

“MERCADO DE TRABAJO DUALIZADO; ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTRATOS FLEXIBLES Y A LOS MECANISMOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS LABORALES QUE CONFIGURAN EL ESTADO DE BIENESTAR”

Presentadora y moderadora

Mercè Saura, magistrada y coordinadora de la Comisión social de Jueces para la Democracia de Cataluña

A continuación, el tema que debatiremos es el mercado de trabajo dualizado, especial referencia a los contratos flexibles y a los mecanismos de tutela de los derechos laborales que configuran el estado de bienestar. Como ya se ha anunciado, el ponente inicialmente previsto, por cuestiones de enfermedad, no puede estar presente, y este tema lo expondrán de manera brillante, estoy segura de ello, dos ponentes. En primer lugar, el señor Gualtiero Michelini [?], que es magistrado laboral y de seguridad social de Roma; en la actualidad ocupa un cargo en el Ministerio de Justicia, que está encargado de temas de organización judicial en el ámbito laboral también, y ha escrito diversos artículos sobre derecho europeo y derecho internacional. Es miembro de la Magistratura Democrática y de MEDEL.

En segundo lugar intervendrá como ponente el señor Miquel Falguera, que es magistrado especialista del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de la sala de lo Social. También es profesor de la Universidad Pompeu Fabra y director de la revista social de Jueces para la Democracia, y ha participado activamente y de forma muy decisiva en la discusión y en el debate que se ha realizado aquí en el seno de Jueces para la Democracia sobre el Libro Verde. Ha participado activamente en el debate y en las respuestas que como Jueces para la Democracia han hecho llegar sobre el Libro Verde.

Ponencia a cargo de **Gualtiero Michelini**, dirigente del Gruppo Europa de Magistratura Democrática y de MEDEL

1. Con la presentación del Libro Verde de la Comisión Europea sobre cómo *“Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”* en noviembre de 2006 y de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones con el título *“Hacia unos principios comunes de flexibilidad: más y mejores empleos mediante la flexibilidad y la seguridad”* en junio de 2007, el derecho del trabajo en Europa ha vuelto a la agenda de la UE.

La finalidad del Libro Verde es la de lanzar un debate público en la Unión Europea acerca de cómo el derecho del trabajo puede evolucionar para apoyar el objetivo de la Estrategia de Lisboa de lograr un crecimiento sostenible con más y mejores empleos.

Este debate público, tras un largo periodo de estancamiento de la creación de una Europa social, es una expresión del Método Abierto de Coordinación (MAC) respecto a las políticas de empleo, a la inclusión social y al bienestar o, en otras palabras, el crecimiento de las dimensiones sociales de Europa.

Los innovadores procedimientos del MAC han llevado al establecimiento de una base común para el debate y el diálogo entre los diversos estados miembros y a la identificación de objetivos comunes. Gracias al MAC, se ha alcanzado un conocimiento compartido de las distintas situaciones nacionales, en base a datos cuantitativos aceptados por consenso, y se han identificado ciertas prácticas recomendadas o mejores prácticas que combinan competitividad y cohesión social de acuerdo con la perspectiva de Lisboa.

Por tanto, el Libro Verde tiene una gran importancia, independientemente de las objeciones que puedan surgir acerca de sus métodos y contenidos, porque, por primera vez en la historia de las iniciativas, de la investigación y de las actividades de consulta realizadas por las instituciones de la Unión Europea, la Comisión ha invitado no sólo a expertos sino también a un amplio espectro de participantes a reflexionar acerca del papel social y cultural que el derecho del trabajo puede tener en la sociedad europea.

Los documentos creados por la Comisión tienen el mérito de promover la reflexión acerca de los derechos sociales y del modelo social europeo en el contexto de la Unión Europea ampliada, en el marco de la UE de los 27.

2. Tal y como pone de manifiesto el Libro Verde, el planteamiento de flexiguridad intenta hacer frente al problema de cómo el derecho del trabajo a nivel de la UE y a nivel nacional puede hacer que el mercado laboral sea más flexible maximizando al mismo tiempo la seguridad de los trabajadores.

Los antecedentes del enfoque de flexiguridad seguido por la Comisión se basan en las siguientes observaciones:

- En la UE cada vez son más frecuentes nuevos tipos de acuerdos contractuales distintos a los empleos permanentes y de jornada completa.
- Es necesario hacer frente a los efectos de la globalización y al envejecimiento de la población en los mercados laborales de Europa.
- Existe una distancia cada vez mayor entre aquellas personas que buscan trabajo, aquellos trabajadores con acuerdos contractuales no estándar, a veces precarios (denominados externos u *outsiders*) y aquellos que cuentan con empleos fijos y de jornada completa (los instalados o *insiders*).

La última observación se desarrolla en el sentido de que podría llegar a emerger un mercado laboral de dos niveles dividido entre los “instalados” con contratos fijos y los “externos”, que incluirían a los desempleados y desvinculados del mercado laboral y también a aquellas personas con empleos precarios y poco formalizados: un área gris en la cual los derechos de protección social o de empleo básicos podrían verse mermados de forma significativa, afectando también a decisiones básicas en la vida de los trabajadores.

El Libro Verde recalca los efectos perjudiciales asociados a la creciente diversidad de acuerdos laborales: el riesgo de que parte de la población activa se encuentre atrapada en una sucesión de trabajos breves de baja calidad, con protecciones sociales inadecuadas; la asociación del género y la interregionalidad al riesgo de encontrarse en una posición más débil dentro del mercado profesional... También se presta atención al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, con la sugerencia de que la responsabilidad corresponde al contratista principal, y al trabajo no declarado, considerado como factor de *dumping* social, de explotación de los trabajadores y de distorsión de la competencia.

3. En cuanto a las propuestas, el Libro Verde afirma que la agenda de flexiguridad fomenta un mercado laboral más justo, más receptivo y más inclusivo, que contribuye a promover la competitividad de Europa.

Los componentes de la política del planteamiento de flexiguridad incluyen el aprendizaje continuado, políticas activas del mercado laboral y normas de seguridad social más flexibles para responder a las necesidades de aquellos trabajadores que cambian de trabajo o que abandonan el mercado laboral temporalmente.

Además, el Libro Verde elabora un concepto de trabajo económicamente dependiente, con el fin de poner orden en la mencionada área gris entre el derecho del trabajo y el derecho comercial, entre el trabajo dependiente y el autónomo. También plantea un interrogante sobre cómo los distintos tipos de relaciones contractuales, junto con los derechos de empleo aplicables a todos los trabajadores, pueden facilitar la creación de empleo y ayudar tanto a los trabajadores como a las empresas simplificando las

transiciones dentro del mercado laboral, y otro interrogante sobre cómo las nuevas formas de trabajo más flexibles pueden combinarse con los derechos sociales mínimos para todos los trabajadores.

En este sentido, el Libro Verde invita a todos los estados miembros a valorar, y, cuando sea necesario, a modificar el nivel de flexibilidad que se proporciona en los contratos estándar en áreas sensibles como el plazo de preaviso, el coste y los procedimientos del despido individual o colectivo, o la definición de despido improcedente.

Acerca del problema del trabajo no declarado, sugiere una mezcla de incentivos para la transformación del trabajo no declarado en trabajo regulado, sanciones y penalizaciones, mejores correlaciones con el sistema fiscal y beneficios, simplificación administrativa o fiscal y refuerzo de la cooperación administrativa en el ámbito de la Unión Europea.

4. Posteriormente a las contribuciones remitidas a la Comisión tras la distribución del Libro Verde, la Comunicación de la Comisión, preparada con vistas a la adopción por parte del Consejo Europeo de una serie de principios comunes de flexiguridad, destaca cuatro motivos que hacen necesaria la modernización del derecho del trabajo: a) la integración económica europea e internacional; b) el desarrollo de nuevas tecnologías, especialmente en las áreas de información y comunicación; c) el envejecimiento de la población en las sociedades europeas que constituye un riesgo para la sostenibilidad de los sistemas de protección social; d) el desarrollo de mercados laborales segmentados en muchos países, donde coexisten trabajadores relativamente protegidos y desprotegidos.

La flexiguridad se define como una estrategia integrada para mejorar, al mismo tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral.

Sus componentes son:

- Acuerdos contractuales flexibles y fiables (desde la perspectiva del empresario y del empleado, de los “instalados” y de los “externos”).
- Estrategias globales de formación continuada para garantizar la continua adaptabilidad y contratabilidad de los empleados.
- Políticas activas del mercado laboral efectivas que ayuden a las personas a adaptarse a los rápidos cambios, a reducir los periodos de desempleo y a facilitar la transición a nuevos empleos.
- Sistemas de seguridad social modernos que proporcionen un soporte de ingresos adecuado, que promuevan el empleo y que faciliten la movilidad del mercado laboral.

Los principios de flexiguridad propuestos incluyen:

- Un equilibrio entre los derechos y las responsabilidades de los empresarios, los trabajadores, las personas que buscan empleo y las autoridades públicas.
- La adaptación a las circunstancias específicas, a los mercados laborales y a las relaciones laborales de los estados miembros.
- El objetivo de reducir la división entre instalados y externos en el mercado laboral.
- Suficiente flexibilidad para la contratación y el despido, acompañada de transiciones seguras de un empleo a otro.
- Soporte para la igualdad de género así como igualdad de oportunidades para los inmigrantes, los jóvenes, los discapacitados y los trabajadores de cierta edad.
- Un clima de confianza y diálogo entre las autoridades públicas y los agentes sociales.
- Un reparto justo de los costes y los beneficios.

Se observa que en aquellos países donde ya existe un sistema de prestaciones sociales en caso de desempleo y en que estos beneficios son generosos, la aplicación del principio de derechos y obligaciones debería contribuir a la rentabilidad del sistema. En el caso de aquellos países donde los sistemas de prestaciones sociales no están tan desarrollados, las autoridades deberían destinar recursos públicos a la mejora de las políticas de flexiguridad y distribuir cualquier posible coste adicional entre las distintas fuentes, ya sea mediante un aumento fiscal o mediante contribuciones sociales.

5. Los conceptos clave en los que se centran los documentos de la Comisión son la modernización del derecho del trabajo y la flexibilidad combinada con la seguridad laboral.

En los primeros análisis del Libro Verde, entre los elementos positivos del documento se ha destacado el desarrollo del concepto de empleo económicamente dependiente.

El Libro Verde sugiere una propuesta reguladora por parte de las instituciones de la UE que se traduciría en un consejo directivo, en una definición común del empleo económicamente dependiente y en la disposición de unas garantías mínimas.

La perspectiva de modular la protección partiendo de una base de derechos universal está adquiriendo cada vez más crédito entre los especialistas europeos y pretende reemplazar la rígida yuxtaposición entre empleo y trabajo autónomo por un *continuum* de actividades a las cuales se atribuirían una serie de garantías moduladas y variables, empezando por un mínimo común y progresando de forma gradual hacia formas de protección más sólidas. Esta perspectiva metodológica se exploró en un informe redactado para la Comisión por un grupo de expertos coordinado por Alain Supiot, según el cual la protección se presentaría en forma de círculos concéntricos.

Otro aspecto positivo de la visión de la modernización del derecho laboral que se extrae de los documentos creados por la Comisión Europea es el reconocimiento del papel de la negociación colectiva como sistema fundamental de regulación, con el mismo estatus que la ley, tanto a nivel nacional como supranacional.

También parecen contar con una gran aceptación las propuestas referentes al establecimiento de un sistema de responsabilidad conjunta de la cadena de subcontrataciones, y el refuerzo de los mecanismos de seguimiento y control de la economía irregular o sumergida, así como la cooperación administrativa a nivel de la Unión Europea.

Los aspectos negativos de los documentos de la Comisión son, en primer lugar, metodológicos.

El análisis del derecho del trabajo en Europa parece estar cuantificado principalmente en base a datos económicos (que son discutibles) y sin tener en cuenta sus funciones como mecanismo dinámico capaz de corregir el desequilibrio de poder que existe en el mercado laboral y en las relaciones de empleo y de promover la igualdad social en el ámbito laboral. En este sentido, el Libro Verde parece estar inspirado en una visión unilateral de la modernización.

El derecho del trabajo puede modernizarse de varias formas. El Libro Verde explora sólo una de ellas: la adaptabilidad de las reglas legales al mercado.

La hipótesis de modernización planteada en el Libro Verde se basa en una asunción cuestionable: no existe una correlación demostrada entre la reducción de las limitaciones respecto a la flexibilidad en relación con los despidos y el aumento de ofertas de empleo por parte de las empresas. Además, no resulta sencillo lograr que el empleo estándar sea más flexible y menos caro, empezando por los costes de despido, sin poner en peligro la protección contra la inseguridad ofrecida por contratos de empleo como los contratos a largo plazo.

Otro punto complejo es la naturaleza ambigua de la expresión flexiguridad, que ralla el oxímoron, (la seguridad puede considerarse también una antítesis de la flexibilidad), sobre todo si flexiguridad se equipara a flexibilidad, a secas.

A la hora de recurrir a este modelo a nivel europeo, hay que tener en cuenta que está estrechamente vinculado con un sistema de bienestar y de relaciones laborales muy particular que parece difícil de exportar más allá de las fronteras de las democracias escandinavas.

El concepto de flexibilidad y de seguridad cambia cuando hace referencia a modelos más específicos de regulaciones legales, contractuales o mixtas considerando aspectos individuales de las relaciones de empleo: trabajo a tiempo parcial, conciliación de la vida laboral y familiar, formación continuada y contratos de aprendizaje, bajas por maternidad o paternidad o gestión negociada del trabajo temporal son algunas de las áreas en las que se puede experimentar, en las que se pueden aplicar incentivos y aplicar medidas reguladoras y modelos generalizados de flexibilidad y seguridad que, al mismo tiempo, puedan preservar algunas garantías básicas del empleo estándar y reflejar las mayores

exigencias de los empresarios para beneficiarse de una disponibilidad más modulada en la realización de las actividades profesionales.

En este ámbito, la flexiguridad negociada refleja una serie de necesidades reales de modernización del derecho del trabajo:

- a) Una flexibilidad que mejore la calidad y no sólo la cantidad de empleo.
- b) Una flexibilidad en las condiciones laborales y en las horas de trabajo que haga posible lograr un mayor equilibrio entre mujeres y hombres en los servicios de atención personal.
- c) Una flexibilidad que no esté impuesta sólo de forma unilateral (ya sea por la empresa mediante contratos individuales o por el estado por vía de una simple desregularización) sino democráticamente negociada y, por lo tanto, que sea más efectiva también para la empresa, ya que se habrá alcanzado de forma consensuada.
- d) Una flexibilidad que no niegue sino que complete y adapte la legislación protectora.
- e) Una flexibilidad que pueda llevar a cambios que permitan reforzar algunos tipos de protección en el mercado, siguiendo una lógica de integración sistémica pero sin alterar completamente ciertos sistemas y modelos de bienestar consolidados en el ámbito nacional.

Este modelo de regulación social exige determinados métodos y técnicas de regulación alineados con la dinámica multinivel del sistema en construcción.

Los documentos de la Comisión inciden en áreas que implican (de acuerdo con los convenios de la OIT, la Carta de las Naciones Unidas, la Carta Social Europea y la Carta de Niza) derechos fundamentales: periodos de descanso mínimos, protección contra despidos improcedentes, horas de trabajo, igualdad de trato, etc.

La Carta de Niza, por ejemplo, contempla que los derechos socioeconómicos son derechos *pleno iure*, y afirma en su preámbulo la inseparabilidad de las prerrogativas fundamentales de los ciudadanos europeos.

Para citar un caso concreto, basándose en la Carta de Niza, en las dos Cartas Sociales y en disposiciones legales internacionales, el Tribunal de Casación italiano ha dispuesto repetidamente que los sistemas reguladores internacionales que no ofrecen protección contra el despido improcedente contradicen el concepto de orden público interno y que, por lo tanto, no tienen cabida en el sistema legal italiano. Es más, el Tribunal Constitucional italiano consideró el criterio de justificación necesaria en caso de despido como parte constitucionalmente vinculante del derecho al trabajo. No existen consideraciones similares en el Libro Verde, el cual no evalúa la coherencia entre las diversas hipótesis que se han propuesto (o se podrían proponer) y el respeto de los derechos (y principios) consagrados en la Carta de Niza (y anteriormente en las dos Cartas Sociales Europeas y en la jurisprudencia de los tribunales de Luxemburgo).

Cualquier discurso referente a la modernización del derecho del trabajo actual implica un debate acerca de derechos fundamentales y de su esfera de referencia.

Los documentos de la Comisión proponen un modelo de regulación del mercado laboral destinado a proteger las necesidades individuales contra el riesgo de desempleo y la falta de ingresos, pero, en esta área, parecen subestimar los denominados “nuevos derechos” (derechos sociales de segunda generación) que protegen y apoyan al ciudadano por encima de la existencia de una relación contractual, y que, por lo tanto, evitan que la inactividad se convierta en una forma permanente de exclusión social.

6. Tal y como los operadores jurídicos, junto con los observadores y reguladores de los conflictos individuales y colectivos, han afirmado ante los tribunales con jurisdicción laboral, los jueces europeos, al examinar el Libro Verde, se enfrentan a numerosos riesgos, interrogantes y retos. El principal riesgo concierne a la ecuación flexibilidad – falta de garantías o flexibilidad – fácil despido, o “flexplotación”.

Si partimos de la base de que los derechos de los empleados son una limitación en el contexto de la competencia global para las empresas europeas, los mecanismos de protección se trasladan del

contrato al mercado, lo cual es mucho menos efectivo, y los derechos a favor del empresario se convierten en derechos a favor del estado, con un coste social impredecible.

La cara oculta de la flexibilidad es caer en la trampa del empleo temporal y no estándar. Un concepto de derecho del trabajo limitado al derecho del empleo no tiene en cuenta la complejidad de un sistema de canalización y juridificación de los conflictos sociales con un objetivo de paz social. Como jueces de derecho del trabajo, estamos familiarizados con un concepto de desigualdad sustancial que se convierte en igualdad sustancial mediante las normas y procedimientos del derecho del trabajo, un concepto que no se debería desatender.

Los interrogantes hacen referencia al funcionamiento concreto del enfoque de flexiguridad. Mientras que parece haber demostrado resultar efectivo en algunos países del norte con una sólida economía, un nivel fiscal alto y una población relativamente reducida, no existe ninguna experiencia referente a su aplicación en otros miembros (nuevos o antiguos) de la Unión Europea con un contexto social notablemente distinto.

Las prácticas recomendadas y las vías mencionadas en el Libro Verde y en la Comunicación sobre flexiguridad, en este sentido, parecen ser genéricas y no del todo relevantes.

El principal instrumento para regular la flexibilidad y la seguridad en las relaciones laborales debería seguir siendo la negociación colectiva. Por otra parte, se debería evitar el aumento de nuevas formas contractuales de trabajo parasubordinado, con garantías reducidas para los trabajadores, y se debería explorar más a fondo la perspectiva de un conjunto de derechos mínimos garantizados.

Posiblemente, la culminación del proceso de modernización sería una Carta de derechos de los trabajadores europeos y el establecimiento de una Agencia Europea para la Inspección Laboral. El reto es desarrollar una modernización que coincida con una mejor especificación y efectividad de los derechos sociales europeos.

Dicha modernización debe empezar por los derechos fundamentales, tal y como se enumeran en la Carta Social Europea y en la Carta de los Derechos Fundamentales de Niza. Debe promover la cohesión social y la creación de políticas sociales activas tomando como base unos derechos mínimos garantizados, que se amplíen progresivamente de acuerdo con las distintas formas de trabajo, a través de una protección multinivel como la que ofrecen las normas internacionales y la jurisprudencia.

En este sentido, la modernización del derecho del trabajo europeo puede contribuir activamente a la construcción no sólo de un mercado común europeo, sino sobre todo de una Europa de derechos y ciudadanía.