destaca su ineficacia. En primer lugar está el objeto mismo del contrato: tiene como finalidad la formación o el aprendizaje (art. 3.2); sin embargo, teniendo la experiencia del contrato para la formación, poco o nada va a supondrá este hecho. Más importancia deriva de la posible limitación reglamentaria del número máximo de aprendices (art. 3.2 letra b) (84). Es obvio que aquí ha actuado la mala conciencia del legislador, pues reconoce los perversos efectos que la norma originará y pretende limitarlos reduciendo las posibilidades de uso; puede darse la paradoja de que un contrato originariamente dirigido a generar contrataciones, tenga un uso limitado. Por otra parte, las administraciones públicas poco podrán hacer para controlar si se cumple o no con dicha limitación, la Inspección de Trabajo no es omnipresente ni omnisciente y el INEM se ha ganado una más que justificada fama de incapacidad en el control administrativo. Más importancia tienen las remisiones a la negociación colectiva: para el establecimiento de la duración, para la fijación del porcentaje de formación y la retribución; incluso sería posible complementar la protección de la seguridad social a través de la negociación colectiva. Esto se enmarca en un proceso de fomento de la intervención negocial a todos los niveles y evidentemente debe ser juzgado muy positivo; más aún, será el único medio eficaz para controlar la actuación empresarial. Otra limitación importante se regula en el art. 17 (norma común para los contratos en prácticas y de aprendizaje); el párrafo 1º establece que el contrato se considera (no se presume) de tiempo indefinido, sin que se haya establecido la posibilidad de prueba en contra, lo que supone una importante diferencia respecto del art. 14 RD 1992/84. El párrafo 2º señala categóricamente y sin condicionamientos que los contratos adquirirán la condición de indefinidos si los trabajadores no reúnen los requisitos

(83) El dato más orientativo acerca de la utilización de este mecanismo por los empresarios españoles es el índice de conversión de contratos en prácticas y para la formación en contratos indefinidos. Es lógico pensar que si un empresario contrata a través de este tipo de contractual lo hace para preparar a un trabajador que después incorporará a la empresa, siendo una inversión empresarial en formación; si no es así, es evidente que el interés empresarial sólo puede ser el de contratar temporalmente a bajo precio. Desde este punto de vista nos encontramos que las cifras no pueden ser más dramáticas: en 1992, de 109.324 contrataciones en prácticas y 137.706 para la formación, tan sólo se convirtieron en indefinidos 14.219 y 6.628 respectivamente; cualquier comentario sobra.

(84) El RD 2317/93 a través del art. 7.3 ha desarrollado esta limitación.

exigidos para su celebración, no sean dados de alta en la Seguridad Social o no se hayan observado la forma escrita.

Hemos de terminar el análisis de esta normativa refiriéndonos a un aspecto que nos genera inquietud: la referencia a que a través de este contrato se haya de completar la educación escolar, de manera que el tiempo de formación deberá ser dedicado a tal menester (art. 3.2 letra e del RD-Ley 18/93 y art. 10.6 del RD 2317/93. Este objetivo no es adecuado a las finalidades de formación profesional que tiene este contrato: se contrata para que un trabajador adquiera la formación precisa para desempeñar un puesto de trabajo y no para que termine los estudios de educación básica; para alcanzar tal fin han de usarse fines ajenos al Derecho del Trabajo.

En conclusión, estamos ante una criticable regulación de un contrato de inserción, con todo lo negativo que para nuestro sistema conlleva este tipo de contratos, recordemos la primera de las huelgas generales que sufrió el Gobierno socialista. No nos debemos engañar por el nombre, no hay una verdadera pretensión de formación, ¿qué tipo de formación va a recibir durante tres años un trabajador destinado a un puesto de trabajo para el que no se exige ninguna cualificación? Lo único que pretende es facilitar la contratación de jóvenes por la más que criticable vía de abaratar el empleo y legalizar situaciones fraudulentas. Otra crítica severa al legislador es que no ha tenido en cuenta la realidad social en la que va a aplicarse esta norma: una situación de creciente fraude a la normativa laboral.

Como elemento positivo de esta regulación, la DA 2ª liquida los contratos de fomento, aunque no hay una derogación expresa, sino que permite la prórroga de estos contratos como máximo hasta junio de 1996 (85).

IV. CONCLUSION

Hoy más que en ningún otro momento debe manifestarse el Derecho del Trabajo como lo que es: un mecanismo instrumental dirigido a establecer un delicado equilibrio entre los intereses laborales y empresariales, entre lo social y lo económico (86). Mucho nos tememos que una reforma dirigida exclusivamente

(85) De hecho durante los años 1992 y 1993 se produjo un descenso bastante acusado en este tipo de contratos debido a la modificación de su regulación introducida por la Ley 22/1992: se amplió su duración mínima de 6 a 12 meses. Debe tenerse en cuenta que buena parte de la reducción operada en estos contratos se ha desviado a los contratos de obras y servicios.

(86) La interpretación del Derecho del Trabajo como mecanismo de equilibrio está ampliamente difundida entre la doctrina laboral: RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: «Racionalidad empresarial y mercado de trabajo», *Relaciones Laborales*, nº 15 de 1993, página 2; PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: «La «reforma del mercado de trabajo» y las transformaciones del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, nº 16-17, página 11; SUPLOT, A.: «¿Por qué un Derecho del Trabajo?», *Documentación Laboral*, nº 39, páginas 15-16.

a modificar los aspectos contractuales, con la pretensión de flexibilizar lo más posible la regulación laboral, no respete precisamente esta finalidad, pues se limita a cargar todo el peso de la misma sobre un sólo protagonista de la relación laboral: el trabajador.

Dudamos por varias razones de la eficacia de la reforma en base a los instrumentos que hasta ahora han sido utilizados. En primer lugar, porque si hay algo que parece presidir todo este proceso de reforma, es disminuir el coste laboral, aumentar los beneficios empresariales y mejorar la competitividad; sin embargo, no se establece ninguna medida de retorno del beneficio a la empresa en forma de incremento de la demanda de puestos de trabajo. Hemos de defender además que la normativa laboral no es en modo alguno responsable de la crisis económica, ni tampoco será posible escaparnos de la misma a través de recetas estrictamente laborales; de lo contrario las crisis económicas durarían el tiempo de publicarse en el BOE las medidas laborales (87). Parece indispensable acudir a medidas de política económica para salir de esta situación.

En segundo lugar, los mecanismos dispuestos abundan en uno de los datos más negativos del mercado de trabajo: su segmentación en dos grandes grupos, el de los empleos estables y el de los precarios. Una verdadera reforma debe ir encaminada a subsanar esta quiebra y no creemos que el sistema ideal de remediarla sea generalizar de manera absoluta el trabajo precario.

Por otra parte, el legislador no parece tomar en cuenta el medio donde actúa. Por un lado pierde de vista la realidad social en la que deben aplicarse las medidas de reforma, obviándose lo complejo que resulta la aplicación de cualquier reforma sobre el mercado de trabajo y sus efectos secundarios, con lo que hay una amenaza de ruptura del delicado equilibrio del conjunto normativo. Las instituciones laborales sobre las que pende esa necesidad de reestructuración son extremadamente sensibles y están íntimamente ligadas entre sí, de manera que la reforma de una de ellas puede repercutir en las otras pese a no haber sufrido ninguna alteración normativa.

El legislador tampoco ha considerado el papel que la negociación colectiva juega en el ámbito del Derecho del Trabajo, limitándose a introducir reformas de la normativa estatal. Como ya hace algún tiempo recordó RODRIGUEZ-PIÑERO, la negociación colectiva puede esclerotizar regulaciones legales muy flexibles, o flexibilizar normas estatales rígidas, la autonomía colectiva «puede ser un factor

(87) Así, afirma GARCIA MURCIA que «cuesta trabajo aceptar que el marco legal y, en concreto, el marco jurídico-laboral, tenga una incidencia tan decisiva en el desenvolvimiento del sistema económico como para erigirse locomotora o freno de la economía. El papel del Derecho en la economía, y del Derecho del Trabajo en particular, afortunada o desgraciadamente es sin duda mucho más modesto». «Perspectivas jurídicas ...», op. cit. Este proceso de culpabilización del Derecho del Trabajo ha sido denunciado por la doctrina en diversas ocasiones, por todos PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: «Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la Crisis económica», *Revista de Política Social*, nº 143, página 17. De igual modo PEREZ DE LOS COBOS, F.: «La flexibilidad y la doctrina ...» op. cit., página 9.

de eliminación de rigideces del mercado de trabajo, pero no necesariamente asegura ese objetivo, ya que el juego entre la legislación y la negociación colectiva no es en modo alguno unidireccional» (88). En definitiva, parece más una reforma realizada por economistas que por juristas.

El principal instrumento que ha de ser potenciado es profundizar en la negociación colectiva, pero tras el convencimiento de los trabajadores de la necesidad de adaptarse a las graves circunstancias actuales, lo que puede llevar consigo pérdida de conquistas laborales. No parece idóneo que a este convencimiento se llegue por una política legislativa de fuerza frente a los trabajadores, sino a través un verdadero proceso de intercambio con los empresarios. Naturalmente será necesario que los trabajadores tengan la suficiente dosis de confianza sobre sus empresarios y esto es imposible en la situación actual y mucho menos con las reformas aprobadas y las que parece que van a introducirse. Es evidente que el Gobierno puede todavía jugar un papel de garante o de árbitro en un posible reencuentro entre los actores sociales, pero tendrá que aportar algo más que su buen hacer, deberá establecer cual será su política económica, sin lo cual nos tememos inviable cualquier acuerdo de nivel superior.

(88) «Ley y convenio colectivo en la reforma del mercado de trabajo», *Relaciones La-*